

«Retórica de la virtud» es el término con el que la autora denomina a una teoría clásica, desarrollada por Cicerón y Quintiliano, que promueve la adquisición por parte de la abogacía de una amplia cultura y de un firme compromiso moral. Dicha teoría sostiene que la riqueza ética e intelectual es el camino más seguro para convertirnos en personas persuasivas. Emocionarnos primero es la vía más eficaz para emocionar después a otras personas. Ser cultos y elegantes, es el modo más certero de parecer cultos y elegantes. Sin embargo, la persuasión no es el objetivo central de la «retórica de la virtud», ya que el desarrollo de un carácter ético y complejo nos conducirá a plantearnos los fines últimos de nuestra profesión, anteponiendo otros objetivos por encima del lucro económico o de la victoria efectiva. La asunción de la «retórica de la virtud» conducirá a la práctica de la abogacía o de la judicatura comprometida con la dignidad humana y con los derechos humanos que la expresan. Las retóricas de Cicerón y Quintiliano proporcionaron abundantes técnicas de utilidad para el logro de la persuasión eficaz en los Tribunales, pero dichas técnicas se presentaban dentro de un cuerpo teórico más complejo que les aportaba un sustrato ético en consonancia con las éticas de la virtud propias de la filosofía clásica y con una concepción republicana (orientada a la acción comunitaria) de la argumentación jurídica. Este trabajo apuesta por la recuperación de aquella cultura de la retórica, que enfatizaba la centralidad de los valores en la praxis jurídica. La «retórica de la virtud» acoge sin temor la retórica de las pasiones y la elegancia del estilo. No se rechaza ninguna técnica persuasiva, dado que el carácter razonable de la argumentación descansa en los valores adquiridos por el orador y en su compromiso con la promoción del bienestar humano. La presente obra presenta una sugerente alternativa frente al relativismo axiológico de la abogacía contemporánea y frente al solipsismo ilustrado de nuestra cultura jurídica. Ofrece una aproximación original a la argumentación jurídica que se distancia de las visiones pragmatológica o perelmaniana dominantes. La «retórica de la virtud» enfatiza la importancia que tienen, en el trabajo de la judicatura y la abogacía, elementos como el compromiso moral, el amor por la sabiduría, la preocupación por la comunidad y la promoción de la justicia mediante el diálogo.

Tasia Aránguez Sánchez es profesora en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Se licenció y obtuvo el doctorado en Derecho (con mención europea) por la Universidad de Granada defendiendo una tesis doctoral en materia de Argumentación Jurídica. Es graduada en Filosofía por la UNED y cursó un Máster en «Derecho Constitucional Europeo» de la Universidad de Granada, con mención de calidad. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Birkbeck y Sheffield (ambas en Reino Unido). Ha impartido docencia de las asignaturas «Derechos humanos, igualdad y sistemas de protección» y de «Teoría de la Democracia, Género e Interculturalidad», así como seminarios de Argumentación Jurídica, Teoría del Derecho, Feminismos Jurídicos y Conceptos del Derecho Español (esto último en la Universidad de Sheffield). Forma parte del grupo de investigación «Derechos Humanos y Garantías» (Universidad de Granada), de la «Red de Bioética y Derechos Humanos» (red internacional con presencia Europea y Americana) y del proyecto de investigación del Ministerio de Economía «Tradicición y Constitución: problemas constituyentes de la España contemporánea». Cuenta con publicaciones científicas indexadas sobre las temáticas de argumentación jurídica, humanismo estético en el derecho, feminismos jurídicos y constitucionalismo europeo. Sus líneas de investigación principales en la actualidad son la Argumentación Jurídica y el desarrollo legislativo del derecho a la salud, en concreto atendiendo a su variable de género.

REUS
EDITORIAL

REUS
EDITORIAL

Argumentación jurídica y ética de la virtud

Tasia Aránguez Sánchez

FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



Argumentación jurídica y ética de la virtud

Tasia Aránguez Sánchez

Prólogo de
Manuel Salguero Salguero
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada



COLECCIÓN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA
TÍTULOS PUBLICADOS

Los defensores del pueblo en España, *Fernando Luis de Andrés Alonso* (2017).

Argumentación jurídica y ética de la virtud, *Tasia Aránguez Sánchez* (2017).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho
Valedora do Pobo de Galicia

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ÉTICA DE LA VIRTUD

Tasia Aránguez Sánchez

Doctor en Derecho

Secretario General del Valedor do Pobo de Galicia

Prólogo

Manuel Salguero Salguero

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada*



Madrid, 2017

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2017)
ISBN: 978-84-290-19XXXX
Depósito Legal: M XXXX-2017
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRÓLOGO

Hacer un prólogo conlleva asumir algún grado de responsabilidad por cercanía. Sin embargo, en el caso de este libro, me complace especialmente esta tarea, por tener la ocasión de presentar un trabajo académico original, valiente y oportuno. Propugnar una perspectiva humanista vinculada a la retórica clásica como elemento que ha de hacerse presente en el oficio de jurista es, sin duda, una apuesta valiente que con frecuencia se muestra alejada de la praxis jurídica vigente, impregnada de gerencialismo. Pero este factor del humanismo ético es del todo coherente con un discurso sobre el fenómeno jurídico que no puede prescindir de la dimensión utópico-crítica que se cultiva desde aquella sede de conocimiento que se denomina a sí misma como filosófico-jurídica, que es en la que surge este libro. Este discurso utópico-crítico es imprescindible —aunque con frecuencia sea contrafáctico— porque reside en toda tarea de ilustración que se presenta como legitimación u orientación de la praxis jurídica.

Para armar este discurso humanista y comprometido con la praxis jurídica es preciso cultivar el punto de vista retórico de la argumentación jurídica, perspectiva esta que se hace eco del giro lingüístico operado en la filosofía y también en la filosofía jurídica desde mediados del siglo XX, por autores muy relevantes como G.E Moore, Hare, Toulmin, von Wright, J.L. Austin, Searle, Perelman, Habermas o Gadamer. El lenguaje jurídico ya no puede concebirse únicamente como vehículo del pensamiento sino como interacción comunicativa compleja en donde el derecho es lenguaje, pero no sólo palabra, como destaca Tasia Aránguez, la autora de

este libro. El lenguaje jurídico es también imagen, escenificación, estilo, registro de emociones o sentimientos, estereotipos y formas diversas de identidad y de carácter. En esta perspectiva de la pragmática jurídica, recobran especial protagonismo los actores de la argumentación (el abogado, el juez, el auditorio...), así como la intencionalidad y los objetivos de la actividad argumentativa (convencer, persuadir...). Esta revitalización de la pragmática entronca con la tradición clásica: la *Retórica* y la *Poética* de Aristóteles, Cicerón (*Diálogos del orador*, *La invención retórica...*), las *Instituciones* de Quintiliano y con la tradición hispana, entre otros, con Baltasar Gracián en su *Arte de ingenio*. Mucho debe este libro a la brillante tradición humanista de la retórica clásica, pues resulta ser el alma e inspiración de las propuestas que formula Tasia Aránguez. Merece destacarse, en este sentido, tanto la cercanía precisa a estas fuentes como la erudición y rigor de que hace gala.

La perspectiva retórica de la praxis jurídica que se propugna en este libro atiende aspectos de dicha praxis que habitualmente quedan excluidos de la teoría del derecho y de una teoría logocéntrica de la argumentación que deja en la periferia la dimensión emotiva, estética y estilística de la argumentación, olvidando aspectos fundamentales del humanismo culturalista de la retórica clásica. Se justifica, además, el rechazo a una visión de la retórica como mera técnica de persuasión eficaz y se considera como insuficiente la pretensión de construir un discurso convincente y razonable, al modo de Perelman. Como propuesta alternativa, Tasia Aránguez ofrece el nuevo enfoque de la retórica de la virtud. Este planteamiento es coherente con el giro lingüístico señalado, y se inspira en Aristóteles y en las aportaciones del clasicismo romano de Cicerón y de Quintiliano. Reivindicar, como hace Tasia Aránguez, una argumentación jurídica «aretaica», alejada de la mera persuasión técnica y de una razonabilidad que olvida los componentes emocionales y estéticos de la praxis jurídica, se muestra como una pretensión plausible y necesaria porque dirige sus esfuerzos a la formación intelectual y ética de los que ejercen las profesiones jurídicas desde una perspectiva humanista, comprometida con los derechos humanos, la justicia social y la dignidad de la persona. Esta pretensión encuentra su fundamento en las aportaciones que se nutren de la perennidad del ideal formativo del humanismo clásico de la retórica que busca la excelencia tras el cultivo de la palabra y tras la cultura de las virtudes éticas, siguiendo el lema de Quintiliano según el cual el bien hablar ha de reunir también otras cualidades morales e intelectivas como la prudencia o la compasión.

De lo que se trata es de trasladar a la teoría de la argumentación ese potencial humanista, incluyendo las emociones y los demás componentes estéticos del lenguaje jurídico. Como destaca la autora, cobra cada vez mayor relevancia en el ámbito de argumentación jurídica el corpus teórico de la «jurisprudencia de la virtud» que tiene como uno de sus componentes esta mirada humanista y culturalista de la retórica clásica. Para esta «teoría aretaica» de la argumentación, importa más, como destaca Tasia Aránguez, remitirse a la actividad del juez virtuoso o del abogado virtuoso, vinculada a un ideal de vida coherente con la dignidad de la persona y los derechos humanos, que ocuparse conceptualmente del listado de virtudes que ha de tener el juez o el abogado. Esta propuesta, que apela a una jurisprudencia aretaica y a una disposición activista de los operadores jurídicos, deja a la vista importantes escollos como la garantía del principio de legalidad, la separación de poderes, la cuestión de la tesis de la respuesta correcta o el alcance de la discrecionalidad judicial. En todo caso, remitirse a la efectiva realización de los derechos humanos es un horizonte siempre deseable aunque solo sea parcialmente realizable. Esta propuesta deja espacio para el debate o la polémica pues el deseable vínculo entre formalismo y activismo judicial no se muestra como una tarea fácil, sino más bien llena de dificultades, como peligroso es transitar entre los acantilados de Escila y de Caribdis. Solo al cruzar estos procelosos mares podrá ir alumbrándose el camino.

La tradición retórica que se pretende restaurar no es la que se sustenta en una ética discursiva, utilitarista y trascendental, sino en una ética de la virtud que podría decirse que es una mezcla de humanismo y republicanismo cívico, que atiende primordialmente al *ethos* (carácter o talante del orador), pero también al *logos* (razón) y al *pathos* (las emociones). En la actividad de la judicatura se muestra como paradigma la *phronesis* (una mixtura de intelecto y de experiencia práctica), pero alejada de la noción de la imparcialidad fría y ciega, y con apelación a una concepción sustantiva de la justicia (epiqueya). En la actividad de la abogacía —lugar este de una mayor querencia de Tasia Aránguez— se destaca la plausible proyección de las aportaciones de Cicerón y de Quintiliano, que tienen como motivación principal el compromiso con la ética y el sentido de la justicia frente a la motivación crematística, vinculada a un profesionalismo gerencialista, fácilmente perceptible en nuestro tiempo. Se propugna, en definitiva, y aunque el espejo de la realidad nos ponga en la senda del escepticismo, una abogacía según los parámetros del humanismo clásico de la retórica. Este ideal se recapitula en el cultivo

de la empatía, en los variados registros de la habilidad argumentativa, la inteligencia, la apelación a las emociones, la sabiduría, el dominio del derecho, teatralidad, fácil verbo..., pero todo ello vinculado a una honestidad insobornable, al ingenio, la oportunidad, la creatividad, el sentido del humor y la elegancia. No parece haber duda de que hoy se echa en falta una dignificación de la abogacía que puede encontrar respuestas en este paradigma.

El papel que haya de tener el estilo en el ámbito de la argumentación jurídica es una de las aportaciones más originales de este libro. Mientras que en la teoría estándar de la argumentación, sustentada en una epistemología racionalista y procedimental (este es el diagnóstico que formula Tasia Aránguez), el estilo del discurso es percibido como algo accesorio o meramente cosmético, la posición que se adopta es que la dicotomía esencia/apariencia puede quedar, al menos, aliviada desde los parámetros más originarios de la retórica clásica. Según Baltasar Gracián, al que se toma aquí como autoridad, estética y contenido van indisolublemente unidos como quiera que las figuras de estilo o las agudezas y arte de ingenio constituyen la arquitectura de las ideas o la estructura conceptual del discurso. Es decir, que no hay estilo sin concepto. El hacer un uso apropiado de estas agudezas de ingenio (analogía, paradoja, humor, el ridículo, la alusión, contraposición, el absurdo, el entimema, el equívoco...) es una indicación del punto de encuentro entre esencia (forma) y contenido. En definitiva, como dice Tasia Aránguez, no hay *argumentatio* ni *dispositio* sin *estilo* porque «las estructuras que ordenan el discurso son el cuerpo del mismo», y la *elocutio* no puede definirse como algo accesorio sino como aquello que hace posible el pensamiento. Podemos advertir, como refuerzo de esta idea, que la estética trascendental kantiana también ilustra en este mismo sentido. En efecto, como tarea previa a la formación de los conceptos se hace necesario, como hace Kant en su *Estética trascendental*, poner en marcha la imaginación trascendental que es aquella instancia del sujeto que unifica el magma amorfo y caótico del mundo como realidad exterior al sujeto. Sin esta tarea previa unificadora del esquematismo trascendental (el espacio y el tiempo en la instancia cognoscitiva de la sensibilidad) no podrían ponerse en acción las categorías del entendimiento que son las que hacen posible el conocimiento del fenómeno.

Para recapitular la urdimbre básica de la propuesta que se formula a favor de la ética de la virtud, frente a las éticas discursivas, utilitaristas, contractualistas o de estructura trascendental, Tasia Aránguez se apro-

xima a las aportaciones más recientes de MacIntyre y Martha Nussbaum. Se destaca aquí, sobre todo, la especificidad de estas éticas aretaicas, una de cuyas características es el lugar que ocupan las emociones, cuya presencia se aleja de la frialdad de las éticas dedontológicas, procedimentales o trascendentales. Este modelo de fundamentación culturalista que apunta al ideal de una vida digna se remite, en definitiva, a la naturaleza social y política de los seres humanos que incorpora los sentimientos de compasión y en donde la racionalidad se funde con la socialidad. Precisamente, la idea de la cooperación social, basada en la igual dignidad de la persona humana, y con raíces aristotélicas, se hace presente en la modernidad en la noción de sociabilidad natural de Hugo Grocio (*appetitibus societatis*) y en el imperioso deseo de la vida en común, organizada a la medida de la razón junto a los demás congéneres. Pero podemos apreciar que estas mismas raíces aristotélicas y estoicas se hacen también visibles en Pufendorf y en la tradición británica de autores como John Wise (el padre de la democracia americana), John Locke (en sus escritos de filosofía moral) y Richard Cumberland. También es perceptible este mismo enfoque en Shaftesbury, Hutcheson, David Hume y Adam Smith. Desde esta perspectiva en la que los seres humanos son considerados como agentes morales, en una concepción no contractualista, hay en la actualidad muchos autores que pueden sumarse a esta tradición aretaica: Shue, Scanlon, Waldrom, Williams, Batson, Todorov...

Por el tema elegido, por el tratamiento de los contenidos y las propuestas que se formulan, por el esfuerzo apasionado y la calidad humana que hay detrás de las páginas de este libro, es justo darle una cordial bienvenida.

Manuel SALGUERO SALGUERO
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada
Granada, mayo de 2017

INTRODUCCIÓN

Hacia una perspectiva comprometida de la praxis jurídica

Imaginemos que nos encontramos en una amena cena navideña junto con un grupo de personas que comparten nuestra profesión jurídica. La conversación nos resulta interesante, ya que estamos hablando sobre el papel que creemos desempeñar en la sociedad y sobre cómo tratamos de realizar nuestro trabajo del modo más ético posible. La dinámica de la conversación, aderezada con una copa de vino tinto, nos ha conducido a una reflexión sobre los derechos humanos y sobre la noción de dignidad. En este momento Claudia expresa que estos conceptos no le parecen simples normas, sino que para ella son nociones que la orientan en el día a día. María añade a lo apuntado por Claudia que ella se considera una abogada comprometida y que procura que su trabajo sirva para promover la justicia en su entorno.

En ese momento llega Aurelio, que se ha retrasado un poco. Se aproxima a nuestro grupo con el paso decidido que le caracteriza y con su sonrisa resplandeciente y blanqueada que recuerda ligeramente a la de los anuncios de dentífricos. Viste con un impoluto traje y luce en su muñeca ese reloj que Julio, otro de los presentes, sueña con poder comprarse. Entonces Aurelio nos dice lo siguiente:

— Hablar de derechos humanos es una pérdida de tiempo. La ética, la justicia, son conversaciones eternas que no conducen a ninguna parte. Palabras vacías. Yo digo una cosa y tú dices la contraria. No nos vamos a poner de acuerdo. Yo os voy a decir en qué consiste esta profesión—

Aurelio acompaña estas palabras con un gesto en el que se inclina sobre el grupo, escenificando una importante confesión— La abogacía consiste en ganar— mientras dice esto da un golpecito a su espléndido reloj— En el derecho no hay buenos ni malos. Hay ganadores y perdedores. El abogado tiene que servir a los intereses de su cliente y salir victorioso sea cual sea la causa. La justicia es algo demasiado relativo. No hay malvados que no merezcan la mejor de las defensas. Ese discurso de la dignidad es para contárselo al juez de manera convincente, pero nosotros no vamos a ser tan estúpidos como para dejar que un idealismo ingenuo nos ponga límites— Aurelio rodea la mesa con la mirada buscando asentimiento. Entonces se dirige a María y añade:

— Aspirar a ser una abogada comprometida no es otra cosa que elegir ganar menos dinero del que podrías ganar. Con el tiempo te darás cuenta de que la gente a la que defiendes no es mejor que los demás, y de que lo que tú creías que era lo justo, en realidad era solo el *glamour* de la causa perdida.

Este personaje al que he presentado y llamado Aurelio es uno de los personajes claves de la cultura contemporánea (no se ofenda nadie por la arbitraria elección de este nombre). Las personas que suscriben el discurso de Aurelio se adhieren sin saberlo al rol que MacIntyre¹ denomina «el gerente». El gerente es alguien que piensa que su trabajo consiste en aplicar técnicas y obtener resultados de forma eficiente. No se cuestiona los fines, pues piensa que estos ya están dados de antemano. Los objetivos los pone la clientela o la persona que esté al mando. El gerente enajena su responsabilidad: él no diseña las reglas del juego. Sin embargo, obtiene un rédito de dicho juego. El gerente quiere ser el mejor jugador, el que siempre gana. Si alguien cuestiona su falta de escrúpulos morales señalará que él se limita a seguir las reglas y que las reglas son la única certeza que tenemos en la vida. Al fin y cabo, opina el gerente, morales hay muchas.

En la mentalidad de Aurelio se aúnan una filosofía basada en el relativismo moral, una visión técnica de la práctica jurídica y una perspectiva legalista del derecho. El presente trabajo puede leerse como una réplica a Aurelio basada en la propuesta del paradigma de la ética de la virtud, una visión humanista y comprometida de la praxis jurídica y una perspectiva hermenéutica del derecho como trasfondo. La visión gerencial de las profesiones jurídicas se encuentra por doquier y la teoría del derecho

¹ Cfr. MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. Barcelona: Austral.

que se imparte en las facultades, marcadamente positivista, no facilita la adopción de una perspectiva comprometida de la labor jurídica. La visión de la moral como algo separado del derecho deja el campo abierto a la codicia del gerente. Por estos motivos considero que es importante desarrollar una visión de la práctica jurídica que, sin alejarse del suelo, cuente con la ética como parte esencial del trabajo jurídico. Este es el objetivo que intento acometer.

Aspectos originales del presente trabajo

Este trabajo se ubica en la teoría de la argumentación jurídica, dentro de una concepción hermenéutica del derecho, es decir, que entiende el derecho como un lenguaje en acción, fruto de un diálogo vivo. Como el derecho es un lenguaje vivo, es central el papel que desempeñan sus hablantes. La originalidad de este trabajo radica especialmente en la formulación de la «retórica de la virtud». Para que mis tesis resulten comprensibles, debo hacer una breve aclaración acerca del estado de la cuestión de la teoría de la argumentación. Como es sabido, una de las principales perspectivas de la teoría de la argumentación actual es el punto de vista retórico. La perspectiva retórica presta atención a todos los aspectos que inciden sobre la interacción comunicativa. El derecho es lenguaje, pero no solo es palabra, pues también es imagen, escenario, expresión no verbal, cadencias, estilo de escritura, emociones, carácter, identidad, etc. La tradición retórica se preocupa por las estructuras argumentativas del lenguaje, pero también trasciende los marcos de dichas estructuras. Una visión retórica de la praxis jurídica se preocupa por el análisis de elementos que, por lo general, quedan excluidos en la periferia de la teoría del derecho.

Dentro de la perspectiva retórica del derecho cabe distinguir dos visiones antagónicas que ostentan la hegemonía en la actualidad. Una de ellas es la visión de la retórica como técnica de la persuasión. Esta es una visión de la retórica puramente gerencial. Lo relevante, para este punto de vista, es la victoria en el pleito, la persuasión eficaz y, por ello, serán analizados todos los elementos que contribuyan a la eficacia persuasiva, sin que importe ningún elemento que no constituya un instrumento para el logro del éxito en el pleito. Frente a dicho enfoque se encuentra la propuesta de Perelman², la «Nueva Retórica», que se basa en la distinción

² Cfr. Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

entre la convicción razonable y la mera persuasión irracional. No es lo mismo, para este punto de vista, convencer con razones y argumentos, que hacerlo con imágenes capciosas o chantajes emocionales. El papel de la retórica jurídica, para dicho enfoque, es estudiar cómo podemos construir una argumentación convincente y razonablemente fundamentada.

Mi propuesta consiste en un tercer enfoque dentro del punto de vista retórico, al que denomino «retórica de la virtud». Argumento que es necesario integrar en el estudio de la comunicación jurídica elementos que estuvieron presentes en la retórica clásica como la incidencia de la emoción de la compasión o el estilo de los escritos. Sin embargo, un punto de vista como el de Perelman dificulta la realización de un análisis serio de imágenes y emociones, dado que parte a priori de su exclusión. Lo razonable, lo argumentativo, se construye por oposición con lo emocional y lo no verbal. Frente a este problema opto por remontarme, al igual que hizo Perelman para formular su «Nueva Retórica» a la retórica clásica. La tradición retórica, que tiene por máximos exponentes a los célebres abogados Cicerón y Quintiliano³, tenía muy presentes los componentes emocionales y estéticos de la praxis jurídica. Sin embargo, no se basaba en una visión gerencial de la retórica. La retórica clásica era mucho más que una técnica para el logro de la persuasión. Para Cicerón, el buen uso de la palabra constituía la más alta expresión del carácter social del ser humano. La palabra permitía la participación de las personas en la vida política y, por tanto, su dominio era la piedra angular de las virtudes cívicas. El ideal formativo clásico buscaba la excelencia a través del cultivo de la palabra, la adquisición de una amplia cultura y el desarrollo de virtudes éticas. Cicerón y Quintiliano tienen una visión rica de la praxis de la abogacía, que se concibe como un trabajo lleno de dignidad en el que el dominio de la palabra se aúna con el cultivo intelectual y con el compromiso moral. La retórica para Quintiliano significa el arte del buen hablar vinculado a la persona virtuosa. Es decir, para Quintiliano solo podemos decir que estamos en presencia de un orador o una oradora cuando dicha persona, además de hablar bien, reúne una serie de cualidades éticas e intelectivas.

Por tanto, la originalidad de mi punto de vista de la teoría de la argumentación radica en mi reivindicación y denominación de la «retórica de la virtud», que es un modelo retórico que se basa en una ética fundada

³ Para no llenar esta introducción de referencias bibliográficas, los clásicos se citan en el cuerpo del trabajo y en la bibliografía final.

sobre el concepto de virtud, es decir, en el desarrollo de los hábitos del carácter. La «Nueva Retórica» de Perelman (que es considerada la propuesta más solvente de la retórica actual) recurre a una fundamentación última basada en las llamadas «éticas discursivas». Por oposición a esta apuesta epistémica yo recurro a las «éticas de la virtud», pues considero que logran dejar de lado la racionalidad gerencial sin pagar por ello el peaje de despreciar las emociones y las imágenes. En el presente trabajo, por consiguiente, desarrollo una perspectiva humanista de la retórica jurídica, situando en el centro del análisis la formación intelectual y ética de las profesiones jurídicas. Apuesto por una formación retórica que genere una praxis laboral comprometida, tendente a luchar por la justicia social, los derechos humanos y la dignidad. Me opongo a la concepción de la labor judicial basada en la idea de una imparcialidad fría y ciega, que aspira a asimilar a las personas juzgadoras con calculadoras asépticas. Contra esta noción, apuesto por un modelo educativo que fomente un ideal judicial, procedente del mundo clásico y de la hermenéutica, que desarrolla las virtudes de la prudencia y la compasión. Este modelo que propongo no requiere dejar de lado a las emociones ni a la estética para resultar ético y racional.

La perspectiva propuesta en este trabajo se integra dentro del resurgimiento filosófico, a partir de los años cincuenta, de las éticas de la virtud (giro aretaico). Las éticas de la virtud⁴ que han inspirado este artículo son especialmente las de MacIntyre, Nussbaum y Gadamer, y la teoría aristotélica que los tres toman como punto de partida⁵. Dentro de la teoría del derecho, el presente trabajo se enmarca en el corpus teórico denominado «jurisprudencia de la virtud»⁶ (correlativo a las éticas de la virtud), que está ganando especial relevancia en el ámbito de la argumentación

⁴ De «Areté», en griego «virtud» o «excelencia».

⁵ Gadamer, H. 1997: *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme. MacIntyre, A. 2013: *Tras la virtud*. Barcelona: Austral. Nussbaum, M. 1995: *Justicia poética*. (C. Gardini, Trans.) Barcelona: Editorial Andrés Bello. Nussbaum, M. 2004: *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado. Aristóteles. 1970: *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

⁶ Algunos trabajos que dan muestra de la jurisprudencia de la virtud son: Amaya, A. y Hock Lai, H. 2012: (Eds.), *Law, Virtue And Justice*, Oxford, Hart Publishing, Farrelly, C. y Solum, L. 2008: *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave Macmillan. Chapman, J. y Galston, W. 1992: *Virtue*, NOMOS XXXIV, New York, New York University Press, 1992

jurídica⁷. Una de las novedades del presente trabajo es que incorpora algunas fuentes que no están en el debate actual de las «jurisprudencias de la virtud»⁸, en particular, la retórica clásica y, especialmente, la obra de Quintiliano. Este trabajo propone dirigir la mirada hacia un tiempo en el que la abogacía era considerada la más elevada de las profesiones, que aunaba un conjunto de virtudes morales, intelectuales y cívicas que representaban el ideal de vida de una concepción del mundo a la que se puede denominar «cultura de la retórica». A través de la indagación en la retórica clásica he tratado de trasladar a la teoría de la argumentación jurídica de hoy aquel espíritu apasionado, de gran potencial humanista y democratizador. Mi cuestionamiento de la teoría de la argumentación actual surgió al contrastar las sensaciones que me transmitía la lectura de las monografías contemporáneas con las sensaciones que transmitían los clásicos, cuyas obras poseen gran belleza literaria y están llenas de referencias culturales y de anécdotas emotivas, humorísticas e interesantes.

Junto con la referencia central a la retórica clásica, este trabajo difiere en otros aspectos significativos de otras propuestas cercanas como la teoría aretaica de la argumentación jurídica de Amaya Amalia⁹. La diferencia más destacable es que dicha autora hace especial hincapié en los contenidos específicos de las virtudes que debería tener la judicatura y la abogacía, mientras que mi propuesta destaca más el significado cultural de la noción de «virtud», de modo que muestro suspicacia ante los listados de virtudes y prefiero centrarme en la noción más amplia de un juez virtuoso, una abogacía virtuosa o una persona virtuosa, que sería aquella que promueve activamente en su vida profesional y cotidiana un ideal de vida coherente con el bienestar, la dignidad y los derechos humanos. Tras esta diferencia podría haber una discrepancia de fondo acerca de la noción de «virtud», pues me preocupa que el énfasis en listados de virtudes pueda desembocar en una visión instrumental de las mismas, es decir, en su reducción a habilidades y actitudes profesionales

⁷ Algunos trabajos que ejemplifican la teoría aretaica de la argumentación son los siguientes: Amalia, A. 2013: «Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica», en González de la Vega, René y Larigué, Guillermo, *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Bogotá, Temis. Saldaña, J. 2007: *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Yankah, E. 2009: «Virtue's Domain» *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4.

⁸ Es sabido que el renacimiento presente de las éticas de la virtud tiene su origen en la relectura de Aristóteles, y lo mismo ocurre con las jurisprudencias de la virtud.

⁹ Op. Cit.

que podrían considerarse objeto de un aprendizaje técnico y que, una vez aplicadas, desembocarían con la presunta garantía de un procedimiento racional, a un resultado razonable. Para evitar esta posible banalización de la noción de virtud enfatizo su relación inseparable con ideales democráticos, culturales y éticos de amplio contenido.

Junto a la recuperación y formulación de la «retórica de la virtud», el otro aspecto original del presente trabajo es la reivindicación de los aspectos estéticos y estilísticos de la argumentación jurídica. Considero que la teoría de la argumentación actual resulta «logocéntrica», pues se ha centrado en exceso en estudiar esquemas argumentativos y estructuras del discurso y ha descuidado aspectos como el estilo de los escritos, que se consideraban elementos primordiales de la retórica clásica. A pesar de que considero que la teoría de la argumentación actual es mucho más logocéntrica que la clásica, sostengo que la retórica clásica ya contenía el germen de esta deriva al construir la distinción entre esencia y apariencia, entre argumento y estilo, entre *inventio* y *elocutio*. Por eso valoro positivamente la originalidad que tuvieron las aportaciones retóricas del humanista Baltasar Gracián, que se aparta de la tradición clásica y rompe con la distinción entre argumento y estilo, sosteniendo que el estilo es como el cuerpo del concepto, la estructura que lo articula, de modo que no puede existir argumento sin estilo y que la belleza, lejos de ser una noción irracional, emana de relaciones racionales entre los conceptos. En esta línea de romper con la distinción entre estética y racionalidad caminaron también el Kant de la *Crítica del Juicio* y los románticos que le siguieron.

CAPÍTULO 1

LA RETÓRICA ARETAICA

1. ¿QUÉ ES LA RETÓRICA ARETAICA?

Existe una idea muy extendida de que para el punto de vista retórico una buena argumentación es aquella que logra persuadir, de modo que las reglas que rigen la retórica tienen un carácter puramente técnico; son los medios e instrumentos que pueden usarse para lograr la persuasión. Esto hace que surjan serias dudas con respecto a su legitimidad: ¿Qué ocurre si esas técnicas se utilizan para fines injustos?, ¿un fin legítimo justifica medios como el engaño? Ante estos problemas, la llamada «teoría estándar de la argumentación» (punto de vista dominante en el mundo académico) recurre al que podemos denominar «criterio de Perelman»: lo importante no es si se persuade o no a un auditorio particular en un momento dado, sino más bien si se logra realizar una argumentación racional, que es la que sería capaz de persuadir a un auditorio ideal formado por personas racionales¹⁰. Esta tesis de Perelman se inspira en la contraposición del filósofo Habermas entre consenso fáctico y consenso racional¹¹.

La tesis de que la retórica es el arte de la persuasión está muy extendida pero en gran medida se basa en un viejo prejuicio platónico. En la

¹⁰ Perelman, C. (1979). op. cit. cfr.

¹¹ Habermas, J. (1981). op. cit. cfr.

Grecia clásica, ni Gorgias¹² ni otros grandes sofistas tuvieron esa concepción instrumental de la retórica. Siempre existió una visión diferente de la retórica, que fue acogida y ampliamente teorizada por Cicerón¹³ y por Quintiliano¹⁴. Dicha visión inspiró al humanismo y al republicanismo cívico y está vinculada a una ética de la virtud. Quintiliano explicó que el discurso retórico es el realizado por el *vir bonus*, es decir, por una persona virtuosa tanto moral como intelectualmente que además domina las técnicas de la retórica¹⁵. Que logre o no logre la persuasión, no es lo más importante. Quintiliano señala, en relación con este cuestión, que existe una diferencia entre opiniones que consiste en que «algunos pretenden que aun los hombres malos pueden llegar a ser oradores; otros, por el contrario (a cuya opinión me arrimo), dicen que el arte de que tratamos no puede convenir sino a los buenos»¹⁶. Y continúa diciendo «los que quitan a la elocuencia aquella principal alabanza de vida, que es la virtud, hacen consistir este arte en la persuasión, o en decir y hablar a propósito para persuadir, lo cual, dicen, lo puede lograr el hombre aunque no sea virtuoso»¹⁷. Sin embargo la persuasión no puede ser sin más el elemento distintivo de la retórica, ya que pueden persuadir el dinero, la autoridad, «la dignidad de la persona, y aun su sola presencia sin hablar palabra, (...) por la memoria de los méritos del sujeto, por verle miserable y aun por prendarnos de su hermosura»¹⁸. Y cuenta, a propósito de esto último, la célebre anécdota de la hermosísima Phriné, que ganó un pleito porque se desabrochó la túnica, descubriendo parte de su cuerpo¹⁹.

Para eliminar la persuasión basada en aspectos como la violencia o la belleza del orador podríamos acotar la definición sosteniendo que la retórica es el arte de la persuasión racional mediante la palabra. Esta tesis es bastante parecida a la que hoy se sostiene en el ámbito académico de la teoría de la argumentación. Sin embargo para Quintiliano esta definición se encuentra con el problema de que muchas veces la persuasión se logra de modo irracional. Quintiliano señala que la definición aristotélica de la retórica, que considera que la retórica tiene que ser racional

¹² Platón. (1983). *Gorgias*. op. cit. § 456 d-e; 457 a; 460 c-e

¹³ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit.

¹⁴ Quintiliano, M. (2001). op. cit.

¹⁵ Ibid. § 2-17-1,2

¹⁶ Ibid. § 2-17-1

¹⁷ Ibid. § 2-17-1

¹⁸ Ibid. § 2-16

¹⁹ Ibid. § 2-16

y argumentativa, se enfrenta al importante problema de que no tiene en cuenta aspectos que no son argumentativos pero que son centrales para la retórica, como la belleza del estilo²⁰. Por eso considera que la legitimidad moral de la retórica no puede basarse en la exclusión de los elementos estéticos o extralingüísticos. Es decir, en términos actuales: la retórica no debería sustentarse sobre una ética discursiva, sino sobre una ética que integre adecuadamente los elementos bellos, que han formado parte de la retórica desde sus orígenes. Quintiliano, inspirado por su maestro Cicerón y por gran parte de la tradición retórica, plantea un modelo retórico basado en la ética de la virtud. Recoge la opinión de Gorgias de que no puede haber un verdadero orador que no se conduzca con justicia, porque la retórica es una práctica cultural que se basa en la adopción de una filosofía humanista y un compromiso ético.

Quintiliano explica que las personas que vinculan la retórica con la ética de la virtud no tienen necesidad de justificar la retórica de manera instrumental, por ejemplo como hacía Aristóteles, que consideraba que la retórica es digna de estudio porque puede utilizarse para defender buenas causas y porque es necesario conocerla para vencer a los oradores que usan la retórica para engañar²¹. Quintiliano considera que puede haber personas muy persuasivas que utilicen sus técnicas para engañar, pero que entonces no son «oradores» en el sentido en el que Cicerón entendía esa palabra. La retórica estaba vinculada a un ideal de vida y de participación en la comunidad que implicaba asumir pautas de carácter. Al igual que la actual «teoría estándar», Quintiliano distinguía entre una retórica buena y una retórica mala. La actual teoría estándar distingue entre la convicción racional y la persuasión irracional. La diferencia entre ambos puntos de vista radica en que en Quintiliano la calidad moral de la retórica se hace depender de un modelo ético (la ética de la virtud) más compatible con el carácter estético de la retórica. En mi opinión, esta teoría de Quintiliano tiene la gran ventaja de que no requiere despreciar las emociones o el estilo, ni caer en una especie de pureza lógica o en una argumentación aséptica y sin garra. El punto de vista de Quintiliano no requiere que los argumentos y una perspectiva reduccionista de la razón desnaturalicen a la apasionada y artística tradición retórica.

Podríamos preguntarnos si estoy planteando que para Quintiliano la finalidad de la retórica no es la persuasión. En efecto, Quintiliano sostiene

²⁰ Ibid. § 2-16

²¹ Ibid. § 2-17-1,2

que la meta de la retórica no es persuadir, sino hablar bien (que es cosa distinta). La medicina pretende la cura de las personas enfermas, pero si no lo logra por causas no imputables al médico o la médica, aún así habrá cumplido con el fin de la medicina. El objetivo no es persuadir, sino el acto de hablar bien, pues existe una dignidad unida a ese hecho del bien hablar²². Por tanto, la retórica que Quintiliano quiere enseñar no es una técnica, es decir, que su virtud no depende del uso que de ella se haga. La retórica que quiere enseñar es un modelo de vida intelectual y moral, es una retórica que no es instrumento sino virtud²³. Al igual que las virtudes de la acción se remiten a la prudencia, lo mismo pasa con el decir o el callar. Admite que una persona perversa puede hablar de modo persuasivo, con una disposición perfecta del discurso y unos brillantes argumentos; sin embargo, señala Quintiliano, «se hacen muchas cosas, que son semejantes, pero distintas», es decir, que parecen retórica pero no lo son²⁴.

Como explica García Castillo²⁵, Quintiliano bebe del estoicismo romano, por ejemplo de la idea de una dignidad que radica en la naturaleza humana, y que se plasma en la palabra, facultad de hablar y de razonar. La palabra es, según este punto de vista estoico, la máxima expresión de la virtud, de la perfección a la que aspira la naturaleza humana. La realización humana consiste en alcanzar la excelencia moral (*vir bonus*) por medio de la habilidad discursiva (*dicendi peritus*). La retórica no es solo una disciplina, sino una práctica vital, una virtud que se despliega en su vida. Sin embargo, señala García Castillo²⁶, además de la influencia estoica es evidente la influencia platónica, que se manifiesta en su componente utópico, en su idealización de la persona oradora, un modelo regulador, semejante al del filósofo de la república platónica, que tal vez nunca exista, pero que se presenta como suprema aspiración de quien asume la tarea de proponer un ideal educativo²⁷. No obstante, desde mi punto de vista, la propuesta de la retórica de la virtud de Quintiliano no debe verse como una teoría de corte idealista, pues la retórica no es

²² Ibid. § 2-17-1,2

²³ Ibid. § 2-17-1,2

²⁴ Ibid. § 2-17-1,2

²⁵ Castillo, P. G. (1998). Influencias filosóficas en la definición del *vir bonus* de Quintiliano. In AAVV, T. Albadalejo, E. del Río, & J. Caballero (Eds.), *Quintiliano: historia y cualidad de la retórica* (pp. 891-899). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.

²⁶ Castillo, P. G. (1998), *op. cit.*, p. 893 y ss.

²⁷ Castillo, P. G. (1998), *op. cit.*, p. 895.

solo un modelo ideal, ni un fin último al que aspirar, sino una praxis cotidiana, al modo en que Aristóteles concibe la virtud como algo que se va haciendo. El ideal retórico expresa la naturaleza social y política humana, germen del potencial democrático de la retórica. Quintiliano no pretende formar a una persona intelectual que se pierde en disputas oscuras, sino a una ciudadanía comprometida con la vida civil y con los asuntos prácticos²⁸. Por tanto, la ética de la virtud que subyace tras la propuesta de Quintiliano no es fruto de una sola herencia, sino de varias aportaciones de la filosofía clásica.

2. LAS VIRTUDES DE LA PERSONA JUZGADORA

El *ethos*, para Aristóteles, es una de las tres vías de la persuasión, junto con el *logos* (razón) y el *pathos* (emociones) y consiste en que la persona oradora proyecte una imagen de credibilidad. Sin embargo el *ethos*, en un sentido más amplio y complejo, se entiende como un carácter que aglutina virtudes intelectuales y éticas. Ese carácter se configura como un modelo de excelencia que manifiesta a la persona humana en todo el esplendor de sus capacidades²⁹. Lo importante, para esta segunda visión, no es que la vida virtuosa de la persona oradora facilite la persuasión, sino que el dominio del ejercicio de la palabra, concebido como expresión artística, intelectual y democrática, constituye la máxima expresión de un hermoso modo de vida, que es valioso por sí mismo. En este sentido, hablar del *ethos* de la persona juzgadora es hablar de las virtudes judiciales. Aristóteles³⁰ propuso en su tiempo un modelo de virtudes judiciales, que pretendía expresar las nociones de excelencia intelectual y moral de la Grecia clásica. Sorprendentemente, ese ideal humanista sigue siendo un modelo de excelencia perfectamente válido para quien hoy se dedique a la judicatura. Las causas de esa extraordinaria vigencia actual posiblemente estén en que los derechos humanos contienen una idea de la dignidad humana y de la promoción de la democracia que encuentra fácil apoyo en los modelos clásicos de la virtud. No en vano, existe una

²⁸ Así lo considera también Castillo. *Ibid.*, p. 896.

²⁹ Estas afirmaciones se han desarrollado anteriormente, aportando las correspondientes referencias.

³⁰ Aristóteles. (1970), *op. cit.* cfr.

conexión entre el humanismo neoclásico jacobino y el surgimiento ilustrado de los derechos humanos.

Según el modelo aristotélico, la prudencia, la *phrónesis*, es la principal virtud judicial³¹, que significa que alguien sabe lo que se debe hacer en cada situación y que significa también encontrar el equilibrio adecuado en relación con el caso concreto. La prudencia, señala MacIntyre³², requiere de una combinación entre intelecto y experiencia práctica. No es una especie de astucia que enlace medios para cualquier fin, es decir, no consiste en que la persona juzgadora localice rápidamente cualquier precedente aplicable, sino que supone elegir la solución que mejor se adapte a los valores morales en juego. Para Aristóteles no existe la posibilidad de que un juez o una jueza deje de lado la reflexión ética. Es decir, no se puede tener una inteligencia puramente técnica. Tal cosa no existe. MacIntyre³³ señala que, en la sociedad actual se dicen cosas como «sé buena y dulce, señorita, y deja la inteligencia para otros» y añade que la alta cultura también contiene este tópico. Así, vemos que Kant³⁴ distingue entre la buena voluntad (que es condición suficiente para que seamos buenas personas), y el saber cómo aplicar normas generales a los casos particulares, que es una habilidad intelectual. Por tanto, para Kant se puede ser a la vez una persona buena y estúpida; mientras que Aristóteles vincula ambas cualidades. La inteligencia práctica requiere preocupaciones éticas. MacIntyre³⁵ sostiene que la sociedad actual no parece compartir el parecer de Aristóteles. La modernidad ha consagrado a la persona «gerente», que es alguien que presume de su experticia al conectar medios y fines, de manera valorativamente neutra. Junto con la idea de racionalidad técnica, la modernidad ha consagrado la idea de racionalidad pura, que extiende sus tentáculos dentro de la teoría del derecho. Sin embargo, como señala Nussbaum³⁶, Aristóteles³⁷ considera que un estudio sobre la justicia tiene que hacerse teniendo en cuenta la racionalidad de una persona real, y no una racionalidad idealizada y perfecta, la justicia es cosa de personas, y no de bestias ni de divinida-

³¹ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.* 185 y ss.

³² *Ibid.* 185 y ss.

³³ *Ibid.*, p. 185.

³⁴ Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe.

³⁵ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.* 185 y ss.

³⁶ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado. p. 193 y ss.

³⁷ Aristóteles. (1988). *Política*. (M. GarcíaValdés, Trans.) Madrid: Gredos. § I-12a27

des³⁸, pues la razón humana, con sus debilidades, es la única que puede comprender el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Nussbaum señala, en relación con esta idea, que Aristóteles sigue la tradición filosófica, que se remonta a Heráclito, según la cual la capacidad de utilizar el sustantivo «justicia» se basa en la experiencia de la necesidad y la escasez, de las que carece un ser divino. Por tanto, estas dos ideas expuestas nos conducen a defender que una persona juzgadora prudente desarrolla su intelecto de modo sensible (sin desatender las emociones), y juzga desde su experiencia de la vulnerabilidad humana.

Aristóteles considera que con frecuencia no sabemos qué partes de la experiencia que hemos analizado debemos considerar significativas, y cuáles debemos abandonar, ya que hay datos que podrían llevarnos a soluciones muy distintas. El ideal aristotélico no es el de las certezas matemáticas, sino el de la persona prudente, que elige adecuadamente en un mundo humano lleno de incertidumbre. Esta persona³⁹ no intenta situarse en una perspectiva ajena a las condiciones de la vida humana,

³⁸ El ideal platónico de la virtud parece más bien dirigido a las divinidades. Platón señala en la *República* que la virtud clave de la persona es el autocontrol con respecto a las propias pasiones y los propios deseos. Eso nos permitirá ser autosuficientes, no depender de cosas altamente vulnerables, que pueden perderse en cualquier momento, como el placer, la riqueza, el amor, la comida o la fiesta. Para dejar de ser vulnerables hemos de abandonar el deseo de esas cosas. Platón sostiene que la vida óptima para las personas es la de la filosofía, es decir, la dedicada al estudio. Esta vida está, según Platón, gobernada por la razón. Platón. (1986). *República*. In *Diálogos* (Vol. IV). Madrid: Gredos. § 561 b; 329 a; 583c-584a. Los placeres elevados, como el de la filosofía, son los que no contienen mezcla con dolor, ni como fuente de motivación antecedente, ni como experiencia concomitante que haga destacar al placer por contraste y son aquellos placeres que tienen por objeto a los bienes estables y eternos que no cambian. Platón. (1986). Fedón. In *Diálogos* (Vol. III). Madrid: Gredos. § 79c. En *El Filebo*, Platón afirma que el sufrir carencia es la causa por la que se experimenta placer con el amor, la incertidumbre sobre el futuro es la causa del placer de la esperanza. Por contraposición, son placeres puros el intelectual y la contemplación estética (de las formas y los sentidos), siempre que el dolor no esté implicado en ese placer estético. Platón. (1992). *Filebo*, *op. cit.* § 50d-51e. Nietzsche criticó a Platón señalando que las personas que buscan las cosas estables como la matemática y la filosofía lo hacen porque son incapaces de vivir con el dolor y la inestabilidad propios de la vida. Así, dice Nietzsche «Es el sufrimiento lo que inspira estas conclusiones fundamentalmente, son deseos de que tal mundo exista...Imaginar otro mundo más valioso es una expresión de odio hacia un mundo que hace sufrir: el resentimiento de los metafísicos es aquí creativo». Nietzsche, F. (2000). *La voluntad de poder*. Madrid: Edaf. p. 519.

³⁹ *Ibid.*, p. 316.

sino que basa sus juicios en su amplia experiencia vital. La persona juzgadora no debe deliberar con métodos científicos, ni aspirar a una imparcialidad ciega y fría. La filosofía aristotélica implica mostrar apertura ante lo nuevo, pues la vida siempre puede sorprendernos y resultar, en determinados aspectos, distinta a todo lo anterior. Por eso no podemos alcanzar nunca un conocimiento completo en cuestiones sociales o jurídicas, pero eso no implica la ausencia de conocimiento en estas materias, ya que durante nuestra experiencia vital tratamos de alcanzar un saber práctico acerca de la justicia, y creamos normas para nuestro uso personal, que son fruto de ese aprendizaje, moldean nuestra identidad y facilitan el momento de juzgar. Las reglas que nos vamos dando y las virtudes que, en consecuencia, van configurando nuestro carácter son resúmenes de las decisiones particulares. Las reglas son, en este sentido, resúmenes de los buenos juicios anteriores, que son válidos solo en la medida en que describen adecuadamente dichos juicios. El carácter general de las reglas (tanto las leyes como las que vamos configurando en a partir de los casos anteriores) hace de estas, dice Nussbaum, un arma de doble filo; pues, aunque aporten funciones pedagógicas y orientativas, pueden presentar una imagen reduccionista de elecciones complejas y no adaptarse a las situaciones futuras. Las reglas no son la autoridad última desde la que valorar las decisiones particulares. Esto implica no instalarse en el conservadurismo del precedente. Aristóteles⁴⁰ explica esta exigencia de flexibilidad con la metáfora de que, quien pretende tomar siempre sus decisiones de acuerdo con un principio general fijo es como la persona arquitecta que intenta utilizar una regla recta para medir las curvas de una columna, por el contrario, es necesario el uso de una banda metálica flexible que se adapte a la forma de la piedra. Gadamer⁴¹, analizando a Aristóteles, explica que, por muy buenos que sean nuestros hábitos adquiridos en la resolución de casos anteriores, estos no garantizan la solución justa en el caso concreto, pues la realidad usualmente desborda al conocimiento previo. En el momento hermenéutico (interpretativo) es imprescindible partir de la superioridad de la realidad frente a la necesaria deficiencia de toda norma. Aristóteles⁴² rechaza la actitud formalista en la interpretación jurídica, cuando afirma «con ello queda de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquél que elige y practica esa

⁴⁰ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, op. cit. §1137b30-2; 1134b18-33.

⁴¹ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme. cfr.

⁴² Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, op. cit. cfr.

clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo, y esta disposición de carácter es la equidad»⁴³. Como vemos, para Aristóteles, las normas no pueden determinar la solución de un caso, sino que es imprescindible el papel de la persona prudente.

A pesar de que las reglas no puedan determinar completamente la solución de un caso, ello no significa ni mucho menos que sean inútiles. Nussbaum⁴⁴ destaca algunas ventajas de las reglas: las reglas sirven, en primer lugar, a las personas con escasa experiencia y que no han configurado aún sus habilidades y virtudes prácticas; estas personas pueden precisar seguir el juicio de otras personas. En segundo lugar, las reglas sirven a la judicatura ya experimentada, pues funcionan como resúmenes de los aspectos que suelen ser relevantes, de modo que se ahorra tiempo (es frecuente que la judicatura carezca de tiempo) en el análisis del caso. Las reglas pueden evitar errores cuando las circunstancias exigen decidir rápido, y esto es muy importante. Una tercera ventaja de las reglas, señala Nussbaum, es que brindan seguridad jurídica y fomentan la imparcialidad de las decisiones, en el sentido de que evitan que las pasiones deformen el juicio. A partir de lo expuesto se concluye que cuanto más desarrolle sus virtudes la persona juzgadora (gracias a la prudencia nacida de la experiencia profesional), menos necesitará del auxilio de las reglas, aunque siempre serán necesarias porque las personas humanas no pueden convertirse en juezas perfectas. Gadamer⁴⁵ señala que Aristóteles ejemplifica el método hermenéutico que Gadamer defiende. Aristóteles no aspira a alcanzar la certeza absoluta a través del conocimiento, pero admite que el conocimiento facilita la adopción de nuevas decisiones. La práctica y el estudio pueden generar en la persona intérprete una serie de hábitos o virtudes, concepciones sobre lo justo, matizadas a lo largo del tiempo y con proyección en los casos particulares. La persona intérprete logrará pautas de actuación razonadas que le permitan actuar de un mismo modo ante un mismo problema, facilitando la aplicación de la decisión justa. La prudencia aristotélica consiste en percibir determinados atributos importantes de una situación, en saber observar cosas que a otra persona menos experimentada le pasarían desapercibidas. El carácter y los valores que una persona va desarrollando

⁴³ Ibid. §1138 a.

⁴⁴ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*, op. cit., p. 320.

⁴⁵ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*, op. cit., p. 386.

a lo largo del tiempo son importantes, ya que explican en gran medida lo que esa persona percibirá en una nueva situación. Para poder realizar un juicio particular hemos de partir de una concepción general sobre el derecho y sobre el mundo que constituye el núcleo de compromisos que configura el carácter ético de la persona juzgadora.

Este modelo aristotélico de la ética judicial que he expuesto no queda muy lejos de análisis contemporáneos de las cualidades judiciales. El juez Posner⁴⁶ considera que, en la práctica, el razonamiento jurídico se basa mucho en la intuición. Su noción de la intuición tiene mucho que ver con el proceder hermenéutico que explica Aristóteles. Para Posner, la intuición es una facultad que permite realizar un juicio rápido sin llevar a cabo un balance consciente entre los posibles cursos de acción. Tal facultad se adquiere mediante la educación y la propia experiencia. Es un razonamiento abreviado susceptible de ser racionalizado y que se desarrolla gracias a la experiencia jurídica. En conexión con la intuición está, según Posner, el buen juicio, que nos recuerda también a la prudencia aristotélica. Se trata de una facultad formada por un conjunto de virtudes: empatía, modestia, madurez, sentido de la proporción, equilibrio, reconocimiento de las limitaciones humanas, prudencia, sentido de la realidad y sentido común. Posner considera que la obligación de motivar las decisiones contribuye a hacer racional la decisión intuitiva. Dicho autor sostiene que existe un importante componente interpretativo y cultural en el proceder judicial, y esto es positivo, pues las decisiones se ven enriquecidas por la experiencia y el conocimiento adquiridos⁴⁷.

Además de este desarrollo de la intuición y de la adquisición del conocimiento práctico, otro aspecto central de la virtud judicial en Aristóteles es su hincapié en la importancia de las emociones para las decisiones éticas, pues, lejos de considerarlas obstáculos para el razonamiento, las considera elementos imprescindibles para una buena reflexión. Nussbaum explica que las emociones guían a la razón en sus elecciones. La persona prudente no decide de modo meramente intelectual, sino que aprovecha los deseos informados por sus emociones y eso le ayuda a respon-

⁴⁶ Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca, Trans.) Madrid: Marcial Pons. p. 114 y ss.

⁴⁷ Posner señala que la presencia de la intuición ha sido señalada por el realismo jurídico americano y por la corriente *Critical Legal Studies*. Pero Posner considera que estos autores exageran las dimensiones de la indeterminación de los casos y, por consiguiente, tienen una visión excesivamente ideológica de la labor judicial. *Ibid.*, p. 131.

der correctamente⁴⁸. Una buena elección requiere, no solo su adopción intelectual, sino también la implicación emocional con la misma. Sin el consorcio de la emoción, esa elección deja de ser plenamente ética. La decisión no es ética si es una muestra de puro y frío autocontrol. Si mis actos son generosos, pero solo gracias a un esfuerzo constante, no me estoy comportando con auténtica generosidad. La auténtica generosidad es la que se hace de modo gozoso. Esa generosidad es más fiable y duradera. Una violenta lucha interna entre razón y emoción es síntoma de inmadurez ética, de necesidad de educación moral⁴⁹. Gadamer⁵⁰ explica, en este sentido, que en el modelo aristotélico, una virtud positiva en la persona intérprete es la sensibilidad, que consiste en otorgar la importancia que corresponde a los afectos. Sentirse afectado por la otra persona, ponerse en su lugar, tener disposición a la compasión.

Es probable que al leer la propuesta de virtud judicial de las líneas precedentes notemos una importante ausencia. Entre las virtudes de una persona juzgadora no se menciona la imparcialidad, que es hoy considerada la virtud esencial de la judicatura y una piedra angular del Estado de Derecho. Aguiló⁵¹ define la imparcialidad judicial como aplicar el derecho, y hacerlo por las razones que el derecho suministra (la persona juzgadora imparcial está motivada por su deber de acatar el ordenamiento jurídico). Sostiene Aguiló que en el ideal de imparcialidad hay algo muy semejante a la noción kantiana del deber como motivación de la conducta moral, pero referido al marco institucional del derecho: el objetivo es que los motivos por los que se decide y los argumentos

⁴⁸ Las emociones nos permiten reaccionar del modo que corresponde a una situación. Pensemos en la muerte de un ser querido. Eso no es algo que se pueda comprender con el intelecto, es algo que solo puede comprenderse añadiendo al corazón. Por eso, cuando alguien conoce el hecho pero no reacciona emocionalmente, pensamos que aún no ha comprendido la situación, aún no ha percibido lo que ha pasado. La percepción de un evento se produce también con las emociones. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*, op. cit. Interludio II. Aristóteles considera que veces el deseo nos habla, y nos informa de lo que necesitamos y de cómo podemos satisfacerlo. Aristóteles. (1978). *Acerca del alma [De anima]*. (T. Calvo, Trans.) Madrid: Gredos. cfr.

⁴⁹ Experimentar necesidades y deseos no es algo malo, sino algo propio de cualquier persona humana. Esas necesidades son algo hermoso, porque nos hacen ser parte de nuestra sociedad, ser parte de la especie humana.

⁵⁰ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*, op. cit., p. 386.

⁵¹ Aguiló, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Jurídica de les Illes Balears* (10). p.10 y ss.

expresados en la sentencia judicial coincidan. El ideal de una persona juzgadora independiente e imparcial designa a alguien que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. Aguiló considera que, tanto el deber de independencia como el deber de imparcialidad⁵² tratan de proteger el derecho de la ciudadanía a ser juzgada desde la legalidad vigente. Desde mi punto de vista, si entendemos la imparcialidad (y la independencia) en el sentido en el que la entiende Aguiló, resulta incompatible con el modelo de virtud aristotélico. Aristóteles sostiene que la verdadera decisión justa es la que se adopta, no solo por deber, sino por convencimiento emocional e intelectual. Por tanto, una decisión que se adopta solo por fidelidad a la autoridad de las leyes, aun pensando que esa decisión es tan injusta que hace saltar todas las alarmas de los buenos sentimientos de la persona juzgadora, no sería una buena decisión y, en mi opinión, podría conducirnos a escenarios políticos autoritarios nada deseables.

Aristóteles considera, como expuse anteriormente, que una de las ventajas de las leyes es que contribuyen a que las decisiones no supongan una burda reacción a pasiones como el odio o la simpatía, ni a intereses personales de la persona juzgadora. Sin embargo, esto no implica que la persona juzgadora deba dejar a un lado su razón crítica y su sentido común (ambos acompañados, necesariamente, por emociones). No hemos de aspirar a ningún ideal de racionalidad kantiana en el que la persona juzgadora se vea a sí misma como la voz de una razón desprovista de identidad, y como baluarte de la objetividad y de la técnica. Ese nivel de «imparcialidad e independencia» no es ni posible ni deseable. Tampoco es posible una decisión basada solo en la ley, sin mediación de ideologías ni de elementos procedentes de la formación jurídica, la cultura y el medio social. Creo que una noción de imparcialidad como la que defiende Aguiló supone abrir la puerta a que las personas juzgadoras enmascaren (de forma más o menos consciente) sus propias ideologías tras la apariencia de tecnicismo jurídico. Desde mi punto de

⁵² En opinión de Aguiló, un juez no es independiente solamente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de no tener parentesco o interés personal en el litigio. La independencia y la imparcialidad se diferencian en que el deber de independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social en general. La imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias provenientes de las partes o del objeto del litigio.

vista, la virtud de imparcialidad lo que exige es una actitud de apertura a la escucha; es decir, no apostar por una versión sin haber escuchado con atención a las partes. La persona juzgadora debe ser consciente de que todos tenemos prejuicios (todas las personas razonamos desde la experiencia anterior) y ha de estar dispuesta a dejar que el caso modifique sus ideas preconcebidas.

Kronman⁵³, en *El abogado perdido*, defiende un ideal de jurista prudente, de inspiración aristotélica. La persona prudente es aquella persona que sabe reflexionar, no sobre medios, sino especialmente sobre fines, y esto requiere, como hemos visto, rasgos de carácter como la empatía, la imaginación y la capacidad para ponerse en el lugar de otra persona, manteniendo el espíritu crítico. Podríamos sostener que, según el modelo de la virtud aristotélica, una buena persona juzgadora conoce bien el derecho, pero no se limita a aplicarlo de modo mecánico. Una buena persona juzgadora sabe argumentar y justificar decisiones, y posee rasgos de carácter que facilitan su trabajo, como un firme compromiso con el valor de la justicia y con los derechos humanos, así como la valentía necesaria para perseguir esa justicia enfrentándose a los obstáculos tanto externos como internos. El ideal aristotélico⁵⁴ es de un carácter muy distinto al que defiende Aguiló. La actitud judicial es indulgente con las debilidades de otras personas, atiende a los fines últimos de las normas, y no presta tanta atención al hecho como a la intención. La persona justa, según Aristóteles, no se limita a analizar los hechos que son objeto del litigio, sino que intenta escrutar el carácter de la persona acusada. Una buena persona juzgadora debe tener un sentimiento de gratitud hacia la humanidad, y no recordar demasiado las afrentas recibidas en su vida. En fin, en el modelo aristotélico, una persona juzgadora será más fiel a la búsqueda de la justicia que a la ley escrita.

En este sentido, Atienza y Lozada⁵⁵ concuerdan con Aristóteles en que la persona juzgadora debe sentirse vinculada, no solo por el texto de una norma, sino también por las razones que le dan sentido. Eso implica que la persona juzgadora no debe preguntarse qué significa un

⁵³ Kronman, A. (1993). *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University. cfr.

⁵⁴ Aristóteles. (1990). *Retórica*. (Q. Racionero, Trans.) Madrid: Gredos. § I, 1374b, 12-23.

⁵⁵ Atienza, M., & Lozada, A. (2009). *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos. p. 127 y ss.

término, sino qué propósito racional persigue ese enunciado y, por tanto, cómo debe entenderse ese término. Por tanto, cuando redacte la sentencia judicial, la persona juzgadora tiene que explicar esas razones sustantivas y no puede limitarse a señalar la norma con de tecnicismos y un lenguaje autoritario. Sin embargo los autores señalan que el activismo judicial es también un vicio. En su opinión la virtud judicial estaría en un punto medio entre el formalismo y el activismo judicial. Estos autores consideran que el poder judicial debe respetar el principio de deferencia al legislativo, incluso aunque eso suponga no adoptar la decisión que mejor preserve un derecho fundamental. En este punto no puedo estar de acuerdo con Atienza y Lozada. Como señala Aristóteles, la preocupación por la justicia debe ser el objetivo superior que guíe la acción judicial, y las nociones de justicia remiten necesariamente a los derechos humanos y a los valores éticos que estos consagran. El principio de deferencia al poder legislativo debe ponerse en relación con el resto de principios del sistema jurídico y no puede convertirse en una especie de metaprincipio que se anteponga a los demás. En mi opinión, la persona juzgadora debe ser, ante todo, una persona comprometida con los derechos humanos y con los valores democráticos del ordenamiento constitucional en su conjunto. El activismo judicial, en pro de los derechos humanos y de la democracia, lejos de ser un vicio, es precisamente lo que caracteriza a una persona juzgadora que se tome en serio el derecho. Hipostasiar el principio de deferencia al poder legislativo implica ignorar el carácter holístico de toda interpretación jurídica, que exige poner en relación a las leyes con los valores del ordenamiento que vienen a completar (y no a contradecir). La deferencia al poder legislativo es un principio que debe ser respetado como los demás, pero al que no podemos otorgar prioridad léxica.

El vicio contrario al formalismo jurídico sería, en mi opinión, la actitud de la persona juzgadora que tome sus decisiones basándose en sus propias nociones ideológicas o intereses personales, y desoyendo los principios de la comunidad. El activismo judicial por los derechos humanos y los valores democráticos es la actitud vital que mejor expresa la prudencia judicial. De una persona juzgadora se espera que se preocupe por la justicia y por la dignidad humana, y por tanto, que interprete cada norma concreta del modo más coherente con esos valores. Esa labor judicial contribuirá a que el derecho realice en mayor medida sus fines. Tanto el poder judicial como el poder legislativo han de fomentar el desarrollo de los derechos humanos y de la democracia. Seguramente

Atienza y Lozada pretenden limitar la actitud de las personas juzgadoras que apelan a un derecho fundamental, pero que en realidad lo interpretan de manera interesada (y normalmente aislándolo de los demás). Sin embargo, en mi opinión, la censura del activismo judicial no es el camino. La actitud de sincero compromiso con la promoción de los derechos humanos es muy valiosa. Frente a las personas que intentan utilizar los valores de la comunidad de manera manipuladora en beneficio de ideas sectarias los mejores antídotos son la argumentación jurídica y el debate crítico. Ese ambiente crítico se ve fortalecido por la entusiasta acogida, en el interior del debate jurídico, de las nociones éticas y sustantivas que aportan los derechos humanos.

Además del debate sobre la virtud de la imparcialidad, otra cuestión interesante que puede debatirse en relación con la propuesta aristotélica de ética judicial es la planteada por Rawls: en el modelo de la virtud no existe la decisión correcta al margen de la persona prudente; es decir, es la persona prudente la que decide cuál es la buena decisión. No existen reglas que digan cuál es la mejor opción, al margen de la persona virtuosa, es el ideal humano el que determina lo bueno. Rawls⁵⁶ considera que remitirse, para evaluar la calidad ética de una decisión, a los compromisos morales de la persona juzgadora nos introduce en un argumento circular y por eso sostiene que no deberíamos promover un modelo de ética judicial basado en contenidos materiales como nociones filosóficas sobre la virtud de la justicia o la amistad. Por el contrario, según Rawls, la ética judicial debe basarse en habilidades procedimentales, neutrales desde el punto de vista sustantivo, tales como la imaginación, la empatía o la atención a lo fáctico. De este modo, al tratarse de actitudes procedimentales, sí podríamos realizar juicios objetivos acerca de la calidad de las decisiones.

Sin embargo las éticas de la virtud no se prestan a un punto de vista procedimental como el de Rawls. Las éticas de la virtud no se limitan a plantear que los jueces tengan determinadas habilidades como las de expresarse de modo claro o mostrar empatía ante las personas. Resulta clara la fácil banalización de una propuesta como esta dado que los problemas jurídicos son demasiado complejos como para despacharlos con un listado de «virtudes» de enorme generalidad. Además, un listado de este tipo no se apartaría, en realidad, de un modelo deontológico basado en reglas o principios. En las éticas de la virtud lo importante no son

⁵⁶ Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*, op. cit. cfr.

las virtudes concretas que se mencionan, sino el modelo de vida que componen. Lo relevante es el modelo de carácter al que hacen referencia. El énfasis en los rasgos particulares de dicho carácter (las virtudes) tiene el objetivo de resaltar la idea de que una concepción sustantiva de la persona justa no se puede quedar en el plano teórico, sino que necesariamente se desenvuelve en la práctica mediante la educación de las emociones y el aprendizaje. Las virtudes no son otra cosa que la actitud de compromiso práctico con unos valores que han llegado a formar parte del propio carácter. Nussbaum señala que el modelo de Aristóteles remite en última instancia a una concepción sustantiva de la persona justa, pero que eso no debería servir como crítica para los procedimentalistas como Rawls, dado que toda concepción moral compleja contiene elementos sustantivos. Nussbaum señala que la persona juzgadora prudente procura promover tanto en sí misma, como en el resto de personas, el ideal de una vida plena⁵⁷⁻⁵⁸. Conuerdo con Nussbaum en que eso es, en nuestros días, una persona justa y sostengo que los derechos humanos plasman el contenido jurídico de ese ideal de vida florecida que ha de orientar la moral de nuestro tiempo. Las éticas de la virtud enfatizan la necesidad de una educación intelectual y moral en contenidos sustantivos, así como de adoptar un compromiso cotidiano con la ética.

3. LAS VIRTUDES DE LA PERSONA ABOGADA

Un reto para las éticas de la virtud es el de aplicar a la profesión de la abogacía un modelo de virtudes parecido al que Aristóteles plantea para la persona juzgadora. Aparentemente ambas profesiones tienen una gran diferencia: mientras que la persona juzgadora debe anteponer el bien común, la abogacía ha de anteponer el interés de las personas a las que defiende. A pesar de eso, filósofos del derecho como Alexy⁵⁹, han sostenido que la abogacía, como la judicatura, argumenta de modo racional

⁵⁷ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, op. cit. §1169a18-b12

⁵⁸ Una persona heroica está dispuesta incluso a sacrificar su propia vida por ellos. El sacrificio altruista de una persona excelente será especialmente doloroso, porque para alguien capaz de sentir en plenitud el amor y la amistad, la vida es preciosísima y se dará cuenta de que va a ser privada del mayor de los bienes. Aristóteles. (2011). *Ética Eudemia*, op. cit. §117b 10-16.

⁵⁹ Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit. cfr.

y de una manera que pretende ser justa. Atienza⁶⁰ considera que, si bien es cierto que hay causas con un gran componente ético como la defensa de derechos de consumidores, del medio ambiente, o de derechos fundamentales, la motivación de la victoria en la defensa de la clientela juega un papel central. Por ejemplo, es obvio que una abogada no tiene que obligación de decir toda la verdad (aunque tenga ciertos deberes como no introducir pruebas falsas) y no está obligada a exponer los argumentos que debilitarían su postura. La judicatura intenta encontrar la solución más justa y más fiel al derecho, mientras que la abogacía busca la solución más conveniente. Aunque los argumentos de una y otra sean coincidentes, la abogacía realiza un uso más estratégico de los mismos. Atienza señala que la persona abogada puede resaltar que un caso es análogo a uno anterior, enfatizando las similitudes y minimizando las diferencias; y la parte contraria defenderá que no existe esa semejanza, destacando las diferencias. El uso estratégico de la argumentación es especialmente significativo en los casos de negociación, en los que pueden tener una importancia crucial el poder y las amenazas⁶¹.

Aunque la labor de la abogacía no sea idéntica a la judicial, se han propuesto modelos de virtud, con una dimensión ética, pensados expresamente para describir la excelencia que puede alcanzarse con la abogacía. Uno de los aspectos más originales del presente trabajo es que incorporo a las investigaciones iusfilosóficas sobre la virtud la aportación de Cicerón y, sobretudo, de Quintiliano. Cicerón sostenía que la abogacía no estaba reñida con el compromiso moral y con el desarrollo intelectual y consideraba que un abogado será más feliz en su trabajo si lo percibe como un reto intelectual y como un modo de mejorar su sociedad. Lejos de adoptar una postura idealista, Cicerón era muy consciente del estrés propio de la abogacía y del carácter estratégico de dicha profesión. Pero

⁶⁰ Atienza (2013), *op. cit.*, p. 704.

⁶¹ Autores como Fisher y Ury analizan la relevancia del poder de las partes en la negociación desempeñada por la abogacía. Los autores señalan que hay dos modelos de negociación, en el primero, el más proclive al poder de las amenazas, es aquel en el que cada una de las partes adopta una posición inicial acorde a sus intereses, y luego van cediendo hasta llegar a un acuerdo. El otro modelo es en el que se fijan unos principios, como que la negociación esté abierta a las razones y cerrada a las amenazas. En este segundo método es más importante la argumentación que las posiciones respectivas de poder. De manera que, incluso en el contexto de la negociación los principios éticos tienen importancia. Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In.* cfr.

aún así defendía que existe espacio para una praxis vocacional de la abogacía. Ilustra estas reflexiones a través de un diálogo⁶² en el que contrapone dos visiones distintas de la abogacía defendidas por dos personajes que fueron eminentes abogados: la visión del erudito Craso frente a la del pragmático Antonio.

Mientras que Craso aspira a una abogacía culta y de grandes cualidades intelectuales y morales, Antonio describe los conocimientos y habilidades imprescindibles para la litigación. Estoy segura de que muchos abogados y abogadas de hoy pueden sentirse identificados con el debate entre Craso y Antonio. Craso sostiene que la retórica no puede reducirse a hablar con elegancia, porque toda la autoridad del discurso se pierde si quien habla no controla a fondo la materia sobre la que está hablando. Por ello es necesario que la persona abogada tenga amplia cultura (para lo cual es muy conveniente la filosofía) y conocimientos específicos sobre las materias jurídicas de las que hable. Otra característica necesaria para la persona oradora es que tenga empatía (que proporciona conocimiento sobre las causas que despiertan y que disipan las emociones), pues solo así logrará que sus discursos emocionen a las demás personas. Además de saber manejarse en los campos de conocimiento que aparezcan directa o colateralmente en las causas, quien se disponga a hablar deberá saber elaborar un discurso bello, sea cual sea el tema. Cicerón considera que nadie puede hablar bien de lo que no sabe, pero matiza que saber de un tema no es garantía suficiente para hablar bien. De entre todos los conocimientos que la persona oradora puede tener, son especialmente importantes aquellos relativos a los aspectos sociales del ser humano, pero además hay que tener una cultura general que le permita hablar brevemente sobre cualquier asunto sin quedar en ridículo. Señala Craso que resulta evidente cuándo una persona llega al tribunal adornada con una amplia cultura y cuándo solo conoce aquello sobre lo que está disertando⁶³. Son habilidades naturales de la persona oradora la inteligencia, el ingenio, la creatividad, la habilidad argumentativa, la sensibilidad estética, la empatía y la memoria. Otras disposiciones naturales como la voz sonora y la buena apariencia también son significativas para la

⁶² Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. En M. Cicerón, *Obras escogidas* (M. Menéndez y Pelayo, Trad.). Buenos Aires: Librería «El Ateneo». En adelante utilizo páginas de la edición citada, confronte quien lo desee a partir de I-II-V en cualquier otra edición.

⁶³ *Ibid.*, p 33.

retórica⁶⁴. La formación de esta persona oradora consistirá en escribir, desarrollar buena memoria, leer literatura, historia y a grandes maestros de todas las materias. La persona oradora también hará ejercicios de argumentación participando en debates, y desarrollará el espíritu crítico, siendo capaz de defender las dos partes contrarias de un asunto. Es fundamental asimismo el amplio conocimiento del derecho, tanto privado como público, incluyendo la historia de las instituciones del estado. El conocimiento del derecho es imprescindible, ya que estamos hablando de una persona oradora que se va a enfrentar a pleitos. Es conveniente, como colofón, desarrollar un sentido del humor elegante que amenice el discurso⁶⁵.

Antonio no comparte la visión de la abogacía que defiende Craso, porque considera que es excesiva⁶⁶. Para Antonio es suficiente con que la persona abogada resulte convincente tanto en las causas jurídicas, como al hablar sobre algún asunto cotidiano. Está bien que tenga cierta habilidad para hablar en público y que escucharle resulte ameno, pero es inabarcable lo que sostiene Craso. Antonio concede que es bueno que una persona abogada tenga variedad de conocimientos, que haya leído, visto y pensado mucho, y que en cualquier asunto se muestre hábil. Es conveniente también que la persona abogada sea capaz de emocionar, pero no parece imprescindible para ello ningún tipo especial de conocimiento filosófico⁶⁷. Basta, más bien, con que sea una persona corriente, alguien práctico que capte lo que piensa, siente y espera el resto de la ciudadanía; alguien que esté al día de lo que piensan los distintos grupos de edad y segmentos sociales, y que sepa cómo son las personas a las que va a hablar. No debe parecer muy erudito ni ponerse a citar a Platón. Antonio considera que resulta aburrido y aséptico argumentar de modo muy culto. En los juicios hay que emocionar, mostrar dolor, queja, súplica. A veces convence más una broma ingeniosa que muestre que la tesis del contrario es absurda, que una elaborada argumentación

⁶⁴ *Ibid.*, p 46.

⁶⁵ *Ibid.*, p 51.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 61. Craso ama tanto la profesión de la abogacía que considera que el conocimiento del derecho enriquecerá al abogado toda su vida, incluso cuando termine su carrera profesional, pues, dice Craso, el abogado siempre se sentirá útil a la sociedad y se libraré de la soledad y el abandono. La casa del abogado estará llena de todos aquellos conciudadanos que acudirán a pedirle consejo. La casa de un jurista es como el oráculo de la comunidad.

⁶⁷ *Ibid.*, p 65.

jurídica. El ingenio, la gracia y la alegría de la persona abogada pueden ser más determinantes que sus conocimientos jurídicos.

Antonio opina que el derecho no es tan maravilloso y estimulante como lo pinta Craso. Las personas abogadas se muestran satisfechas de su conocimiento porque conseguirlo cuesta mucho trabajo, pero lo cierto es que la mayoría de las personas que estudian derecho preferirían leer una tragedia que un tratado sobre la compraventa. El conocimiento del derecho es muy provechoso para la persona abogada, pero no es imprescindible un conocimiento tan profundo como el que propone Craso, ya que el derecho se aprende en la práctica, poco a poco, al igual que ocurre con la habilidad para hablar en público. Las personas abogadas no pueden dedicar tanto tiempo como actores y actrices a cultivar esos dones, porque tienen que preparar las causas que consumen muchísimo tiempo. Si las personas abogadas fuesen tan eruditas y tuviesen tantas habilidades como propone Craso la clientela sería condenada antes de que la persona abogada aprendiese a declamar con voz aterciopelada⁶⁸. Otros conocimientos que cita Craso como la historia y el derecho de las instituciones públicas, considera Antonio que no son necesarios. Si en alguna ocasión fueran necesarios puede preguntar a alguna amistad muy culta. Desde luego, está bien que las personas jóvenes adquieran cultura general, pero no es necesario que todas se transformen en eruditas. Leer cientos de libros y someterlos a un escrutinio crítico es muy trabajoso y requiere mucho tiempo. Según Antonio, basta con que la persona abogada hable de modo efectivo para lograr la persuasión en las causas jurídicas y en los asuntos cotidianos, y no es necesario que se dedique en cuerpo y alma al estudio de otras materias, por nobles que sean⁶⁹.

Craso considera que la discrepancia de fondo entre ellos no radica en las habilidades y conocimientos que cada uno propone, porque la amplitud de conocimientos que Craso sugiere son solo un ideal, una aspiración que nunca podrá ser satisfecha del todo. La diferencia fundamental entre Antonio y él está en que Antonio defiende una visión técnica de la

⁶⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 76. Antonio considera que la abogacía es un modo de ganarse la vida, sin encontrar en la profesión la belleza que encuentra Craso. Por eso señala, frente a la tesis de Craso de que la abogacía permite al abogado jubilado seguir siendo útil a la comunidad, que la felicidad que proporciona el derecho es más bien por las grandes riquezas que puede proporcionar, porque que muchas personas vayan a consultar al abogado retirado no es agradable sino agobiante. El retiro es el momento en que el abogado al fin puede estar tranquilo.

abogacía. Craso critica que el abogado que Antonio describe parece un operario, alguien que solo se preocupa por ganar su causa y que hace su trabajo mecánicamente, sin verdadera pasión. Craso afirma que él tiene una idea más elevada de la abogacía⁷⁰. Sostiene que podemos liberar a la persona oradora de todo el campo de conocimientos del que antes gozaba, como ha defendido Antonio; pero también podemos imitar al gran Pericles o a Demóstenes, como los antiguos, y amar el hermoso ideal del orador clásico que tenían los griegos antes de Sócrates y que unía a la retórica con la ética, la sabiduría y la política. Los abogados de antes, sostiene Craso, eran las personas clave de la vida política y manifestaban una cultura y un compromiso cívico que les hacía dignos de admiración⁷¹. Lo natural es que quienes hablan bien sean quienes razonan bien, y que estos que hablan y razonan bien tengan un papel activo en la sociedad de su tiempo, mediante el derecho o la política⁷².

La diferencia entre ambos puntos de vista se plasma en la opinión que tienen sobre la jubilación del abogado. Craso describe, entusiasta, que los abogados que se jubilan continúan sintiéndose útiles para la comunidad, ya que siguen haciéndoles consultas. Sus conocimientos les permitirán mantener la mente activa durante toda su vida y, si lo desean, contribuir activamente al bienestar de sus conciudadanos. Antonio replica con sarcasmo que lo último que quiere un abogado que se jubila es continuar trabajando y que lo normal es que el abogado quiera disfrutar al fin de su tiempo libre y de lo ganado. Como se percibe en esta discrepancia, el punto de vista de Craso es profundamente vocacional. Cicerón explica así, como he expuesto, dos concepciones sobre la praxis jurídica. Aunque la tesis ilustrada por el personaje Antonio se expone con gran simpatía y elocuencia, el propio Cicerón se decanta por la tesis sostenida por el personaje Craso. En otra de sus obras, *El orador*⁷³, Cicerón desarrolla algunas de estas reflexiones y aclara que el orador que propone es alguien que nunca ha existido y que nunca existirá, pues la finalidad del modelo es el de constituir una guía para quien aspire a la excelencia profesional⁷⁴.

⁷⁰ Ibid., p. 79.

⁷¹ Ibid., p. 215. Como hizo Pericles, que aprendió del sabio Anaxágoras; o como hizo Filipo que puso a cargo de Aristóteles a su hijo Alejandro, para que aprendiese a un mismo tiempo retórica y virtudes éticas y políticas.

⁷² Ibid., p. 193.

⁷³ Ciceron, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial.

⁷⁴ Ibid. §III-10.

Quintiliano⁷⁵ suscribe el modelo de orador ideal propuesto por Cicerón y señala, en particular, que nunca estará de acuerdo con quienes afirman que la honestidad y la ética han de dejarse para la filosofía. La abogacía debe ser honrada y ha de aspirar también a la erudición y al compromiso político. Solo aspirando a la sabiduría, aunque tal vez no pueda alcanzarse nunca, podemos acercarnos a la misma⁷⁶. La aspiración a la sabiduría tiene también, según Quintiliano, ventajas asociadas a la ética profesional del abogado. Así, dicho autor explica⁷⁷ que, para cultivar el intelecto es necesario dedicarse mucho al estudio y la lectura, lo cual no deja demasiado tiempo para perseguir el poder o buscar el lucro económico. El hecho de que el goce intelectual sea muy absorbente, lo hace poco compatible con los caracteres más perversos, que querrán dedicarse a menesteres más lucrativos.

Quintiliano considera que podemos encontrar a personas corruptas que dominan la retórica a la perfección, pero él se niega a darles el nombre de oradores, pues la honestidad insobornable en la defensa de los pleitos es una virtud esencial en el modelo de abogacía que persigue. No dará el nombre de oradora a una persona prevaricadora o corrupta. Incluso

⁷⁵ Quintiliano (1887), *op. cit.* § I-Proemio-II.

⁷⁶ Frente al modelo del orador-abogado que defienden Cicerón y Quintiliano, en la Edad Media la figura del abogado se distancia de la del sabio y también de la del orador. Para Juan Huarte, el orador no puede tener conocimiento de todas las ciencias del mundo porque la vida es breve y la inteligencia es limitada. Huarte establece de modo muy cuadrículado las características que deben de presentar las personas que se dediquen a cada profesión, estableciendo rígidas incompatibilidades. El orador y el abogado son personas diferentes, con distintas características. El orador es alguien muy imaginativo; la imaginación permite al orador hacer bonito el discurso, darle forma e introducir bromas y citas; le permitirá improvisar sin que se note y hacer creíble la narración de lo imposible; esta capacidad también aportará la capacidad de inventar metáforas, ejemplos y relaciones. La facultad dominante entre los abogados es la memoria, que consiste en conocer los números de los artículos y en conocer cuáles son las leyes y su jerarquía, recordando los contenidos de cada una. La palabra «letrado» (letra-dado) implica que el abogado debe ceñirse a la letra de la ley, respetando la voluntad del legislador y sin regirse por su propia habilidad e inventiva. Sin embargo, considera Huarte, es sospechoso que un abogado trabaje solo con la memoria, pues la verdadera interpretación de las normas se hace razonando y realizando inferencias lógicas. La capacidad de inferir permite al abogado tomar la medida del caso, vestirlo con la norma más adecuada y, si no encuentra una norma, dicha capacidad le permite hacer una vestidura para el caso, con remiendos. Huarte, J. (1989). *Examen de ingenios para las ciencias*. Madrid: Cátedra. p. 151 y ss.

⁷⁷ Quintiliano (2001), *op. cit.* § XII-I-I.

alguien que practique la abogacía de manera mediocre debe ser buena persona, con más razón aún debe serlo la persona abogada que aspire al modelo del orador ideal. Esta persona abogada que perfila Quintiliano es inteligente, sabia y elocuente. Alguien de este calado solo puede brillar con todo su esplendor defendiendo las causas más nobles, pues los sentimientos más grandiosos son los que inspiran los mejores discursos. Quien mejor transmite esos valores es quien los siente en su interior. Las buenas personas hablarán con naturalidad de los valores y les resultará sencillo hablar con prudencia. Cuando lo que se dice es sincero y acorde con la ética, resulta naturalmente persuasivo⁷⁸.

A pesar de sostener que la persona abogada debe ser justa e intelectual, Quintiliano es muy consciente de la compleja relación que la abogacía tiene con la verdad. Quintiliano admite que es posible que, en ocasiones, la abogacía honesta deba faltar a la verdad por algún motivo ético. Quintiliano pone algunos ejemplos, como los casos en los que la persona abogada tiene que convencer a la persona juzgadora de que unos hechos no sucedieron (aunque sepa que sucedieron) para que no condene a quien actuó por un motivo justo. O los casos en los que una persona se ha reinsertado por completo en la sociedad, modificando su vida⁷⁹. Uno de los elementos en los que se plasma el compromiso ético de la persona abogada es en la elección de las causas. La elección de las causas debe ser cuidadosa, no se puede defender indistintamente a cualquiera. Si la persona abogada no selecciona, se mostrará abierta a todos los indeseables y piratas. Solo deben defenderse causas justas. Ahora bien, como causas justas hay muchas, no hay inconveniente en que, de entre ellas, la persona abogada escoja aquellas más lucrativas o aquellas que afecten a las amistades, siempre y cuando sean causas justas. Quintiliano manifiesta su pragmatismo admitiendo, por tanto, que la ética de la abogacía es compatible con alterar la verdad y con escoger causas lucrativas. El límite estaría en que jamás debe la persona abogada ayudar a las personas poderosas a dañar a las desvalidas, ni ayudar a las envidiosas a dañar a las honorables⁸⁰. Si una persona abogada acepta una causa creyendo que es justa y luego se da cuenta de que no lo es, en opinión de Quintiliano, la persona abogada debe desistir de la misma y advertir de ello a la persona defendida lo antes posible, para no darle

⁷⁸ Ibid. § XII-I-I.

⁷⁹ Ibid. §XII-I-I.

⁸⁰ Ibid. §XII-VII-I.

falsas esperanzas. Esto es incluso conveniente para la clientela, porque una persona abogada que no está convencida de lo que dice, probablemente no defenderá bien su causa en los tribunales⁸¹. Quintiliano manifiesta de nuevo su actitud pragmática señalando que no hay nada malo en ejercer la acusación en asuntos penales, siempre que no se haga con sentimientos vengativos, sino por el afán de mejorar la sociedad librándola de los males que la dañan⁸². Tampoco encuentra nada contrario a la ética en el hecho de que una persona abogada cobre por su trabajo. Y lo justifica: las persona abogadas hacen mucho bien por las personas a las que defienden y es justo que estas les correspondan. A pesar de ser muy consciente de las características de la abogacía, como es lógico, dado que el propio Quintiliano era un eminente abogado, este defendió que el motivo principal que ha de inspirar a la abogacía ideal debe ser el amor por la justicia. Como la promoción de la justicia debe ser la motivación principal por la que se litiga, los honorarios se establecerán con moderación, teniendo en cuenta el poder adquisitivo de las personas a las que se defiende y de la situación que atraviesan. El precio no puede variar en función de la situación personal que atraviese el abogado, porque esa práctica es injusta⁸³.

Vemos que el modelo ideal de la oratoria-abogacía clásica sostenía el inherente compromiso de la persona abogada con la ética. Como afirma en nuestros días Adam Gearey⁸⁴, la persona abogada puede ser vista como héroe existencial cuya actividad le transforma a ella misma y a la sociedad. Esta visión supone apartarse de la visión de nuestros días de la persona abogada que provee un servicio a sus clientes. Podríamos denominar a dicho punto de vista «profesionalismo». Gearey sostiene que el profesionalismo provee de una cortina de humo que oscurece las difíciles decisiones individuales la persona abogada y también oculta el papel de la actividad jurídica para el cambio social. La profesión de la abogacía, vista como un trabajo técnico, continúa Gearey, construye apologetas del *statu quo* que creen aplicar objetivamente unas determinadas reglas a las disputas sociales. Esta visión ya no puede ser sostenida porque no se corresponde con el protagonismo actual de las personas abogadas. Elegir ser abogada o abogado no es simplemente elegir una profesión,

⁸¹ Ibid. §XII-VII-I.

⁸² Ibid. §XII-VII-I.

⁸³ Ibid. §XII-VII-II.

⁸⁴ Op. Cit. Gearey (2001). p. 122.

sino que implica aceptar la responsabilidad de cambiar algunos aspectos de la sociedad y de la cultura. Los textos legales contienen ideas confusas y son un lugar donde ocurren disputas ideológicas. Una aproximación retórica al derecho acepta que hay lugar para cambios e innovaciones que hagan a la sociedad más justa⁸⁵. Sostiene Peter Fitzpatrick que la retórica de la universalidad y la neutralidad del derecho, de su carácter técnico, sirve a intereses de dominación particulares, elevándolos a una condición absoluta. Sin embargo, el derecho tiene potencial de auto-subversión que no requiere creer en un derecho superior apartado del existente, sino asumir una labor profesional que entienda el ejercicio del derecho como una vocación. Esto no supone ser un temperamento idealista, sino adoptar un tipo de realismo capaz de ver en lo real y en lo realizable más que lo que otras personas ven⁸⁶. La ideología profesionalista en la que la persona abogada se ve a sí misma como técnico (o técnica) que defiende los intereses de su clientela, encajaría solo en una idea legalista de la democracia, pero no en una concepción que tome en serio el sentido de justicia y los principios constitucionales de la comunidad.

Prentice A. Meador⁸⁷ señala que el modelo de la virtud que establece Quintiliano está muy relacionado con el mundo romano del que procede. Ya que, para el espíritu romano, la bondad está unida a la participación activa de la persona en la vida pública de su país. La vida contemplativa no es la vida buena, sino que la vida buena es relacional. Las cualidades que más se deben recomendar a la persona oradora son la cortesía, la amabilidad, la moderación y la benevolencia, aunque no se busca a una persona pura y cristalina que nunca se haya desviado del recto camino, sino que se considera sano comportarse de manera inadecuada de vez en cuando. El modelo de Quintiliano de la virtud no está pensado para divinidades, sino para personas humanas, que alcanzan la excelencia en todo aquello que las hace humanas. Meador señala que serían virtudes en el modelo de Quintiliano el respeto a la opinión pública, la fortaleza, la valentía, la responsabilidad, la sinceridad, el sentido común, la justicia, la integridad, la elocuencia, el honor, el conocimiento y el sentido del deber. Y las acciones que ponen en práctica a dichas virtudes son defen-

⁸⁵ Ibid., p. 124.

⁸⁶ Fitzpatrick, P. (2004). Juris-fiction: literature and the law of the law. *ARIEL: A Review of International English Literature* (35), 215-229. p 17.

⁸⁷ Meador, P. (1983). Quintiliano y la Institutio oratoria. In J. Murphy, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*. Madrid: Gredos. p. 142 y ss.

der políticas nobles, estudiar filosofía, lógica, historia, religión, derecho, oratoria, defender tanto culpables como a inocentes, imitar a los grandes oradores, ocultar la verdad cuando sea necesario, estudiar la equidad, la verdad, la justicia y el bien, y desarrollar un carácter que convierta todas estas acciones en hábitos (virtudes). Si bien estoy de acuerdo con la afirmación de Meador de que el modelo de la virtud que propone Quintiliano está muy vinculado a la idiosincrasia del mundo romano, en mi opinión constituye una propuesta de interés para la abogacía de hoy, pues pone de manifiesto una visión apasionada de la profesión que puede inspirar a los estudiantes de derecho a embarcarse en la que estos sabios clásicos consideraron la más bella de las profesiones. Recuperar este espíritu clásico contribuiría a la dignificación de la abogacía y a una mejor autopercepción del importante papel social que los abogados desempeñan.

4. LA FORMACIÓN DE LA ABOGACÍA SEGÚN EL IDEAL DE LA RETÓRICA CLÁSICA

Como señala Otero Parga⁸⁸, durante siglos la tarea del estudiante de derecho no se limitó a estudiar códigos y normas escritas, sino que además se estudiaba retórica. El estudio de dicha disciplina perseguía la elevada finalidad de que la persona jurista pudiese pronunciar las palabras más justas y sabias en cada caso concreto. Otero considera que es necesario que la retórica recobre un papel protagonista en las enseñanzas de derecho. La retórica, para esta concepción pedagógica, es una virtud que ha de poseer la persona jurista y que va más allá del dominio de la palabra. La impecable corrección del discurso se extiende a todas las facetas de la vida de la persona oradora, convirtiéndose en su sello personal. Las cualidades necesarias para el dominio de la retórica son la sabiduría, el ingenio, la imaginación, la empatía y la prudencia. Otero señala que a veces se sostiene la idea de que la abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral. Nos imaginamos a una persona joven y lista, cuya misión es defender con igual éxito el pro y el contra, y a fuerza de agilidad mental, hacer blanco lo que es negro. Otero sostiene que esta

⁸⁸ Otero, M. (2009). Retórica versus argumentación. Perspectivas en el nuevo espacio de educación superior. *Dereito*, XVIII (2), 149-180. p. 151 y ss.

perspectiva de la abogacía es un estereotipo y que la mayoría de los profesionales no alcanzan ese grado de vileza.

El ideal pedagógico de la antigüedad puede encontrarse en las *Instituciones oratorias*⁸⁹ de Quintiliano que son, en gran medida, un tratado de pedagogía en el que dicho autor explica con detalle la educación de la persona oradora. Así, el autor expone las artes y ciencias que debe aprender alguien que aspire al ideal oratorio, desde la infancia. La reflexión pedagógica de Quintiliano me parece muy interesante porque cuestiona la orientación actual mundial de la política educativa. Hoy en día se miran con recelo las materias que no reportan una utilidad práctica inmediata y lucrativa. Quintiliano justifica la utilidad para la oratoria de materias hoy muy denostadas (literatura, filosofía, danza, música, arte dramático, historia) y otras aparentemente alejadas de la retórica, como las matemáticas o el deporte. Estas reflexiones de Quintiliano constituyen, por tanto, una defensa de la educación humanista.

Dos de las materias que destaca Quintiliano en relación con la formación retórica son la lengua y la literatura. El estudio de la lengua aporta corrección, claridad y elegancia a la persona oradora; y al discurso escrito le proporciona una correcta ortografía. Por su parte, la lectura aporta vocabulario, cultura y profundidad reflexiva. Otra de las ventajas de la literatura es que proporciona citas y referencias autorizadas que darán aplomo al discurso. La lectura también contribuye a mejorar la organización de las oraciones y a adornar los textos con figuras apropiadas. La literatura aporta asimismo sentido de la oportunidad, es decir, saber lo que a conviene decir a cada persona, dónde es bueno explayarse y dónde es mejor ser conciso. Y la lectura, en concreto, de poesía, mejorará la sensibilidad natural ante el ritmo discursivo (aunque Quintiliano advierte de que no se debe imitar en el discurso la estructura métrica de los poemas). Además de la lectura también se debe practicar la escritura⁹⁰.

La música es otra materia relevante en la formación de la persona oradora, dado que mejorará el control de la voz y del movimiento del cuerpo. La música ayuda a dominar los gestos, las pausas del discurso y la inflexión de la voz. Las inflexiones de la voz son muy relevantes en la oratoria para transmitir emociones, así, se emplea distinto tono para despertar indignación y para despertar compasión⁹¹. Otra materia

⁸⁹ Quintiliano (1887), *op. cit.*

⁹⁰ *Ibid.* §I-IV-I a I-VI.

⁹¹ *Ibid.* §I-VIII.

que Quintiliano considera que importante es la matemática, que Quintiliano considera relevante no solo para la persona oradora, sino para cualquiera. Como su uso es muy frecuente en las causas forenses, la persona abogada que no domine las matemáticas quedará como una ignorante. Además las matemáticas conectan con la habilidad lógica, que permite argumentar pasando de unas premisas a una conclusión y desvelar la falsedad de una tesis que parecía cierta⁹².

Las artes dramáticas (la práctica teatral) son positivas para la persona oradora, ya que le ayudan a corregir vicios de pronunciación, temblores u otros defectos gestuales. Sin embargo la persona oradora no debe imitar por completo las maneras de la actuación teatral, porque la retórica es mucho más discreta; no hay que pronunciar de un modo tan marcado ni expresar tanto con la cara y con los gestos⁹³. De las artes dramáticas la persona oradora aprenderá a expresar emociones con los gestos y con la voz, a leer un texto adecuadamente y a hablar de memoria de modo que suene natural: con buena pronunciación, dinamismo y modulaciones. La danza y los deportes de lucha son materias dignas de estudio porque contribuyen a mejorar el control del propio cuerpo y del ademán, el movimiento de las manos, la postura, el movimiento de los pies, los ojos y la cabeza. Sin embargo la persona oradora no debe moverse como un bailarín; es suficiente con que se estudie un poco de danza durante la infancia, y eso nos dejará para siempre una elegante gracilidad de movimientos⁹⁴.

El conocimiento de historia es útil para la oratoria porque los ejemplos históricos no son sospechosos de responder a intereses particulares o a pasiones personales, y por eso resultan especialmente persuasivos. Las citas históricas otorgan autoridad a una tesis. En opinión de Quintiliano, es fundamental el conocimiento de la filosofía, que realmente forma parte del corazón de la retórica, y que permite hablar sobre lo justo y sobre lo conveniente⁹⁵. La filosofía enseña a ganar debates. El estudio de la filosofía moral permite, no solo dilucidar personalmente lo justo de lo injusto, sino también auxiliarse del criterio moral de la sociedad y de las célebres teorías filosóficas. Además, el estudio de la ética es positivo para el cultivo de las virtudes morales, amoldando a ellas nuestras vidas. Cuando

⁹² Ibid. §I-IX.

⁹³ Ibid. §I-X-I.

⁹⁴ Ibid. §I-X-II.

⁹⁵ Ibid. §XII-II a XII-IV.

la persona oradora haya logrado hacer de dichas virtudes parte de su personalidad, pensará y actuará de modo acorde a ellas sin esfuerzo. De la filosofía también es provechoso el estudio de la lógica que servirá para definir, concluir, distinguir, dividir, etc. Pero Quintiliano advierte que la lógica no es suficiente para batirse en los tribunales porque su exceso de concisión reducirá gran parte de la fuerza de la retórica, que recae en su capacidad para emocionar y entretener⁹⁶.

Los conocimientos de derecho son imprescindibles para la persona oradora, porque sin ellos sentiríamos una gran inseguridad al defender una causa ante los tribunales y tendríamos que hablar siempre tras asesoramiento de otras personas. Cuando la persona abogada tiene que intercambiar argumentos verbalmente sin poder prepararlos previamente quedará en evidencia si no domina el derecho. La persona abogada debe estar siempre preparada para hablar en situaciones inesperadas sobre las materias jurídicas. Todo esto hace muy recomendable que la persona oradora amplíe sus conocimientos jurídicos en su tiempo libre, leyendo jurisprudencia, tratados de doctrina y las leyes⁹⁷. Además de conocer bien el derecho, es imprescindible que la persona abogada prepare muy bien las causas, dedicándoles tiempo y escuchando la narración del cliente o la clienta con paciencia, todas las veces que sea necesario y realizándole muchas preguntas, aunque sea tedioso, para no omitir ningún detalle que pueda resultar relevante.

Además del estudio de todas estas disciplinas, Quintiliano recomienda realizar ejercicios específicos para el dominio técnico de la retórica. Para aprender retórica, señala Quintiliano, son necesarias en esencia tres habilidades: escribir, leer y pronunciar discursos. Las mayores cualidades de una persona oradora son el sentido de la oportunidad, la energía, la pasión, el espíritu crítico, la creatividad y la inteligencia. Sin estas cualidades las palabras no son nada. Otras habilidades reseñables son la memoria, la de hablar bien en situaciones imprevistas y la prudencia o sentido de la oportunidad. La virtud de la prudencia es, para Quintiliano, la más importante⁹⁸. La prudencia permite hablar siempre del modo adecuado a la situación, tanto eligiendo los argumentos más convenientes como las palabras más acertadas. Si bien todos los conocimientos y cualidades de la persona oradora mencionados parecen una

⁹⁶ Ibid. §XII-II.

⁹⁷ Ibid. §XII-III-XII-VIII.

⁹⁸ Ibid. §X-V.

empresa ardua, las personas abogadas deben lanzarse a los tribunales aunque sientan que no han alcanzado el ideal que se han propuesto. No debemos pasar la vida, dice Quintiliano, trabajando con asuntos imaginarios y prolongando la etapa escolar. Solo aprenderemos bien en la vida real. Es necesario leer mucho, pero también ejercer durante mucho tiempo para desarrollar la facultad oratoria⁹⁹. Aunque pensemos que no alcanzaremos jamás el ideal de la oratoria clásica, si aspiramos a él lograremos ser brillantes. Incluso en el caso de que nuestros esfuerzos solo nos lleven a alcanzar la media en la competencia retórica, eso nos proporcionará grandes frutos; no solo porque la retórica es fuente de honor, riqueza, amistad y reputación, sino principalmente porque el estudio de las letras en sí mismo un enorme placer.¹⁰⁰

5. EL DEVENIR HISTÓRICO DEL HUMANISMO RETÓRICO EN EL DERECHO

Hoy parece haberse perdido la visión de la abogacía como profesión que requiere gran cultura, intelecto y compromiso social. Sin embargo, como explica Beltrán¹⁰¹, hoy de la mano de la hermenéutica gadameiriana, se está recuperando la perspectiva humanista del derecho que defendieron Cicerón y Quintiliano. La retórica es el epicentro del espíritu humanista, que construye un ideal de vida en torno a la construcción de un carácter ético, participativo e intelectual (desarrollo del *ethos*). En el ideal clásico, vinculado al ejercicio activo de la ciudadanía, la retórica estaba intrínsecamente unida a la praxis jurídica.

En la Edad Media se perdió la visión clásica del mundo y, con ello, el ideal del ser humano culto y cívicamente activo. Dicho ideal fue recuperado en el primer renacimiento florentino (anterior a Galileo, a Descartes y a la noción de verdad científica que eclosionó en la Ilustración), dando lugar al humanismo filosófico y al republicanismo cívico. Sin embargo, como explica Salvador Núñez, en el renacimiento, tras un destello de esplendor, la retórica clásica comienza lentamente a perder influencia

⁹⁹ Ibid. §XII-VI.

¹⁰⁰ Ibid. §XII-XI-IV.

¹⁰¹ Beltrán, L. (1998). El debate sobre la naturaleza estética de la retórica. In AAVV, *Quintiliano: historia y actualidad de la retórica* (Vol. I, pp. 473-485). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos. p. 484.

junto con el ocaso del humanismo. En los siglos siguientes, la parte de la retórica dedicada al estudio de los argumentos es absorbida por la lógica, y en el barroco el resto de la retórica queda reducido a la teoría del estilo, que se integra en la teoría literaria. En este devenir histórico de la retórica se observa cómo el proyecto humanista originario desaparece, y cómo lo que queda de la retórica (la teoría del estilo) es descontextualizado, privado de su base cultural, y se desvincula incluso del mundo argumentativo, vinculándose con la idea de la superficialidad y ornato («figuras retóricas»)¹⁰². Otros autores también describen este tránsito histórico. Como refieren Douzinas, Nead¹⁰³ y Goodrich¹⁰⁴, tras el renacimiento, la retórica se subordinó a la lógica y la lógica se elevó a la categoría del método por excelencia de una concepción cada vez más científica del derecho¹⁰⁵. Así, se abandonó una noción retórica del derecho que provenía de la época clásica, en la que se consideraba que la principal cualidad de la abogacía era el dominio de la palabra. Demóstenes y Cicerón ejemplifican, según estos autores, la vinculación en el mundo clásico entre el derecho, la bella palabra y el amor por la cultura.

Pero el humanismo retórico no desapareció para siempre del derecho y el espíritu clásico siempre retorna. Uno de sus momentos de esplendor

¹⁰² Núñez, S. (1997). Introducción. En Anónimo, *Retórica a Herenio* (págs. 8-45). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos. cfr.

¹⁰³ Douzinas, C., & Nead, L. (1999). Introduction. En *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law* (C. Douzinas, & L. Nead, Trads.). London: The University of Chicago Press. p. 7.

¹⁰⁴ Peter Goodrich (Goodrich P., *The Iconography of Nothing*, 1999) también relata el cambio de concepción que se produjo en occidente a raíz de la reforma religiosa, que dio lugar al abandono de los aspectos visuales del derecho, como los tropos y tópicos. Se consideraba que era necesario un cambio en el tipo de lenguaje, que pudiera contener la verdad sin confundir el contenido con la forma, y sin caer en la idolatría propia de las imágenes. Peter Goodrich (1999), *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁵ El temor a la incertidumbre y a la pluralidad de interpretaciones, a lo diverso, a lo local y a lo particular, dio lugar al desplazamiento de la hermenéutica jurídica como método central del derecho. Se purga al derecho de elementos impuros, como el lenguaje visual. En opinión de Douzinas y Nead, solo la belleza de la palabra puede lograr actuar sobre las emociones y persuadir al intelecto, como requiere la práctica jurídica. Las diatribas de Platón contra la retórica y la separación kantiana entre lo normativo y lo estético condujeron a una modernidad en la que el discurso legal es una literatura que reprime su calidad literaria. Recientemente, afirman los autores, se está recuperando el interés por los aspectos literarios y estéticos del discurso jurídico. Douzinas, C., & Nead, L. (1999), *op. cit.* cfr.

dor fue el de los EEUU anteriores a la Guerra Civil. Como narra Brook Thomas¹⁰⁶, famosos abogados estudiaban cuidadosamente a Cicerón y otros oradores clásicos. Fue un periodo de profunda vinculación entre el mundo de la literatura y el del derecho, en el que surgió un movimiento neoclásico denominado *Law and Letters* conformado por juristas y personas del mundo cultural. Tras la guerra civil estadounidense el humanismo desapareció progresivamente de la abogacía. La abogacía de aquel periodo vinculaba la salvaguarda de la democracia al cultivo de la palabra, fomentando las afinidades entre el derecho y la literatura. El conocimiento literario se consideraba esencial para ejercer la abogacía. La persona abogada debía poseer una combinación entre potencia intelectual, espíritu artístico y preocupaciones políticas. La novela «Matar a un Ruiseñor», de Harper Lee, así como otras novelas y películas de la cultura popular estadounidense, ejemplifica la ética de la virtud de la abogacía humanista.

Tras la guerra civil estadounidense comenzó poco a poco el reinado del formalismo jurídico, en el que primaban concepciones lógicas y científicas que dejaron a un lado la tradición humanista. La literatura, por su parte, se convirtió en refugio de la individualidad creativa y enemiga natural del derecho, concebido como terreno del poder. Entonces, continúa narrando Thomas, comenzó el tecnicismo frío de la teoría del derecho actual. Concluyó la búsqueda de la virtud en el derecho, y el individualismo y la practicidad se convirtieron en las auténticas motivaciones de la abogacía. El formalismo sirvió como ideología encubridora de la persecución individual del lucro. Las causas del abandono del humanismo son complejas. Fueron relevantes los cambios en la profesión jurídica. El derecho, cada vez más amplio, requería de una mayor especialización y la abogacía no tenía tiempo para la formación humanista, aunque esta les entrenase para responder cuestiones universales. La especialización del conocimiento jurídico generó la producción de categorías específicas de las distintas ramas en las que el derecho se dividió. El conocimiento del derecho que estaba vinculado a un marco humanista más amplio, como la filosofía, la historia y la literatura, se vio perjudicado por este proceso¹⁰⁷ con progresivos recortes en los planes de estudios.

¹⁰⁶ Thomas, B. (1987). *Cross-examinations of law and literature*. New York: Cambridge University Press. p. 4 y ss.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

Pero, como constata James Boyd¹⁰⁸, hoy se percibe en Estados Unidos un renacimiento del interés del ámbito jurídico por los valores humanistas y las virtudes literarias, (en mi opinión, tal vez como reacción a la alienación producida por el exceso de tecnificación social). En la cultura de las humanidades y las artes se busca la imprescindible conexión del derecho con la ética, que se vio profundamente tocada por el intento positivista de hacer del derecho una ciencia pura de la validez. La concepción retórica se aparta de la tradicional visión del derecho como sistema normativo o como instrumento gubernamental; y concibe al derecho como una actividad en la que las personas emplean como materiales la cultura compartida y el lenguaje (las leyes, la jurisprudencia, los conceptos y las convenciones jurídicas, la terminología, etc.).

La concepción retórica que plantea el humanismo no puede entenderse en un sentido reduccionista, como el arte de persuadir a la judicatura sobre los intereses de la clientela. Las controversias jurídicas se dan en el seno de una sociedad que tiene unas nociones de justicia que forman parte ineludible de la realidad jurídica de la actividad forense¹⁰⁹: la praxis jurídica no puede ignorar las necesidades imperiosas de una sociedad que demanda justicia. La concepción retórica humanista se aparta de dos nociones muy extendidas del término «retórica». Por un lado, se distancia de la visión aristotélica de la retórica como una ciencia fallida que entra en juego cuando no es posible realizar una demostración científica en términos de verdad y falsedad. Por otro lado, se distancia de la concepción de la retórica como arte de la persuasión a toda costa. Especialmente es frecuente hoy en día la concepción de la retórica como ciencia fallida, pues asistimos a un tiempo en el que las disciplinas tratan de elevar su estatus reivindicándose como ciencias; del mismo modo, se critica a otras disciplinas señalando que no son ciencias. El discurso económico, por ejemplo, se deforma por la aspiración a ser una ciencia exacta y esto conduce a enmascarar actitudes políticas tras terminología científica. La idea de ciencia como conocimiento perfecto ha sido sujeta a criticismo, tanto por parte de la comunidad científica como por voces externas. Hoy se acepta que la creatividad científica es imaginativa, creativa y que el conocimiento científico es solo presuntivo y no cierto. La ciencia es una cultura que se transforma por principios que no son científicos¹¹⁰.

¹⁰⁸ Boyd (1985), *op. cit.*, p. 27 y ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

El derecho, por tanto, consiste en una serie de recursos que nos otorga la cultura, y que usamos para argumentar en situaciones que consideramos jurídicas. Esos recursos son normas, jurisprudencia, tópicos, conocimiento general del derecho que ayudan al abogado a asumir su rol y a los demás a aceptarlo. El trabajo de la abogacía es inventivo y creativo, además de empírico, pues uno verá analogía donde otro no la ve, y los valores de cada abogado harán que preste atención a aspectos distintos de los materiales aportados por la cultura. Su trabajo consiste en una práctica argumentativa que apela a la comunidad. Apela a la comunidad porque la persona abogada no se limita a decir que la solución que propone es la más racional, sino que además argumenta para que su solución sea considerada la más aceptable en la cultura de la comunidad¹¹¹. El derecho resultante de esta actividad no es tanto un sistema de normas, como una comunidad de hablantes, una cultura de la argumentación perpetuamente modificada por sus participantes. La actividad es narrativa, literaria, pues se basa en historias de gente real que no son simplemente aceptadas por la persona abogada sino sujetas a elaboración en la que la persona abogada las va puliendo y adaptando a las convenciones de la comunidad jurídica¹¹². Este carácter retórico implica que el derecho no es reductible a reglas, ni lógicamente riguroso. El derecho no es algo exclusivo de las instituciones políticas y la concepción retórica del derecho implica la asunción por parte de las profesiones jurídicas de su compromiso social. La actividad jurídica, en tanto que es conformadora de la comunidad social, es radicalmente ética e ineludiblemente política¹¹³.

El derecho solo puede ser considerado ciencia si consideramos que una ciencia es una forma organizada de conocimiento, pero en ningún caso cabe excluir el aspecto retórico del derecho que se aúna con actitudes artísticas y creativas, y con una responsabilidad ética que requiere asumir un compromiso valiente¹¹⁴. El trabajo de la abogacía no consiste solo en memorizar normas y aprender cómo encontrarlas, sino que tiene que enfrentarse a casos reales en contextos sociales específicos¹¹⁵. La persona abogada, en su trabajo, puede tener muchas motivaciones y no solo las

¹¹¹ *Ibid.*, p. 34.

¹¹² *Ibid.*, p. 36.

¹¹³ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 52.

más prosaicas de ganar casos y ganar dinero. Puede querer aportar nuevas ideas al mundo, cambiar la realidad social o cambiar la naturaleza del derecho. La persona abogada posee una percepción de sí misma, un proyecto personal que establece una orientación en su ejercicio profesional¹¹⁶.

Eisele¹¹⁷, considera que este giro en la concepción del derecho implica un cambio en la praxis educativa, pues supone ver al derecho como una actividad que requiere de unos conocimientos para realizarla y de una reflexión sobre los motivos que nos conducen a realizar dicha actividad. Lo importante no es ¿cómo puedo cumplir con el derecho?, sino ¿qué puedo hacer yo con el derecho? Y, afirma Eisele, esta no es solo una pregunta para profesionales, sino que también es una pregunta para la ciudadanía. Esta aproximación muestra la relación entre las personas y el derecho no como pasiva o de sumisión, sino como participativa y activa. La cuestión central que se hace la teoría del derecho tradicional para encontrar el rasgo definitorio del derecho, la de cómo nos obliga el derecho, es importante, pero no es la pregunta fundamental. La cuestión más importante es ¿qué aspectos de la naturaleza del derecho son los que nos permitirán hacer eso que queremos? Esta pregunta es la que nos conduce a pesar el derecho como actividad lingüística y artística, como una actividad ínsita en una cultura¹¹⁸. La adopción de un punto de vista humanista de la praxis jurídica lleva consigo un cambio en la percepción del Derecho, que pasa de ser percibido como nomología alienada de la sociedad, a percibirse como un discurso social vivo. Esto necesariamente da lugar a un énfasis en la idea de participación ciudadana, favoreciendo una vez más la clásica vinculación entre tradición retórica y republicanismismo cívico.

6. EL DEBATE SOBRE LA EDUCACIÓN HUMANISTA Y LITERARIA

En el seno del movimiento «derecho y literatura» se ha producido un interesante debate sobre las posibilidades del arte, en concreto de la literatura, de contribuir a la formación de las profesiones jurídicas. Este debate es relevante porque enfrenta a las perspectivas técnicas de la pedagogía jurídica con los enfoques humanistas. Comúnmente se

¹¹⁶ Ibid., p. 54.

¹¹⁷ Eisele (1992), *op. cit.*, p. 201 y ss.

¹¹⁸ Ibid., p. 202.

señalan dos ventajas que la literatura aporta a la formación de la persona jurista: la primera es su valor instrumental para enseñar de manera amena contenidos jurídicos y para enseñar a leer, hablar y escribir de modo más efectivo; la segunda ventaja es que la formación humanística puede hacernos mejores personas, mostrando las complejidades de las historias humanas que son objeto del derecho: la literatura aportará conciencia ética y desarrollará la capacidad de juicio crítico.

En lo concerniente a la primera ventaja, la literatura tiene un gran valor como herramienta pedagógica, que puede facilitar la enseñanza del derecho. Ian Ward¹¹⁹ señala que lo más importante de la literatura a efectos educativos es que es divertida, y eso hace que se convierta en un instrumento útil para la docencia. La literatura puede lograr suscitar el interés del alumnado. Nancy Cook¹²⁰ apunta en esta línea, pues considera que la literatura puede animar al alumnado a intervenir más en clase. La literatura no asusta tanto como el derecho porque no es una materia de «respuesta correcta»/«respuesta incorrecta». El estudio del derecho a veces resulta demasiado científico, incluso si se estudia al modo del realismo jurídico, mediante casos prácticos. Cuando la literatura narra situaciones estas parecen más cotidianas, y eso disminuye el temor a intervenir. Perry Hodges¹²¹ considera, en este sentido, que el alumnado de derecho tiende a tratar a su disciplina como si el derecho fuese una estructura racional independiente, objetiva e inamovible; en lugar de verlo como un discurso dinámico, un producto de fuerzas históricas, sociales y personales, fruto de la experiencia humana. La literatura puede contribuir a que el alumnado no se encierre en la jerga jurídica, pues su papel como juristas será la mediación entre el mundo del derecho y el mundo corriente, y no pueden perder de vista el mundo.

Aquí nos adentramos en la segunda ventaja que se atribuye a la literatura; la de humanizar a la profesión jurídica o, como señala Rorty¹²², la ventaja de generar solidaridad y promover la identificación con las personas marginadas de la sociedad. En efecto, como indica Julius Get-

¹¹⁹ Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Nueva York: Cambridge University Press. p. 23.

¹²⁰ Cook, N. (1991). Shakespeare Comes to the Classroom. *Denver University Law Review* (68), 387-401.

¹²¹ Perry, E. (1988). Writing in a Different Voice. *Texas Law Review* (66), 629-632. p. 25.

¹²² Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós Ibérica. cfr.

man¹²³, no hay que formar solo a profesionales de la abogacía, sino también a personas. Centrarse de modo miope en el profesionalismo no les prepara bien, porque la empatía y la comprensión humana son virtudes centrales de las profesiones jurídicas. La literatura puede hacer que el alumnado sienta de manera más nítida los dilemas éticos que demandan su intervención como personas sensibles. Adam Gearey¹²⁴ expone que una de las características de la literatura es que logra hacer que la persona que lee sea al mismo tiempo autora, que sea ella misma y, a la vez, los personajes del libro. La literatura nos permite completar nuestra identidad, aprendiendo de lo leído e incorporándolo a nuestro ser, en un círculo hermenéutico. El filósofo francés Lévinas dio a esto el nombre de «proximidad», que conlleva un acercamiento a la ética a través de las posibilidades de subjetividad a las que nos abre el otro.

Martha Nussbaum¹²⁵ en su obra *Justicia Poética*, desarrolla ampliamente esta idea. La novela, según la autora, nos interesa por la individualidad de las personas describiendo las cosas, no desde una perspectiva externa de distanciamiento, sino desde dentro, llenas de la significación que las personas dan a sus propias vidas. Según la autora, el modo a través del cual la novela logra que nos interese por la vida de los personajes es el placer, el juego. El juego es algo improductivo que enseña a las personas que no todo en la vida tiene una utilidad. Nos enseña a no encarar la vida con la idea de uso, sino a valorar las cosas por sí mismas. Ello nos permite trasladar esa actitud a nuestras relaciones con los demás. Nussbaum considera que la novela, al mostrarnos la vida individual de personajes de clases sociales distintas a la nuestra, nos hace reconocer su humanidad, nos acerca a sus amores, aspiraciones y a su mundo interior. También nos permite ver cómo las condiciones laborales o estructurales opresivas afectan a esas aspiraciones y emociones. La novela que nos muestra a estos personajes permite ver que la libertad requiere condiciones materiales y puede ser estrangulada por la desigualdad material; esto inspira compasión y pasión por la justicia. En conclusión, Nussbaum sostiene que la novela permite a la persona lectora comprender las circunstancias sociales y personales relevantes para la elección social, así como aspectos comunes a los seres humanos

¹²³ Getman, J. (1988). Voices. *Texas Law Review* (66), 577-78. p. 25.

¹²⁴ Gearey, A. (2001). *Law and Aesthetics*. Oxford: Hart Publishing. p. 91.

¹²⁵ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. (C. Gardini, Trad.) Barcelona: Editorial Andrés Bello. p. 56 y ss.

como la muerte, el deseo de aprender y la familia. La novela nos acerca al ideal de igualdad y dignidad de la vida humana. Desmond Manderson¹²⁶, acorde con las opiniones mencionadas, considera que la estética permite medir adecuadamente el alcance de los hechos. La imaginación alentada por la estética, dice, permite vislumbrar a alguien en el corredor de la muerte que espera para morir, sentir la inminencia de su propia muerte, su lenta espera institucionalizada, su aislamiento progresivo, su progresiva pérdida de la esperanza; nos permite vislumbrar la apertura de la puerta y los demás signos físicos que anticipan su muerte.

A pesar de la elocuencia de los argumentos expuestos, no todas las opiniones coinciden en afirmar que la literatura tiene la capacidad de humanizar al derecho. Frente a la tesis de que la literatura tiene incidencia sobre la moral y puede humanizarnos, se encuentran tesis opuestas como que la literatura no tiene ninguna incidencia sobre la moral o que la literatura tiene una incidencia sobre la moral, pero esta es negativa, de modo que en lugar de contribuir al desarrollo moral, aporta valores egoístas. Richard Posner¹²⁷ considera que la literatura, en general, no nos hace ni mejores ni peores personas. Posner expone una serie de argumentos contra la tesis de la capacidad humanizadora de la literatura. Un primer argumento es el de que la Alemania del siglo veinte, que era una nación muy culta e ilustrada tanto en filosofía como en otras disciplinas no supo rechazar la iniquidad moral. Muchas personas intelectuales que apoyaron a Hitler habían estudiado pensamientos edificantes. Los catedráticos universitarios, sostiene Posner, no destacaron por su oposición a Hitler. Otro argumento de Posner contra la tesis «edificante» es que el arte posee ciertos valores naturales opuestos¹²⁸ a aquellos que son con-

¹²⁶ Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press. p. 127.

¹²⁷ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.

¹²⁸ Posner considera que la literatura no debe juzgarse por su compromiso ético. Frente a esta tesis es célebre el punto de vista de Sartre. Señala Sartre: «la prosa es utilitaria por esencia. El escritor es un hablador: señala, demuestra, ordena, niega, interpela, suplica, insulta, persuade, insinúa. Si lo hace huecamente, no se convierte en poeta por eso: es un prosista que habla para no decir nada. Las palabras no son objetos sino designaciones de objetos. Nos sucede a menudo que estamos en posesión de cierta idea que nos ha sido enseñada con palabras, sin que podamos recordar ni uno solo de los vocablos con los que la idea nos ha sido transmitida. Existe el derecho de preguntar inmediatamente al prosista: ¿con qué finalidad escribes?, ¿en qué empresa estás metido y por qué necesita esa empresa recurrir a la escritura? Y esta empresa en ningún caso

venientes a la vida política. Los valores adecuados a la política son la colaboración, el consenso y el compromiso; pero el arte requiere exaltación, éxtasis y extremismo. El arte parece presentar cierta tensión con la democracia. Este segundo argumento de Posner recuerda a la tesis sostenida por Platón de que la literatura no es positiva para el pensamiento moral dado su poder de presentar a malas personas como interesantes y atractivas, y su poder para que simpaticemos con personajes que caen en excesos emocionales. Hoy en día también personas violentas son aupadas a la condición de héroes en el cine y la novela¹²⁹. Según esta tesis de Platón la literatura, no solo no instruye en moral, sino que contamina la moral del lector. Un tercer argumento es que el profesorado de literatura y otras personas inmersas en las artes no parecen ser más altruistas que otros grupos sociales. Por el contrario, parece que la inmersión intelectual genera en ocasiones sentimientos rencorosos de superioridad personal, alienación y resentimiento contra la gente no ilustrada. Otro argumento que resalta el autor es que en las grandes obras de la literatura universal encontramos abundante presencia de temáticas poco edificantes tales como la violación, el pillaje, el asesinato, el sacrificio humano y animal, el concubinato y la esclavitud. También encontramos misoginia, antisemitismo, homofobia, racismo, defensa de formas políticas autoritarias, imperialismo, colonialismo, oscurantismo religioso, militarismo, violencia, tortura, mutilación y criminalidad. Encontramos alcoholismo y drogadicción, prejuicios varios, sadismo, pedofilia, crueldad, rechazo hacia la gente pobre, anciana, enferma, hacia las personas que trabajan para vivir, hacia la abogacía y hacia la democracia. Sostiene Posner que el

puede tener por fin la pura contemplación. Porque la intuición es silencio y el fin del lenguaje es comunicarse». Sartre, J. (1950). *¿Qué es la literatura?* (A. Berández, Trans.) Buenos Aires: Losada. p. 51.

¹²⁹ Posner señala que la literatura puede conducirnos a sentir empatía por un Edmund o por un Macbeth, por un torturador, un sádico e incluso un Hitler. La posesión de conocimiento no dicta su uso para fines morales. No solo podemos identificarnos con seductores, narcisistas, psicópatas, conquistadores y toda suerte de personajes inmorales, sino que además podemos mejorar nuestras habilidades manipuladoras para fines egoístas adquiriendo un conocimiento mejor sobre los vulnerables y los generosos tipos humanos que encontramos en la ficción. *Ibid.*, p. 488.

La analogía que traza Nussbaum entre la lectura y la amistad encuentra, según Posner, con el problema de que podemos hacer amigos que son malas personas, los amigos no siempre son buena gente. La literatura también puede aportarnos malas compañías; y sin garantías de que, si elegimos buenas compañías vayamos a hacernos mejores personas. Posner, R. (2009). *Law and Literature, op. cit.*, p. 487 y 488.

mundo de la literatura es un caos moral y que, si la inversión en la misma enseña algo relacionado con la moral, es relativismo. Posner señala que la novela realista, género que reivindica Nussbaum por sus aportaciones morales, coincide con la ascensión de la clase media y se centra en la narración de actividades y experiencias cotidianas. Pero lo común y corriente, sostiene Posner, no es equivalente a lo igualitario. Un quinto argumento es que la literatura realiza un retrato especialmente negativo de colectivos tradicionalmente oprimidos como personas negras, homosexuales, judías, mujeres y personas con enfermedades mentales. Estos prejuicios son reflejo de las culturas en las que las obras fueron escritas.

La conclusión de Posner es que el contenido ético es tan solo material para la persona escritora, al igual que la piedra que utiliza la persona escultora. Quienes leen pueden aceptar la presencia de una moral del pasado presente una obra al igual que aceptan descripciones de tecnología obsoleta y otras costumbres del pasado. Posner considera que juzgar una obra pasada desde la óptica de la ética del presente implica una actitud que podría calificarse de «etnocentrismo histórico». La literatura no debe ser censurada ni controlada por el estado, pues corresponde al mundo cultural y no al mundo político. Asignar a la literatura la tarea de promover valores políticos y morales es hacerla candidata para la regulación jurídica bajo la reclamación radical de que todo es político. Posner¹³⁰ critica la visión demasiado «pura» y «solemne» de la literatura que dan las tesis «edificantes». La literatura no está ahí para humanizar a nadie, tal vez buscamos en ella más bien placer. Posner nos recuerda que Aristóteles reflexionó sobre la paradoja de que el desastre y el sufrimiento de la tragedia causasen placer a la audiencia. La teoría aristotélica de la catarsis sostenía que nos causa placer ver a personajes de ficción morir en nuestro lugar. Pero el placer de la literatura también podría proceder del aura de encanto que esta proporciona a la vida cotidiana, ya que reviste al día a día de una persona común de intensidad y significado, y eso hace que sintamos más reverencia hacia nuestras vidas. Como comprendió Nietzsche (mejor que las personas moralistas, en opinión de Posner) la literatura nos hace sentir personas poderosas, y eso es lo que nos gusta de la literatura, más que ningún aspecto moral. Hay quien busca una terapia en la literatura, continúa Posner, una consolación vital en un momento de crisis; pues la literatura suele narrar crisis. Y también hay que destacar el placer del arte por el arte, de la presencia de la belleza formal, de la

¹³⁰ Ibid., p. 489 y ss.

musicalidad de un verso sin sentido, de los cambios de voces y puntos de vista, de las repeticiones internas bien medidas. Aunque estos aspectos formales no agoten el placer literario, Posner señala que no cabe ignorarlos. La conclusión de Posner es, parafraseando a John Fisher¹³¹, que las humanidades no humanizan. Posner ve en las tesis edificantes un afán por lo políticamente correcto comandado por los estudios de género y de raza¹³² (nótese el desagradable sabor de este comentario de Posner).

Maria Aristodemou¹³³, en las antípodas ideológicas de Posner, y bien conocida (a diferencia de este) su preocupación por las cuestiones de género y teoría crítica, expone otros argumentos contra la tesis de que la literatura humaniza al derecho. La autora señala que, además de cuestionarnos si la literatura transmite una moral positiva, debemos preguntarnos cómo se educa la moral. Incluso si aceptásemos que la novela contiene conocimiento sobre ética, Aristodemou sostiene que el conocimiento sobre ética no nos hace mejores personas per se. No parece que el comportamiento moral surja del mero conocimiento. En este sentido, conocer cómo es la vida de una persona que habita en circunstancias muy distintas a las nuestras no tiene por qué generar una mejora en nuestra actitud moral hacia sus circunstancias. George Orwell, a pesar de que sus obras no son asépticas en términos de educación moral, presentó un argumento, que se suma a los aquí mencionados, y que se ha esgrimido usualmente contra la novela como género literario. Es el argumento de que la novela es un género individualista que no se preocupa lo suficiente por la acción colectiva y el cambio institucional, y que funciona más como paliativo de los pobres, como entretenimiento que aporta un poco de ocio a las vidas enajenadas. Aristodemou recuerda que dicho argumento también lo sostuvo el marxismo, al decir que la novela contribuía a perpetuar la ideología de la clase media; el feminismo, señala la autora, ha visto en la literatura la preferencia del hombre sobre la mujer; la crítica LGBT considera que la literatura perpetúa el modelo heterosexual; la crítica poscolonial señala el eurocentrismo. En este sentido Edward Said¹³⁴ consideró que la novela ha estado implicada en la construcción

¹³¹ Fisher, J. (1993). Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence? *Texas Law Review* (72), 135-160.

¹³² Posner, R. (2009). *Law and Literature*, op. cit., p. 493.

¹³³ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. Londres: Oxford University Press. p. 5.

¹³⁴ Said, E. (1978). *Orientalism*. New York: Pantheon. cfr.

de los imperios. La literatura ha impartido la superioridad moral de la cultura blanca; una superioridad ideológica que es tan importante para la supervivencia del imperio como la superioridad económica, legal y militar. El derecho realizó en la colonización una función complementaria a la literatura, defendiendo un individuo neutral, universal y objetivo. La ideología del derecho hizo que la coerción pareciese inevitable. Por lo tanto, en opinión del autor, los textos literarios y legales coexisten y se superponen, sustentándose y reforzándose entre sí y contribuyendo a establecer una visión del hombre, de la mujer y del mundo. Said¹³⁵ advierte que la literatura incorpora un sistema de valores, que puede tener elementos discriminatorios e imperialistas. La literatura nunca es neutral políticamente y debemos tener cuidado con la agenda secreta, tanto del texto como de la persona autora.

La literatura, destaca Aristodemou¹³⁶, es un poderoso medio de perpetuación del statu quo, mejor incluso que los mecanismos represivos como la policía y el derecho penal. Como el derecho es percibido como una fuerza externa y opresiva, es menos persuasivo que la literatura; máxime porque ésta es independiente de las instituciones sociales y las convenciones, lo que le da un aura de neutralidad. La literatura no es inocente. A la luz de las tesis edificantes y de las tesis contrarias a estas, podemos encontrar un punto medio entre ambas perspectivas que, en mi opinión, expresa adecuadamente la complejidad que la influencia de la literatura tiene sobre el lector. A pesar de los argumentos antes expuestos, Aristodemou¹³⁷ admite que la literatura puede contribuir a desarrollar el espíritu crítico de las personas juristas ofreciendo modos de pensar alternativos. Pero, matiza, ello implica leer ya con espíritu crítico, cuestionando los mensajes ideológicos escondidos en los textos. La clave está en no olvidar que la literatura no solo refleja la realidad, sino que también participa en su fabricación y contribuye a construir nuestro sentido de lo que es natural, sentido común o inevitable. Nussbaum¹³⁸ reconoce que la literatura puede presentar imágenes distorsionadas de las mujeres o de minorías religiosas o raciales, y también acepta que en ocasiones la novela se muestra servil con las jerarquías sociales. Una novela puede

¹³⁵ Said, E. (1983). *The World, the Text and the Critic*. Cambridge: Harvard University Press. cfr.

¹³⁶ Aristodemou (2000), *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁸ Nussbaum (1995), *op. cit.*, p. 62.

conducirnos a sentir emociones como rabia, rechazo o amor, en sentidos éticamente repudiables. Por eso, sostiene Nussbaum, es necesario seleccionar con espíritu crítico las novelas que leemos y debatir sobre ellas con otras personas. Sin embargo, matiza sensatamente Nussbaum, no es necesario considerar que una novela es por completo políticamente correcta para que una parte de sus contenidos nos resulte valiosa en sentido político.

En cualquier caso, más allá de si los contenidos de una novela concreta son éticamente valiosos o reprobables desde la perspectiva de su capacidad para estimular la imaginación compasiva y la justicia, podemos plantearnos si la literatura aporta, como se ha sostenido, un modelo de racionalidad peculiar y positivo para la sociedad y para el derecho. Uno de los grandes defensores de la racionalidad estética¹³⁹ fue el filósofo romántico Friedrich Schiller¹⁴⁰, que reflexionó sobre el papel que el arte en general, y no solo la literatura, tiene para la acción ética y para

¹³⁹ Rivera de Rosales señala que, dentro del romanticismo alemán, junto con Schiller, otra gran aportación a la teoría estética fue la de Hegel. Para Hegel, el arte, la religión y la filosofía plasman de modo conjunto y en interconexión, el espíritu histórico de un pueblo. El arte de cada cultura muestra la comprensión de la misma con respecto a la realidad, a la libertad, la política, la sociedad, la ciencia, la religión y la filosofía. Los grandes artistas captan la comprensión de la historia, pues se vinculan mediante la intuición con el espíritu de la conciencia común que reflexiona sobre sí misma. Adorno (Adorno, 2004), en su *Teoría estética*, recogiendo la herencia hegeliana, sostiene que el arte debe llevar a la conciencia la situación espiritual de una época y de la propia cultura, su función, según Adorno debe ser la protesta contra la injusticia, mostrar la ausencia de reconciliación, evitando todo consuelo adormecedor del arte bello. Junto con la idea del arte como expresión del espíritu de un pueblo, una segunda idea reseñable de Hegel es la de la importancia central de las ideas que contiene el arte. Hegel, a diferencia de Schiller, no encuentra en el arte la reconciliación histórica capaz de resolver los problemas del progreso. Hegel se aparta del optimismo estético. Para Hegel el arte puede juzgarse en función de su capacidad de plasmar un contenido verdadero e importante. Arthur Danto, recogiendo la herencia hegeliana, apunta a que, en este tiempo en el que cualquier objeto cotidiano es considerado una obra de arte, lo relevante es la inserción de la obra en una teoría. Rivera, J. (2011). «Actualidad de Hegel en la estética contemporánea», *op. cit.* cfr. Adorno, T. (2004). *Teoría estética*. (J. Navarro, Trans.) Madrid: Akal. cfr. Danto, A. (2000). *Después del Fin del Arte: el arte contemporáneo y el linde de la historia*. (E. Neerman, Trans.) Barcelona: Paidós. cfr.

¹⁴⁰ Schiller, F. (1969). *Cartas sobre la educación estética del hombre*. (V. Romano, Trad.) Madrid: Aguilar. Cartas VII y ss.

la emancipación social¹⁴¹. Si Schiller pudiera analizar la época actual nos diría que si hasta ahora la razón se ha mostrado tan débil para el logro de una sociedad más justa, no es porque no tengamos claro lo que deberíamos hacer, sino porque nuestro corazón no se ha implicado y, por tanto, carecemos de impulso para lograrlo. Este es, según Schiller, el error de la ilustración: se ha pasado por alto la educación de los sentimientos. Para mejorar el mundo debemos convertir lo ético en el objeto de nuestros impulsos, debemos hacer que el comportamiento ético sea a la vez hermoso y placentero, de modo que no solo el pensamiento se vea satisfecho, sino también los sentidos. Mientras que la seriedad de un discurso moral hace a las demás personas huir de nosotros para no aburrirse, ese discurso será mucho más poderoso si se combina con el ocio y el juego. De nada sirve criticar el comportamiento moral de otras personas, o debatir sobre sus principios; lo efectivo es transformarlas influyendo en el modo en que se divierten.

El juego es el impulso en el que se une el disfrute de la razón con el de los sentidos, es lo que ocurre, por ejemplo, cuando amamos a alguien tanto intelectual como físicamente. La belleza no es mero disfrute sensorial, ni tampoco es mera reflexión teórica. La belleza es una armonía entre ambos aspectos, es el impulso del juego. El modo en el que la belleza aúna al sentimiento y al pensamiento no es llevándonos a un punto medio de medida entre ambas cosas, sino elevándonos a ambos a su mayor intensidad y permitiéndonos experimentarlos a ambos a la vez, manteniendo su especificidad. Cuando experimentamos a la vez los sentidos y la razón es cuando realmente somos libres. En este estado estético nos sentimos inmortales y fuertes, como si jamás nos hubiera dañado coacción alguna¹⁴². El estado estético no provoca el estado de pereza

¹⁴¹ Sobre la relevancia de esta obra de Schiller sobre la filosofía consultar vid. Jacinto Rivera de Rosales señala que Schiller estudió sistemáticamente la obra de Kant, y ello desembocó en una serie de escritos estéticos que tuvieron una gran influencia en el romanticismo y en el idealismo alemán, que llega no solo hasta Marcuse (préstamo expresamente confesado), sino que también está en la raíz del predominio ontológico de la estética en nuestros días. Rivera, J. (2011). «Actualidad de Hegel en la estética contemporánea», *op. cit.* cfr.

¹⁴² Esta idea de que la experiencia estética provoca una liberación será compartida por Schopenhauer. «La tranquilidad, buscada antes por el camino del querer y siempre huidiza, aparece por primera vez y nos colma de dicha. Surge entonces aquel estado libre de dolores que Epicuro encarecía como supremo bien». «La naturaleza, con su hermosura, al aparecer de improviso a nuestros ojos, consigue arrancarnos, aun cuando no sea

que genera el placer vacío, ni tampoco la pérdida de receptividad que provoca el trabajo intelectual sin alicientes. En el estado estético somos capaces de crear cosas maravillosas; dicho estado nos dispone para dar lo mejor de nosotros en cualquier situación. Tienen razón, dice Schiller¹⁴³, los que opinan que la belleza no sirve para nada concreto. Es verdad que el arte no nos aporta las instrucciones para realizar ningún deber, ni orienta en ningún sentido a nuestro carácter. La cultura estética no aporta ningún contenido ético específico. Sin embargo, matiza Schiller, la cultura estética logra algo fundamental para la ética: devuelve al ser humano la libertad para hacer de sí mismo lo que desee. La auténtica grandeza de la obra de arte no está en su contenido didáctico o moral, señala Schiller, sino en su capacidad de hacernos sentir libertad y creatividad. La estética, por tanto, no nos hace personas éticas, pero es una condición para ello, ¿por qué es necesaria la estética?, se pregunta Schiller, y responde: porque el impulso para el comportamiento ético es demasiado débil si procede únicamente de fuera. Sin embargo el placer nos pone en la disposición adecuada para comportarnos generosamente. Frente a la postura de los filósofos analíticos de que el sentimiento y la razón son incompatibles y que, por ello, la ética se basa en el deber; Schiller¹⁴⁴ sostiene que la belleza permite la compatibilidad entre el impulso natural y la razón, de modo que la ética se base en la libertad, y no en el deber. Schiller defiende que el ser humano no tiene que reprimir su naturaleza material para comportarse de modo ético.

Schiller aporta otra interesante idea; la de la capacidad natural del placer estético para unificar la sociedad. Sostiene el filósofo que mientras

más que por un momento, a la subjetividad, a la esclavitud de la voluntad, transportándonos al estado de conocimiento puro. Esta beatitud de la contemplación desinteresada es también, por último, la que difunde ese encanto sobre las cosas pasadas y lejanas. El sujeto de voluntad, con sus insanas pasiones, desaparece, estas son olvidadas, porque dejaron desde entonces lugar a otras diferentes. De ahí proviene que cuando alguna contrariedad nos angustia recordemos escenas de nuestra vida pasada como un paraíso perdido. La fantasía evoca solamente lo objetivo, no lo individual subjetivo, y nos imaginamos haber contemplado estas escenas entonces con tanto desinterés objetivo como ahora, sin parar mientes en que también entonces las relaciones de aquellos objetos con la voluntad nos atormentaron como nos atormentan las de los actuales». Schopenhauer, A. (1960). *El mundo como voluntad y representación* (Vol. III). (E. Ovejero y Mauri, Trans.) Buenos Aires: Aguilar. § 38.

¹⁴³ Schiller, F. (1969). *Cartas sobre la educación estética del hombre*, op. cit. Carta XXI.

¹⁴⁴ Ibid. Carta XXV.

que el bien moral solo hace felices a los abnegados y a las personas de gran corazón, la belleza es capaz de hacer que todos olvidemos nuestras discrepancias mientras disfrutamos de un evento festivo o artístico¹⁴⁵. El placer estético es persuasivo y no impositivo, debe contar con la aquiescencia, porque nadie puede obligar a otro a sentirlo¹⁴⁶. Estas ideas de Schiller han influido mucho en la teoría del derecho. Peter Häberle¹⁴⁷ considera, en este sentido (como lo hizo su maestro Smend) que los factores emocionales son una fuente del consenso constitucional de un pueblo, los himnos forman parte de dichos elementos emocionales integradores. Los «clásicos» nutren el consenso en el que confluye una determinada comunidad. Los clásicos son obras filosóficas, musicales y jurídicas. Los pueblos de Europa comparten el himno de la alegría y los derechos fundamentales. Refiere Häberle que Jean Monnet, uno de los fundadores de la Comunidad Europea, escribió que, de empezar de nuevo el proceso de integración, este debería iniciarse desde la cultura. López Bofill se muestra de acuerdo con Häberle en este punto y destaca la gran entidad de esa identidad europea que se ejemplifica con la cercanía que todos experimentamos ante la tragedia ática¹⁴⁸. Manderson¹⁴⁹ destaca esta capacidad de la estética de crear comunidad, de crear un discurso compartido. Manderson explica que, cuando vamos a un concierto, compartimos una experiencia como audiencia. Ese sentido de pertenencia y de comunidad generado por el espectáculo también se crea en el proceso judicial, pues la comunidad siente que comparte una visión de lo correcto y de lo incorrecto. Refiriendo su herencia schilleriana, Manderson señala que la estética también tiene la capacidad de crear comunidad a través de

¹⁴⁵ Barthes considera que el estético es un discurso que no se enuncia en nombre de la ley o de la violencia, cuya instancia no es ni política, ni religiosa, ni científica; y es algún modo el resto y el suplemento de todos estos discursos. Podemos llamarlo discurso erótico, pues tiene que ver con el goce. Barthes se aparta de la estética romántica idealista y moralista, pues apuesta por la fundamental diferencia del discurso estético, que es próximo al cuerpo y va sin rumbo. Barthes, R. (1978). *Roland Barthes*. (T. Sucre, Trans.) Barcelona: Kairós. cfr.

¹⁴⁶ Ibid. Carta XXVII.

¹⁴⁷ Cfr. Häberle, P., & López, H. (2004). «Poesía y derecho constitucional: una conversación». *Punt de vista* (17), 6-30. cfr.

¹⁴⁸ Häberle, P., & López, H. (2004). «Poesía y derecho constitucional: una conversación», *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁹ Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, *op. cit.*, p. 199 y ss.

su capacidad para apreciar la otredad. Las personas aprecian la otredad de los distintos sujetos y objetos en lugar de dominarlos. La apreciación del color y el sonido de la belleza, nos habitúa a apreciar y comprender. El arte requiere un esfuerzo por comprender y refleja la dificultad de la comunicación intersubjetiva, con sus alternativas múltiples de sentido. Manderson destaca, de nuevo con Schiller, que la estética demanda la participación activa de la persona espectadora y que, por ello, el arte es una revuelta contra la complacencia. En este sentido la estética no es solo una metáfora de la justicia, sino una ejemplificación de la misma, una realización de esta. La estética tiene elementos inherentes de carácter valorativo, como este de la democracia del sentir, y por ello, la sensibilidad estética puede aportar a la teoría del derecho una mirada atenta a la empatía, así como una visión crítica y pluralista, que dé cuenta de lo diverso.

Peter Häberle reflexiona sobre, la celebrada por Schiller capacidad del arte de moralizar la política y el derecho. Así, por ejemplo, señala Häberle, la protección del medio ambiente estuvo presente en la sensibilidad de la poesía romántica, cuando aún no era compartida por la mayoría social. Las personas artistas suelen aportar una mirada peculiar hacia el futuro. A veces esa vocación poética, continúa Häberle, en su vertiente siniestra, nos muestra realidades oscuras, como Kafka u Orwell que describieron mundos de pesadilla que más tarde se convirtieron en la triste realidad. Pronosticaron cómo un orden constitucional puede degenerar en una tiranía. Otras obras de arte legaron previsiones optimistas sobre las formas de organización humana y sobre un futuro libre. El estado constitucional, concluye el autor, debe poseer una dosis de utopía¹⁵⁰. López Bofill replica a Häberle que cuando el arte se proyecta al mundo político, puede haber fatales consecuencias, como ocurre en los regímenes totalitarios que aprovechan el poder estético. Pero Häberle insiste en que una de las cualidades fundamentales del arte es la capacidad de generar alternativas, de acoger lo marginal y de generar pluralismo¹⁵¹. El arte es algo abierto a todas las personas, pues todas somos capaces de crear. Esto es esencial al arte y es algo que no interesa al autoritarismo. En su obra *La Constitución de los Literatos*, Häberle¹⁵² desarrolla la tesis

¹⁵⁰ Häberle & López (2004), *op. cit.*, p. 20 y ss.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵² Häberle, P. (2004). Fragmentos de La Constitución de los Literatos. *Punt de vista* (17), 31-74.

del papel crítico que ocupan las personas artistas en una comunidad jurídica. Häberle recuerda que el mismo estado constitucional fue un día una utopía esbozada por primera vez por Locke¹⁵³.

No solo puede resultar inspiradora la literatura política o comprometida, sino también las expresiones literarias privadas, como la poesía. La poesía con su expresión de lo privado supone un redescubrimiento de lo próximo, lo nacional, lo regional y lo local, así como de las culturas y subculturas emergentes. Häberle sostiene que el arte incorpora formulaciones de los deseos de reforma que resultan de gran provecho a la teoría del estado y, a través de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, la cultura no jurídica contribuye a resolver cuestiones constitucionales manifestando los valores y los conceptos fundamentales de la comunidad. La constitución es una parte de la situación cultural de todo un pueblo y ese pueblo no debe caer bajo control de las personas juristas. Es propio de la democracia el soportar una crítica diversa y aguda, esta tensión no daña a la democracia, sino que puede hacerla mejorar indicando nuevas soluciones. La persona escritora tiene y debe tener algo de anarquista, y el estado no debe intentar asimilarlo.

Lo relevante, por tanto, no es que la obra de arte concreta tenga un mensaje ético o edificante, sino que la racionalidad artística aporta valores necesarios para el derecho y la cohesión social tales como el pluralismo, la empatía, la libertad, la utopía, la importancia de lo no lucrativo, el placer y el juego. Esta es la tesis fuerte de Nussbaum cuando afirma que en el derecho se ha producido un enfrentamiento entre dos modelos de racionalidad. Según la autora, la concepción humanista y estética se ha enfrentado al utilitarismo economicista. La literatura se resiste al modelo economicista que lo juzga todo desde parámetros lucrativos y que atrapa las vidas en tablas y esquemas. En esta pugna, la literatura expresa un sentido de la vida, que alienta a resistirse a las categorías cerradas y a abrirse a la otredad. Ello implica ponerse en el lugar de personas muy diversas y abrirse a experiencias perturbadoras, que a menudo confrontan de modo doloroso con nuestros propios pensamientos. La literatura nos increpa, se opone a la observación distante, nos obliga a acercarnos a las cosas. La filósofa considera que proyectarnos en vidas ajenas nos permite reconocer la universalidad de la dignidad humana, experimentar la noción de la vida humana como fin en sí mismo.

¹⁵³ Ibid., p. 53 y ss.

CAPÍTULO 2

PATHOS. LA IMPORTANCIA DE LAS EMOCIONES EN EL DERECHO

Las emociones están presentes en el derecho. Se manifiestan en el ímpetu del lenguaje de las personas abogadas, en el desgarrar de quienes testifican sobre sus propias vidas, y en el razonamiento de las personas juzgadoras, inevitablemente afectadas por la intensidad de lo real. En este trabajo sostengo que las teorías de la argumentación actuales no son un buen marco teórico para dar cuenta del papel que juegan las emociones en el razonamiento jurídico. Las teorías de la argumentación, en su dimensión lógica, dialéctica y retórica, se caracterizan hoy por una vinculación implícita con éticas discursivas (como argumentaré más adelante) y, por tanto, con unas bases epistemológicas racionalistas. Las emociones y la corporalidad son nociones despreciadas cuando trata de construirse una noción pura de la razón, capaz de alzarse hacia la universalidad despojándose de todo particularismo.

1. EL PATHOS DE LA PERSONA JUZGADORA. UNA PROPUESTA DE NUSSBAUM

La filósofa Martha Nussbaum ha realizado interesantes aportaciones a la teoría del razonamiento judicial. Uno de los aspectos más relevantes de su trabajo es su crítica a racionalidad antisentimental imperante en

el mundo del derecho¹⁵⁴. La racionalidad, en las relaciones humanas, no opera del mismo modo que cuando se hacen transacciones mercantiles. Los matrimonios, por ejemplo, no son meros intercambios de bienes. Esto parece una obviedad, pero es usualmente ignorado por la mentalidad economicista que se extiende por el ámbito jurídico y que considera que la gente solo es racional cuando maximiza su beneficio sin dejarse influir por factores emocionales. La valoración negativa de las emociones, señala Nussbaum¹⁵⁵, es un lugar común en el derecho. Así, la autora recuerda una instrucción a un jurado emitida por el Estado de California que recomienda a las personas de dicho jurado que no se dejen llevar por el sentimiento, la compasión, la pasión, el prejuicio o el sentimiento popular. La filósofa señala que no es inusual que se informe al jurado de que su evaluación de los agravantes y atenuantes no debe guiarse por la compasión, la cólera o el odio, porque no es racional tomar una decisión sobre estas bases. Con frecuencia se recomienda no tener en cuenta ni la historia personal, ni el carácter de la persona acusada. A las emociones se las considera algo irracional. Nussbaum señala¹⁵⁶ que hay quienes piensan que las emociones son fuerzas ciegas, como ráfagas de viento, como tormentas naturales, que apartan a las personas del uso de la razón. Las emociones harían a las personas juzgadoras injustas, irracionales, caprichosas e imprevisibles.

Otra posición sostiene¹⁵⁷, en la línea platónica (y spinoziana), que los vínculos emocionales con seres queridos, descendientes, ascendientes, con nuestro pueblo, e incluso con nuestro cuerpo, nos hacen vulnerables. La gente que se deja llevar por las emociones, al encontrar elementos de su bienestar fuera de su persona, quedan a expensas de las circunstancias de la fortuna y carecen de la estabilidad de las personas sabias. Las personas sabias, según este punto de vista, serían aquellas que carecen de apegos que las hacen vulnerables, y que encuentran su felicidad en el intelecto, el bien y la justicia. Las emociones harían a las personas juzgadoras débiles, poco fiables; pues cuando parezcan sufrimientos personales, su trabajo se verá afectado. Nussbaum explica una tercera posición¹⁵⁸ contraria a las emociones: la que aprueba que las emociones

¹⁵⁴ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*, op. cit., p. 87.

¹⁵⁵ Ibid., p. 87.

¹⁵⁶ Ibid., p. 88.

¹⁵⁷ Ibid., p. 89.

¹⁵⁸ Ibid., p. 91.

estén presentes en la vida privada, pero considera que deben permanecer al margen de la vida pública. Las emociones, para esta perspectiva, no valoran a las personas de modo abstracto, como una entre muchas; sino que se vuelcan sobre determinadas personas cercanas al yo. Por eso, las emociones no contemplan el sufrimiento humano o la valía humana de forma imparcial, pues no se inflaman ante vidas distantes ni sufrimientos invisibles. Esto es contrario a una ética basada en la idea de universalidad, como la kantiana o la utilitarista. En el hogar, las emociones sí parecen tener un papel ético; pero en el ámbito público, en el que tenemos que tomar decisiones que afectan a personas desconocidas, las emociones suponen una distorsión. Para ese punto de vista, una narración demasiado emotiva estimulará una forma egoísta y parcial de atención a los sufrimientos de otra persona; y sería más fiable la imparcialidad de un intelecto calculador y la prosa descriptiva, basada en datos, pues en esa prosa cada persona vale igual, y ninguna más que otra. La autora recopila una cuarta objeción¹⁵⁹ que se presenta comúnmente a las emociones. Dicha objeción sostiene que las emociones se inflaman mucho con las historias individuales, pero no tanto con unidades sociales más grandes como las clases sociales. Esta objeción es la que condujo al marxismo a oponerse a la novela, acusándola de servir al individualismo burgués.

Frente a la primera posición, que sostiene que las emociones son fuerzas ciegas de la naturaleza, la autora señala que ninguna posición filosófica la ha respaldado, pues se distingue a las emociones como el amor, la compasión o el miedo, de impulsos corporales como el hambre y la sed. Las emociones se basan en creencias. Para enfadarme debo creer que alguien me ha dañado de forma intencionada; si yo descubro que el daño ha sido sin querer, o que la causa ha sido otra, sería posible que mi enfado desapareciese. Las emociones, por tanto, no son meras sensaciones, sino que se basan en creencias. Una creencia es pensar, por ejemplo, que los insultos son un perjuicio importante. Si pensamos que los insultos nos causan un gran daño, nos enfadará mucho que nos insulten. Por tanto, las emociones se basan en creencias que, además, pueden ser verdaderas o falsas (es posible que una persona no me haya insultado, o no tuviera intención de hacerlo), apropiados o inapropiados para su objeto (es posible que mi percepción de la persona amada sea errónea), racionales o irracionales (es posible que demos demasiada importancia a una afrenta que no la tiene). Pero, y esto es lo que quería demostrar

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 93.

Nussbaum, las emociones no están divorciadas del intelecto. Las emociones no son irracionales, porque se basan en pensamientos e ideas sobre la realidad. No son como una tormenta natural que arrastra al cuerpo, sino que tienen una base cultural y educativa. *De facto*, el derecho no trata a las emociones como si fuesen fuerzas ciegas que anulen a las personas. Existe la noción de proporcionalidad, que nos permite evaluar si la reacción ante un hecho es razonable en esa situación. Existen hechos, sostiene Nussbaum, como el ataque de alguien contra nuestra hija o hijo, que provocarían cólera razonable¹⁶⁰.

Frente a la segunda posición, la que sostiene que el ideal de vida es el ascetismo, el de la persona sabia y desapegada, que no experimenta emociones; Nussbaum objeta que la emoción de la compasión es esencial para la existencia de la ética. La compasión se basa en la creencia de que la pérdida de hijas e hijos, la enfermedad, o la perspectiva de la propia muerte, son desgracias que tienen mucha importancia. Sin embargo, las filosofías del desapego (Spinoza, Kant, estoicos, Platón) no creen que esos hechos sean desgracias. Por eso resulta difícil, desde esas filosofías, preocuparse por el bien común. Es difícil justificar los actos impulsados por la compasión, si rechazamos la emoción compasiva, e incluso, si dichas acciones se realizan por otros motivos, su carácter moral resulta dudoso. La presencia de la compasión es un rasgo distintivo de un comportamiento ético. Sin compasión no se pueden evaluar racionalmente situaciones humanas como la muerte de un ser querido. Rousseau en el Emilio afirmó: «¿por qué los reyes no sienten piedad por sus súbditos?, ¿por qué los ricos son tan despiadados con los pobres? (...) porque él nunca será campesino (...) la piedad del ser humano lo vuelve sociable, nuestros sufrimientos comunes guían nuestro corazón hacia la humanidad. (...) De nuestra debilidad misma surge nuestra frágil felicidad»¹⁶¹. Por tanto, Rousseau considera que la vulnerabilidad de la vida humana, de sus afectos y apegos, permite sentir compasión y actuar de modo justo. La invulnerabilidad conduce rápidamente al trato despiadado, indiferente.

La autora también se enfrenta a la tercera objeción, la de que el intelecto calculador es imparcial y capaz de una rigurosa justicia numérica, mientras que las emociones son prejuiciosas y de dejan arrastrar por lo

¹⁶⁰ Ibid., p. 97.

¹⁶¹ Rousseau, J. (2005). *Emilio: o la educación*. Madrid: Alianza Editorial. Libro IV. p. 100.

inmediato. Según esa posición, los apegos a la familia y las amistades anulan los justos reclamos de una mayoría distante, y las narraciones nos enseñan a valorar personajes particulares en lugar de pensar en el mundo entero, en atención a criterios de justicia. Nussbaum¹⁶² no comparte esta tesis, pues considera que las emociones son necesarias para tener ese tipo de visión abarcadora. Solo la sensibilidad con el dolor ajeno nos permite comprender la situación de personas que se encuentran en condiciones socioeconómicas distintas a las nuestras. El intelecto, desprovisto de emociones, además puede cometer el error de despreciar el sufrimiento de las minorías, por ejemplo, pensando que en una ciudad de un millón de habitantes solo veinticinco mueren de hambre. Pero un porcentaje no significa nada para las personas amigas y parientes de aquellas que mueren de hambre. El intelecto sin emociones es ciego a los valores, no capta el valor de la muerte de una persona, pues esa captación implica un sentimiento. No podemos aceptar ninguna cifra de hambre como correcta, tratándose de vidas humanas. Nussbaum señala que, aunque las emociones no nos dan la solución a estos problemas, nos instan a resolverlos. Las emociones no solo son necesarias para el comportamiento moral con las personas cercanas, sino que también son necesarias para el comportamiento moral con personas lejanas o desconocidas. No obstante, la autora no desdeña la utilidad de un cierto grado de distanciamiento frente a lo inmediato que nos permita organizar creencias y emociones. Pero aceptando siempre que las emociones constituyen una parte imprescindible del razonamiento moral¹⁶³.

Nussbaum se opone a la cuarta objeción, que sostiene que las emociones se centran demasiado en las personas individuales e ignoran unidades mayores como las clases sociales¹⁶⁴. Esta famosa crítica fue formulada, entre otros, por Lúkacs. En opinión de la filósofa, en cambio, cualquier acción colectiva ha de tener como objetivo la mejora de las vidas individuales, y es importante que la acción colectiva no olvide ni abandone esta aspiración. La historia de la lucha de clases está tejida por historias individuales¹⁶⁵, y los movimientos sociales están contruidos por vidas en las que no solo es importante la dimensión colectiva por la que se

¹⁶² Ibid., p. 101.

¹⁶³ Ibid., p. 103.

¹⁶⁴ Lukacs, G. (2012). *Teoría de la novela*. Buenos Aires: Godot.

¹⁶⁵ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética, op. cit.*, p. 107.

lucha. La acción colectiva no debe olvidar ese sustrato de la vida real y las emociones son las garantes de esa conexión con la realidad.

Los argumentos expuestos por Nussbaum ponen de manifiesto que las emociones constituyen un aspecto central en el razonamiento moral y jurídico. Para que el razonamiento jurídico no se enemiste con la ética, es necesario que el imaginario común de las personas juzgadoras no se sustente sobre la idea de personas frías y carentes de emociones, que razonan de modo técnico, al modo de una calculadora. En este sentido, considero que ideas como las de imparcialidad e independencia deben ponerse en conexión con la compasión y la empatía. Nussbaum¹⁶⁶ remite a Aristóteles como ideal judicial, destacando que el Estagirita desarrolló una concepción del juicio equitativo que se alejaba de la confianza simplista en principios abstractos. Aristóteles propuso un modelo de juicio flexible y contextual. La filósofa sostiene¹⁶⁷ que la persona juzgadora debe velar por las personas indefensas (o, como sostengo yo, ser activista por los derechos humanos). El modelo de persona juzgadora que defiende la filósofa realiza un razonamiento práctico basado en evaluaciones humanistas, en lugar de un razonamiento pseudocientífico. Considero que la imparcialidad y la independencia han de entenderse en el sentido de que la persona juzgadora no debe acomodar sus principios a las exigencias de grupos de presión políticos o religiosos, ni otorgar a ciertos grupos o individuos favores a causa de relaciones personales o afinidades ideológicas. Pero esa imparcialidad no requiere una distancia con respecto a las realidades sociales¹⁶⁸.

2. EL PATHOS DE LA PERSONA ABOGADA

El lenguaje de las leyes es frío, y parece decirnos que en el derecho no hay lugar para las emociones. Como señala Radbruch, el lenguaje de las leyes es áspero, frío e incluso agresivo en su concisión. Sin embargo, frente al lenguaje de la ley, dice Radbruch¹⁶⁹, el lenguaje de las personas

¹⁶⁶ Ibid., p. 117.

¹⁶⁷ Ibid., p. 119.

¹⁶⁸ Ibid., p. 123.

¹⁶⁹ Radbruch, G. (1933). *Filosofía del Derecho*. (J. Media, Trans.) Madrid: Editorial Revista de derecho privado. p. 141. Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. p. 136.

abogadas, luchadoras del derecho, siempre ha sido apasionado. Es un leguaje que construye, a partir de retales de la fría prosa de las leyes, un discurso distinto, capaz de persuadir y cautivar. La retórica clásica dedicó numerosas páginas a estudiar el modo en el que las personas abogadas podían emocionar a la judicatura y a los jurados. El libro II de la *Retórica* contiene uno de los tratados sobre las emociones más importantes de la filosofía. En dicha obra, Aristóteles indica que hay tres maneras de convencer: una de ellas es la prueba racional, otra es que la persona oradora proyecte una imagen de credibilidad, y la tercera es lograr la receptividad emocional del auditorio respecto del discurso. Aristóteles sostuvo que la vía de persuasión más importante en el derecho es la capacidad de transmitir emociones. Y explica el Estagirita¹⁷⁰ que no se juzga del mismo modo cuando se siente amor que cuando se siente odio, cuando se experimenta serenidad que cuando se siente ira, cuando se experimenta simpatía por otra persona que cuando se le detesta, cuando se tiene esperanza en lo que ha de ocurrir que cuando se tiene apatía. Las emociones de quien juzga pueden condicionar la valoración de la persona oradora y de lo que esta dice. Cicerón¹⁷¹ explica, haciéndose eco de la tradición aristotélica, que la apelación a las emociones es una de las vías para lograr la persuasión en retórica.

Sin embargo, el hecho de que las emociones sean persuasivas no implica que estas sean enemigas de la verdad. Más bien al contrario: los grandes oradores insisten en que la capacidad de transmitir emociones suele estar vinculada a la capacidad de experimentarlas. Es muy complicado emocionar cuando realmente no se cree en lo que se dice. La capacidad de emocionar está muy unida a la sinceridad de la persona que habla. El consejo más importante para lograr emocionar es, según Cicerón, que la persona abogada sienta ella misma las emociones que desea transmitir. Dice Cicerón que «ni es posible que el oyente sienta dolor, ni odio, ni envidia, ni temor, ni se mueva a llanto o a misericordia, si todos esos efectos, que el orador quiere excitar en el juez, no están impresos o grabados en el mismo orador»¹⁷². Hay que saber emocionarse para poder emocionar, hay que dejarse arrastrar por las emociones para poder arrastrar a otras personas. En este sentido, señala Cicerón: «nunca he intentado excitar en los jueces el dolor, la misericordia, la envidia o el

¹⁷⁰ Aristóteles. (1990). *Retórica*, op. cit. § II-1378 a.

¹⁷¹ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, op. cit., p. 126 y ss.

¹⁷² *Ibid.*, p. 127.

odio, sin estar yo antes conmovido de las mismas pasiones que quería excitar»¹⁷³. Continúa Cicerón explicando que, «ni es fácil de conseguir que un juez se enoje, si tú mismo pareces mirar con tranquilidad el crimen, ni que aborrezca a alguno, si antes no te ve ardiendo en odio, ni que se mueva a misericordia, si antes no das muestras de tu dolor en palabras y sentencias, en la voz, en el rostro y en las lágrimas»¹⁷⁴. Este consejo de emocionarse es, como vemos, central en la retórica de las pasiones.

Esto es coherente con el modelo de oratoria sincera que formula Cicerón, una oratoria para personas abogadas que creen en lo que dicen, que defienden aquello en lo que creen y que experimentan los sentimientos que alientan. Es una oratoria franca y sincera capaz de experimentar empatía ante las situaciones y de hacer que las demás personas experimenten esas mismas emociones, de modo que «la misma naturaleza del discurso con la que se pretende conmover los ánimos, conmueve al orador mucho más que a ninguno de los que le oyen»¹⁷⁵. No se trata, por tanto, de fingir emociones, sino de aprender a experimentarlas, a dejarse transportar por ellas, abriéndose al sufrimiento y a la alegría de otras personas, desarrollando la imaginación compasiva. Y es que no es difícil lograr que las causas que defendemos nos conmuevan porque los asuntos jurídicos son importantes para las vidas de las personas.

En opinión de Cicerón, emocionarse con los asuntos jurídicos es fácil, ya que los seres humanos tenemos desarrollada la capacidad de sentir empatía; hasta tal punto que nos emocionamos con situaciones que sabemos que no son reales, como las interpretaciones teatrales. Los actores y actrices se emocionan cuando interpretan, las personas escritoras sienten emoción al plasmar las situaciones en el texto y, dice Cicerón, «no hay buen poeta sin fuego en el alma»¹⁷⁶. Si nos emocionamos con la ficción, con mayor motivo nos emocionaremos con las situaciones reales. Cicerón explica que si él no hubiera sentido aquello que decía en sus célebres causas, no habría logrado emocionar a nadie, y no habría sido persuasivo; pero no solo eso, sino que además los discursos habrían resultado ridículos. Por eso el consejo de Cicerón no es baladí, sino de

¹⁷³ Ibid., p. 127.

¹⁷⁴ Ibid., p. 128.

¹⁷⁵ Ibid., p. 128.

¹⁷⁶ Ibid., p. 129.

vital importancia, y se sintetiza en las palabras, «que te enojés, te duelas y llores de verdad»¹⁷⁷.

Es algo que no se aprende en los libros y que no se extrae de las normas, pero que logra desentrañar lo más hondo del derecho, pues la habilidad de emocionar logra demostrar que la justicia está de nuestra parte y que la empatía es el único camino que permite vislumbrarlo. Una vez que la persona juzgadora llega a la conclusión de que la justicia está de nuestro lado y que la solución que proponemos es la más humana, honorable y digna, ella misma se encargará de encontrar las razones jurídicas para motivar esa solución. Cuando la persona juzgadora experimenta con nosotros el enfado, la gratitud, la animadversión y la compasión, tiene ya por causa suya la nuestra¹⁷⁸. Quintiliano, como Cicerón, señala que el principal precepto para emocionar es que primero nos emocionemos a nosotros mismos. Se desaconseja completamente tratar de aparentar llanto o fingir en los gestos ira e indignación¹⁷⁹. Además, para que podamos sentir esos afectos es necesario que seamos personas con imaginación, capaces de visualizar en nuestra mente los hechos como si los estuviésemos presenciando. Cuando queramos despertar compasión «pongámonos en lugar de aquéllos a quienes ha sucedido la calamidad de que nos quejamos, no tratando la cosa como que pasa por otro, sino revistiéndonos por un instante de aquel dolor. De este modo hablaremos como si nos hallásemos en alguna calamidad»¹⁸⁰, ¿cómo vamos a representar adecuadamente a alguien si nos olvidamos de sus emociones?

3. ESTUDIO DE LAS EMOCIONES RELEVANTES PARA LA RETÓRICA

Aristóteles, Cicerón y Quintiliano indagaron cómo funcionan las emociones que son relevantes en la persuasión retórica y nos proporcionaron claves que pueden servir a la abogacía de hoy para alentar o para calmar dichas emociones. Así, una de las emociones relevantes en la retórica es la ira, que consiste según Aristóteles¹⁸¹ en el deseo de

¹⁷⁷ Ibid., p. 129.

¹⁷⁸ Ibid. § VI-II-I

¹⁷⁹ Ibid. § VI-II-III

¹⁸⁰ Ibid. § VI-II-III

¹⁸¹ Aristóteles. (1990). *Retórica, op. cit.* §II-1378b/1380a

castigar a una persona que nos despreció o que despreció a alguien a quien queremos. Por tanto, para que surja la ira lo determinante es que alguien piense que se le ha despreciado, y hay tres tipos de desprecios: el menosprecio (que consideren que valemus menos de lo que creemos), la vejación (que se nos haga daño, pensando que seremos incapaces de devolverlo), y el ultraje (que se nos humille por simple placer, deshonrándonos y pensando que así sobresalen sobre nosotros). Las personas sentimos ira, además de cuándo se nos desprecia, cuando alguien nos deniega algo que necesitamos, restando importancia a nuestras necesidades¹⁸². La ira puede surgir cuando nos ponemos en el lugar de personas que han sido despreciadas, por ejemplo cuando alguien abusa de su relación de autoridad para maltratar a alguien vulnerable. Quintiliano señala¹⁸³ que, para despertar la ira de la persona juzgadora hemos de hacer notar que la actitud arrogante, obstinada e irrespetuosa de la persona acusada es una ofensa contra la dignidad judicial. También puede alentarse la ira por el sufrimiento de terceros inocentes, destacando la atrocidad del delito, señalando las circunstancias personales, o de tiempo, lugar o modo, que aumentan la inmoralidad del mismo, por ejemplo, si se agredió a una persona vulnerable o a una persona bondadosa, si la persona que delinquirió era perversa o abusó de su poder, si dañó a aquella persona hacia la que tenía un especial deber de cuidado, si aprovechó la ocasión de un día festivo u otra ocasión de fragilidad, o si se hizo en público o en privado.

Aristóteles y Quintiliano explican también cómo puede aplacarse la ira. El Estagirita sostiene que nos calma saber que el daño que se nos hizo no se basó en el desprecio, sino que fue sin querer, que no fue nada personal. También nos calmaremos cuando la persona que nos ha

¹⁸² Según Aristóteles, otro motivo que da lugar a la ira es que alguien considere que no poseemos una cualidad, como belleza o sabiduría, que nos gustaría poseer. Nos enfada particularmente que nos traten mal las personas que son nuestras amigas y aquellas que creemos que deberían admirarnos. Hay situaciones que incrementan el enfado, como cuando se nos desprecia delante de personas rivales, de gente a la que admiramos, de personas que nos admiran o, en definitiva, de personas que queremos que nos admiren o quieran. A todo el mundo le molesta que se olviden de su persona, y que sus amistades no estén cuando las necesita. El agravio comparativo es otra situación que enfada, cuando se nos trata de modo peor que otras personas que están en la misma situación. Otra situación molesta es que se nos conteste con sarcasmo cuando hablamos en serio. Aristóteles. (1990). *Retórica, op. cit.* § II-1379b.

¹⁸³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae), op. cit.* § VI-I-II

dañado acepta que se equivocó y manifiesta arrepentimiento (en cierto modo consideramos que la culpa es sustitutiva del castigo que merece). La ira se marchará con mayor facilidad si la persona que nos dañó ahora nos ruega y suplica. En general, la ira se disipa cuando sentimos que nos respetan¹⁸⁴, pues el respeto es lo opuesto al desprecio. También hay situaciones que contribuyen a calmar los ánimos como el ocio, el juego, la fiesta, la diversión, la prosperidad y el triunfo; en general todos los estados de placer, alegría y esperanza. En los casos de ira más enquistada el paso del tiempo, como es sabido, aplaca dicho sentimiento. La ira también disminuye cuando pensamos que los enemigos ya han sufrido suficiente, que la vida les ha castigado, de modo que de algún modo ya han recibido venganza. Cuando la persona oradora desee aplacar la ira deberá mostrar que la persona acusada es buena, que actuó sin querer, o que está muy arrepentida de lo que hizo.

Una segunda emoción relevante para la retórica es la simpatía. Aristóteles explica que, cuando sentimos simpatía por alguien, deseamos que le ocurran cosas buenas, sin esperar un beneficio propio¹⁸⁵. Simpatizamos con la gente de trato agradable, con las personas accesibles, y con las comprensivas. También nos resultan simpáticas las personas que admiran las virtudes y bienes que tenemos, y especialmente, cuando admiran aquello que consideramos más importante en nuestras vidas. Simpatizamos con la gente que no es crítica, ni rencorosa, ni censora de los defectos ajenos, ni peleona. En general, nos resulta simpática la gente que nos da buen trato, que nos presta atención, nos admira, destaca

¹⁸⁴ Aristóteles. (1990). *Retórica, op. cit.* § II-1380b.

¹⁸⁵ Aristóteles enumera a una serie de personas con las que simpatizamos: simpatizamos con las amistades y benefactores de nuestros seres queridos, y también con quienes despiertan simpatías de nuestros seres queridos. También simpatizamos con quienes tienen nuestras mismas antipatías, ya que eso nos hace pensar que desean lo mismo que nosotras y que su beneficio será el nuestro. Simpatizamos con las personas que no viven a costa de otras, sino que se ganan su sustento con esfuerzo; con las personas que no se meten en problemas, con las personas de buena fama. Simpatizamos también con las personas a las que admiramos y con aquellas que nos admiran. Simpatizamos con quienes tienen nuestros mismos gustos, o el mismo oficio, siempre que no rivalicen por las mismas metas, y con quienes desean lo mismo que nosotras siempre que haya para ambas. Nos resultan simpáticas las personas a las que hemos ayudado a triunfar. Nos caen bien las amistades que nos ayudan, aun a riesgo de que nos enfademos. También sentimos amistad por la persona que nos hace favores, siempre que los haga sin ostentación, es decir, por nuestro bien y no por el suyo propio. *Ibid.* § II-1381a/1381b

nuestras virtudes y excelencias, disfruta en nuestra compañía y aprecia las cualidades que más valoramos de nuestra persona¹⁸⁶.

Cicerón¹⁸⁷ recomienda a la abogacía que, para despertar la simpatía hacia el defendido, ponga gran ahínco en mostrar que esta no actúa por interés propio, sino que actúa persiguiendo el bien para otras personas. Explica Cicerón que todo el mundo envidia a quien trabaja por su propio bien, y sin embargo simpatiza con quien trabaja duro por el bien ajeno. Por eso debemos evitar elogiar el mérito y la gloria del defendido, porque eso despertaría envidias. Aristóteles explica que puede darse que alguien suscite odio por motivos ajenos a su persona, simplemente por pertenecer a un grupo estigmatizado. Mientras que el enfado se cura con el tiempo, el odio, según el Estagirita, no se cura. La persona enfadada solo desea que la persona que le despreció pague por su ofensa, y llega un punto en el enfado cesa y da lugar a la compasión, sin embargo, el odio desea exterminar a la persona odiada.

Cicerón¹⁸⁸ señala que la antipatía hacia una persona, en un pleito, se puede exaltar poniendo de manifiesto lo malo que es un hecho que ha realizado, ya sea porque ha dañado a alguna buena persona, a alguien que no lo merecía o a la comunidad en su conjunto. Quintiliano apunta que la causa principal de la antipatía, en los pleitos, radica en la infamia de la persona acusada, que se plasma en la premeditación del delito, o en la injusticia de su acción hacia una víctima justa y digna. Esa infamia también se plasma cuando la persona acusada no socorrió a la víctima y cuando trató de disimular el crimen. El discurso puede visualizar la ignominia¹⁸⁹, con detalles tales como señalar la parte del cuerpo donde se hizo la herida, describiendo las ropas y las expresiones faciales, señalando el arma utilizada, la cantidad de puñaladas o golpes, si fue algo repentino o un cúmulo de daños causados en el tiempo.

Una tercera emoción que estudia Aristóteles¹⁹⁰ es el miedo. El miedo es el nerviosismo que se siente ante la perspectiva de un mal inminente. Es importante eso de «inminente», porque a lo lejano no se le teme¹⁹¹. En general son temibles todas las cosas que despiertan nuestra compasión

¹⁸⁶ Ibid. § II-1381a/1381b.

¹⁸⁷ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁸ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁸⁹ Ibid., p. 312.

¹⁹⁰ Aristóteles. (1990). *Retórica*, *op. cit.* § II-1382b.

¹⁹¹ Ibid. § II-1382b.

cuando le pasan a otras personas. No tenemos miedo cuando no creemos que el hipotético mal vaya a pasar, y por eso no tememos a las personas que no tienen poder ni fuerza para dañarnos¹⁹². No tienen miedo las personas que están embriagadas de felicidad, ni tampoco las que creen que ya les ha pasado lo peor que podía ocurrirles. Para tener miedo es necesario que exista alguna esperanza de salvación de aquello que nos angustia, y cuando se ha perdido toda esperanza, se pierde también el miedo. El miedo nos hace actuar con prudencia y sin esperanza no hay motivos para la prudencia; por eso las personas sin miedo son muy peligrosas, y para hacer resurgir el miedo en quienes lo han perdido, dice Aristóteles, hay que recordar que todavía pueden sufrir, que todavía tienen cosas que perder, que son frágiles. Para producir valor¹⁹³, por el contrario, será necesario mostrar que lo temible está lejos, o que el remedio existe y está a nuestro alcance. Algo que infunde valor es ver que las personas que son iguales a nosotras, o incluso más débiles, no tienen miedo. Del miedo dice Cicerón¹⁹⁴ que la gente teme tanto a los peligros que les acechan personalmente, como a los peligros que acechan a la comunidad. De ambos, el que más afecta es el peligro individual, pero el peligro común, mediante el discurso, puede exponerse de tal manera que parezca un peligro individual.

Aristóteles analiza una cuarta emoción central en la práctica jurídica: la compasión¹⁹⁵. Define la compasión como el sentir pena ante un mal ajeno inmerecido. La compasión se basa en que nos identifiquemos con la persona que sufre, pensando que podría pasarnos lo mismo (o podría pasarle a las personas a las que queremos). Por eso no sienten compasión las personas que están en el culmen del sufrimiento y la desesperación, ya que piensan que no podría pasarles nada peor. Tampoco experimentan compasión las personas que están en estado de éxtasis de felicidad. La gente más compasiva, por el contrario, es la que ha sufrido en la vida

¹⁹² Ibid. § II-1383a.

¹⁹³ Aristóteles señala que son valientes las personas que no han sufrido injusticias en su vida y las que han estado muchas veces en peligro pero siempre se han salvado. Las personas son confiadas a causa de la falta de experiencia o por el exceso de seguridad. Nos infunde valor saber que nuestra situación es segura, está protegida de posibles eventualidades. También infunde valor la creencia en divinidades que puedan protegernos, así como el pensamiento positivo, la actitud de confiar en que triunfaremos. Ibid. § II-1385b.

¹⁹⁴ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁵ Aristóteles. (1990). *Retórica*, *op. cit.* § II-1386a.

y ha logrado salir de los problemas, como las personas ancianas y las que han sido víctimas de tragedias. Como es natural, son propensas a la compasión las personas que tienen padres, hijos o pareja, porque se sienten identificadas con numerosas situaciones dolorosas. En cambio, no son compasivas las personas que se encuentran dominadas por el enfado (en ese estado no se piensa en el futuro), ni las personas que están demasiado asustadas ante un mal propio (la gente que está abrumada bajo el peso de sus propios problemas no es capaz de preocuparse por otras personas). Para experimentar compasión hay que encontrarse en un estado de ánimo moderado.

Además, para experimentar compasión hemos de creer que existe la gente buena, porque si pensamos que todo el mundo es malvado creemos que la humanidad entera merece sufrir. En general podemos decir que la clave de la compasión radica en que recordemos que esa cosa mala que hoy le ocurre a otra persona, nos ocurrió un día; o bien en que pensemos que podría ocurrirnos en el futuro. Hay cosas que suscitan compasión como la muerte, los daños corporales, los malos tratos, la vejez, la enfermedad y el hambre, así como la miseria, la soledad, la fealdad, la debilidad física y la mutilación. Las desgracias son peores cuando se presentan unidas y nos inspira compasión que a alguien parezca no ocurrirle jamás nada bueno. Es dramático que el remedio llegue demasiado tarde, cuando lo malo ya no tiene remedio.

La compasión es una emoción que se experimenta hacia personas que no son demasiado cercanas, porque por las personas muy cercanas no experimentamos compasión, sino un dolor propio, ya que su desgracia es nuestra desgracia. Cuando ocurren cosas horribles, como la muerte de una persona descendiente, se siente algo muy distinto a la compasión, y es algo tan devastador que dificulta mucho sentir compasión por otras personas. Las personas¹⁹⁶ por las que solemos sentir compasión son aquellas que son semejantes a nosotras en edad, carácter, hábitos u oficio, porque es lo que tememos que nos pase lo que compadecemos en otras personas. Las situaciones que despiertan compasión son las que han sucedido hace poco y podemos imaginarlas. Por eso, para que podamos compadecer sucesos lejanos es necesario verlos representados, de modo que podamos imaginarlos con claridad. Otra causa que aumenta la compasión es la cercanía, de modo que si la desgracia ocurre ante nuestros ojos la sentimos más.

¹⁹⁶ Ibid. § 1386b.

De la compasión dice Cicerón¹⁹⁷ que la clave consiste en que el auditorio del discurso vea alguna semejanza entre los sufrimientos ajenos y los que el mismo auditorio ha padecido o teme; es decir, cuando vea reflejada su propia persona en la vida de otra. Especialmente conmueve ver a las personas buenas o brillantes rendidas a la depresión a causa de las desgracias. Quintiliano¹⁹⁸ da algunas claves para despertar la compasión hacia las víctimas, como comparar la situación de estas con la de la persona acusada, o señalar el desamparo de las personas que dependían de la víctima, así como señalar el sufrimiento que tendrán si no se condena el delito que tanto daño les ha causado. La defensa resaltará las buenas intenciones de la persona acusada, intentando demostrar que el delito se cometió por necesidad o por un motivo loable y virtuoso. Un discurso de la mala vida que ha tenido la persona acusada, así como de las desgracias actuales y de las futuras que tendrá si se le condena, puede ser muy emotivo¹⁹⁹. Entre las desgracias futuras están la miseria y la infelicidad en las que quedarán los parientes de la persona acusada. En cualquier caso, dice Quintiliano, para despertar la compasión es conveniente mencionar la edad y las personas amadas²⁰⁰. Pero, una vez lograda la compasión, debe abandonarse el discurso emotivo porque si no el auditorio se cansará de conmoverse, se tranquilizará y se enfriará, «no debemos pretender que los males ajenos se lloren por mucho tiempo», ya que «los afectos, cuando van a menos, fácil cosa es que desmayen y se agoten»²⁰¹. La expresión que sintetiza esta tesis, que es un tópico de la retórica clásica es la de: «nada se seca más rápido que una lágrima».

Una quinta emoción digna de estudio es la de la indignación, que consiste en sentir pesar cuando alguien recibe beneficios inmerecidos. Aristóteles señala que este sentimiento no tiene nada que ver con la envidia, y que, al igual que la compasión, es una de las emociones distintivas de un carácter noble: «ambas pasiones son propias de un carácter noble, porque corresponde apenarse y sentir compasión por los que sufren desgracia inmerecidamente, e indignarse contra los que inmerecidamente gozan de ventura, porque es injusto lo que ocurre contra los

¹⁹⁷ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁸ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, *op. cit.*

§ VI-I-II.

¹⁹⁹ *Ibid.* § VI-I-II.

²⁰⁰ *Ibid.* § VI-I-II.

²⁰¹ *Ibid.* § VI-I-III.

merecimientos»²⁰². Aristoteles señala que la diferencia entre la indignación²⁰³ y la envidia es que la envidia no se siente cuando a alguien le va bien de modo inmerecido, sino en general, cuando a alguien le va bien, lo merezca o no. Las personas que se indignan tienen un elevado sentido de la justicia que les conduce a sufrir cuando alguien sufre y a alegrarse cuando alguien que se lo merece alcanza el éxito²⁰⁴. Las personas se indignan ante la ganancia inmerecida de dinero o la llegada al poder de personas que ni son honradas ni tienen otras virtudes. La indignación es una emoción efímera que se siente cuando la situación injusta acaba de ocurrir, pero con el tiempo la indignación desaparece. El tiempo hace que el poder y el dinero parezcan ser atributos naturales de las personas que los poseen, de modo que su posición se vuelve incuestionable. Algo que indigna es que la gente que se lo merece no logre alcanzar el lugar que le corresponde. La compasión y la indignación están relacionadas de manera que, cuando una persona pierde algo, podemos sentir compasión o sentir que se ha hecho justicia, dependiendo de si la persona se merecía el bien del que gozaba. Por eso, para eliminar la compasión hemos de probar que la persona no se merecía alcanzar ese bien.

La última emoción que analiza Aristóteles es la envidia²⁰⁵⁻²⁰⁶, que es una emoción que se siente contra las personas que se nos parecen, por

²⁰² Ibid. § VI-I-III.

²⁰³ Indigna que una persona que es mediocre en un campo rivalice en el mismo con alguien que es brillante. Las personas buenas suelen indignarse ante este tipo de hechos, porque juzgan bien y odian las injusticias. Las personas ambiciosas también se indignan cuando ven que otras personas menos competentes alcanzan la deseada meta. Por eso las personas de carácter sumiso no se indignan, ya que creen que no merecen nada. Aristóteles. (1990). *Retórica, op. cit.* § II-1387a.

²⁰⁴ Ibid. § II-1387a.

²⁰⁵ Ibid. § II-1387a.

²⁰⁶ La gente a la que le va bien suele ser envidiosa; así, la gente sabia ambiciona los honores que se rinden al conocimiento, y la gente triunfadora tiene envidia de otras personas triunfadoras que gozan de más gloria. No se siente envidia de la gente que ha muerto, la gente que aún no ha nacido, ni de los personajes históricos que murieron hace miles de años. Tampoco se tiene envidia de las personas a las que se admira y que nos superan de modo imponderable, ni de aquellos a quienes superamos sobradamente. También sentimos envidia por las personas que alcanzan lo que una vez nosotros alcanzamos; y por eso las personas ancianas envidian a las jóvenes. La gente que ha gastado mucho dinero o mucho esfuerzo para lograr algo, envidia a quienes han logrado lo mismo invirtiendo menos. Quienes luchan por alcanzar algo, o se les pasó la ocasión de alcanzarlo, envidian a quienes lo lograron rápidamente. Ibid. § II-1387a.

ser parientes, por tener la misma edad o por dedicarse a lo mismo. A las personas a las que se envidia es a las que rivalizan por las mismas cosas. Se envidia a las personas que nos dejan en mal lugar porque, al ser nuestras iguales, sus éxitos dejan claro que, en comparación con ellas, no hemos hecho nada grandioso. La persona oradora debe tener en cuenta que la persona juzgadora no se compadecerá de alguien que despierte envidia. De la envidia dice Cicerón que es la más intensa de las emociones, y señala que es difícil de despertar, pero también muy difícil de eliminar: «el más vehemente de todos los afectos es la envidia, y cuesta no menos sosegarla que excitarla»²⁰⁷. Cicerón señala, como Aristóteles, que la envidia se dirige contra las personas que son iguales a nosotras cuando su triunfo provoca la apariencia de nuestro fracaso. Pero añade que la envidia no siempre se dirige contra la gente igual, sino que también se envidia a la gente de más estatus cuando se comporta de manera arrogante y como si la ley no les afectase, como si el dinero y la fama pudiesen comprarlo todo. Cicerón²⁰⁸ señala que la envidia contra estas personas se despierta diciendo que su posición no se debe a sus méritos, sino a sus manipulaciones y vicios; y en caso de que sus costumbres hubieran sido honestas, la envidia se suscita señalando que los méritos de esas personas no compensan su arrogancia y su trato desagradable. Para sosegar la envidia, en cambio, Cicerón recomienda resaltar que la persona debe su fortuna a su propio mérito, que para ello se expuso a grandes peligros y que no luchó solo por su propio bien sino también por el de otras personas y que la persona se mantiene humilde a pesar del éxito. Es decir, que hay que intentar por todos los medios borrar el sentimiento de envidia, y eso se logrará cuando en el discurso «mezclados con la fortuna resalten los trabajos y miserias que son su obligado acompañamiento»²⁰⁹.

²⁰⁷ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, op. cit., p. 133.

²⁰⁸ Ibid., p. 134.

²⁰⁹ Ibid., p. 134.

CAPÍTULO 3

EL PAPEL DEL ESTILO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. EL ESTILO FORMA PARTE DE LA ARGUMENTACIÓN

En el presente trabajo realizo una crítica al punto de vista dominante en la teoría de la argumentación actual (teoría estándar). Considero que la teoría estándar privilegia lo relativo a la estructura de los argumentos y de los discursos, pero margina lo relativo al estilo discursivo y a la exposición oral. En el lenguaje de la retórica clásica diríamos que actualmente hay una excesiva centralidad de las temáticas relativas a la *inventio* (búsqueda de los argumentos) y a la *dispositio* (estructura del discurso), y una correlativa marginación de la *elocutio* (estilo) y la *actio* (escenificación del discurso). Las causas de dicha marginación son profundas y están relacionadas con los fundamentos epistemológicos de la teoría estándar. En efecto, la teoría de la argumentación dominante en la actualidad se sustenta sobre una ética discursiva y una epistemología racionalista y procedimental que, en última instancia, se sustenta sobre la dicotomía entre lo racional y lo corporal, entre esencia y apariencia. Tanto el estilo como la expresión no verbal tienen en común que quedan del lado corpóreo y, por tanto, del lado de lo sospechoso. El estilo, según este punto de vista, se identifica con lo accesorio, la cosmética, la vacua floritura, la casa de la falacia. Esta noción peyorativa del estilo no es algo nuevo, pues ya existía en la época clásica, unida allí al cientificismo platónico y

a la desconfianza ante lo estético. La consideración de lo estilístico como sospechoso ha sido una constante histórica.

No obstante, con la tecnificación de la sociedad moderna la separación teórica entre la forma y el contenido se ha hecho más patente que nunca. Ello da lugar a la pugna entre las dos grandes formas que adopta en la actualidad el saber retórico: por un lado encontramos la retórica mercadotécnica y por otro, la teoría de la argumentación «seria». La retórica mercadotécnica se presenta como la ciencia de la persuasión. Esta perspectiva de la retórica se centra en encontrar vías que conduzcan con seguridad científica a la persuasión (tales como determinadas actitudes, expresiones corporales, juegos de color y reiteraciones discursivas). Los estudios de mercado y otras metodologías empíricas constituyen el medio idóneo de esta retórica colorista que, precisamente por su promesa de proporcionar las claves inequívocas de la persuasión y el liderazgo, resulta poco creíble en los ámbitos académicos. En efecto, el uso de términos impresionantes como «programación neurolingüística», y de anglicismos sugerentes como «coaching» se ve acompañado por discursos sobreactuados y talleres que combinan consejos para hablar en público con filosofía del pensamiento positivo. Esos fuegos artificiales tienen poco que ver con las laboriosas investigaciones realizadas por los estudiosos de la teoría de la argumentación. Esta segunda perspectiva de la retórica se contrapone a la primera con el mismo énfasis con el que Platón se enfrentó a la sofística. La teoría de la argumentación busca con afán los elementos que permiten diferenciar la persuasión racional de la manipulación e indaga en las claves que posibilitan la buena comunicación en la sociedad, presentes tanto en un diálogo científico como en una democracia deliberativa, y también en un proceso judicial que se desarrolle con todas las garantías. La teoría de la argumentación hace importantes esfuerzos por mantenerse del lado de la racionalidad, aunque eso suponga, enfatizar una parte del saber retórico en perjuicio de la otra.

Cicerón²¹⁰, en los *Diálogos del orador*, realiza una interesante apreciación. Señala que la retórica clásica traza una división entre el contenido del discurso (*inventio*), y la forma (*elocutio*). Sin embargo, señala Cicerón, las palabras no tienen valor si no dicen nada y los pensamientos no existen sin las palabras. Por eso la distinción entre la *inventio* y la *elocutio* supone dividir lo que no puede dividirse. La estética y el contenido

²¹⁰ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, op. cit., p. 182.

son algo inexorablemente unido. En este punto considero interesante reivindicar la figura del célebre humanista español Baltasar Gracián²¹¹, pues indagó sobre la unión intrínseca que existe entre el contenido de los textos y la forma de los mismos. La retórica de Gracián supone, en relación con la tradición retórica, una ruptura y una auténtica innovación. En su *Arte del ingenio*, explica que la retórica, como la lógica, es un modo de acercarse a la arquitectura de las ideas. Las figuras del estilo son como las columnas de un edificio: algunas de ellas soportan el edificio, mientras que otras tienen como principal finalidad adornar. En cualquier caso, todas las figuras del estilo contienen una estructura conceptual²¹². Gracián explica los recursos literarios desde la óptica de su estructura. Por ejemplo, el enfrentamiento entre dos elementos iguales: una víbora y una osa, o el señalamiento de dos extremos con el fin de igualarlos²¹³.

Hay figuras cuya base recae más en los conceptos y otras que se sostienen también en gran medida sobre el sonido o la materialidad de las palabras (pero incluso estas se sostienen sobre relaciones analíticas de semejanza y diferencia), asimismo hay figuras que no son verbales, sino que se plasman en hechos en los que encontramos una proporción conceptual, una estructura inteligente. La agudeza fáctica, según explica Gracián, es la figura que consiste en encontrar la mejor manera de reaccionar ante una situación²¹⁴. Por ejemplo, el tebano Ismenias era embajador ante el rey de Persia. Para los persas era ley inviolable hincar la rodilla ante la presencia real; y entre griegos hacer esto era una afrenta. Para salir del paso ante estas obligaciones enfrentadas Ismenias, al estar ante el rey, dejó caer un anillo y se inclinó para recogerlo, para dejar ambiguo si era cortesía o necesidad²¹⁵. Las figuras pueden basarse

²¹¹ Gracián, B. (1929). *Arte de ingenio, tratado de la agudeza*. Madrid: Espasa Calpe. § II

²¹² Ibid. § IV.

²¹³ Gracián explica muchos ejemplos de figuras retóricas (agudezas) que ponen de manifiesto este contenido conceptual (y no accesorio o superficial) de las mismas. Ibid. § VIII a XXVI

²¹⁴ Ibid. § XXVII

²¹⁵ Otra figura parecida, aunque esta sí es verbal, consiste en encontrar una réplica aguda que nos permite salir de un aparente callejón sin salida discursivo. Por ejemplo, alguien le reprochó a Cicerón que había condenado a más reos con su testimonio de los que había librado con su defensa, contestó Cicerón que eso es porque era mayor su estima pública que su elocuencia. A veces la réplica puede consistir en un ataque, como cuando Domicio Censor reprochaba a Lucio Craso el haber llorado porque se le había muerto un lebre y Craso contestó «confieso que es mayor tu valor, pues aunque se te

en una relación analítica, en una similitud de sonidos o incluso en una curiosa armonía circunstancial que no requiere palabras. Pero además, Gracián explica que también un silogismo²¹⁶ puede ser visto como una figura retórica si lo observamos desde el punto de vista estético. Es el caso de los silogismos estéticos, que son poemas o reflexiones artísticas como el siguiente de Guarini, «Ojos, astros mortales, ministros de mis males, que aun en sueños me mostráis que mi muerte buscáis, si me matáis cerrados, ¿Qué haréis, ojos, despiertos y rasgados?»²¹⁷.

La tesis de Gracián es que, tras las los recursos estilísticos (Gracián los llama «agudezas»), sea cual sea el modo en el que se presenten, existe una sensación de belleza que emana de relaciones conceptuales, como pone de manifiesto esta hermosa afirmación de Lope de Vega «que era el remedio olvidar, y olvidóseme el remedio»²¹⁸. Las relaciones que se dan tras las figuras son de alusión, contraposición, negación, disyunción, etc.²¹⁹.

han muerto tres mujeres, aún no has derramado ni la primera lágrima». Otra figura retórica es la de las acciones hermosas, que son acciones que resultan persuasivas por su belleza. Un ejemplo es el de Pedro de Saboya que, ante el emperador Otón, fue vestido por el lado derecho con pedrería y por el izquierdo con fuertes armas. El emperador y todos los asistentes quedaron impresionados y dijo él, «señor, traigo esta mitad adornada para mostrar que estoy pronto a servirlos; y esta otra armada, para mostrar que estoy también dispuesto a defender con armas vuestras tierras». Otra célebre anécdota es la de Hipérides, que cuenta Plutarco que defendía en un juicio a una hermosa mujer llamada Phrine y, viendo que no lograba convencer al auditorio, interrumpió su discurso y quitó a la joven el velo, mostrando a todos esa extrema belleza, de modo que borró toda sospecha de culpa y persuadió a los jueces de su inocencia.

Otra divertida figura es la que consiste en aludir a un suceso, de manera que el auditorio se siente complacido por captar la alusión. Por ejemplo, unos cortesanos que decían a Nerón lo exquisitos que eran los hongos y él dijo «ciertamente, son comida de dioses», en alusión al hongo envenenado con el que mataron al emperador Claudio, su antecesor, al que contaban entre sus dioses. Ibid. § XXVIII a XXXII

²¹⁶ A minore ad maius (si esto es así en este pequeño contexto, mayor será en tal contexto mayor); a maiori ad minus (si esto tan grande no tiene gran efecto, menos aún lo tendrá lo pequeño), de igual a igual (si esto es así, en ese caso igual lo será también), al contrario (argumentar de un extremo a otro, como en el ejemplo: quien todo lo compra, todo lo vende), etc.

²¹⁷ Ibid. § XXXVII

²¹⁸ Apud. Gracián, B. (1929). *Arte de ingenio, tratado de la agudeza*. Madrid: Espasa Calpe. § XXXX. Gracián afirma que este verso popularmente conocido es de Lope de Vega.

²¹⁹ Ibid. § XXXX. Ejemplo de disyunción: «mal que con muerte se cura, muy cerca tiene el remedio, mas no aquel que tiene el medio en manos de la ventura».

Gracián considera que, al igual que podemos encontrar belleza en las pequeñas unidades en las que el todo puede descomponerse, otra parte de la belleza emana del modo en el que se organiza el conjunto. Es decir, el estilo también está presente en la estructura general del discurso²²⁰. En síntesis, la tesis de Gracián es que no puede existir un estilo sin conceptos, porque los conceptos son el alma del estilo²²¹.

Las reflexiones de Gracián rompen con el juicio despectivo hoy que se dirige a la *elocutio*, al estilo, como territorio de lo accesorio, lo frívolo y lo falso. Pero también resultan innovadoras con respecto a la partición de la retórica clásica, que sitúa a la *elocutio* como una fase distinta y posterior a la de la *inventio*. Para la retórica clásica el estilo es lo que se hace cuando el discurso está esbozado y solo nos queda pulirlo. El punto de vista de Gracián nos invita a considerar que no hay argumentación sin estilo, porque la *elocutio* no es como la vestimenta que podemos quitarnos, sino como el cuerpo, que es la casa de nuestro ser. Tampoco hay *dispositio* sin estilo, porque las estructuras que ordenan el discurso son el cuerpo del mismo. El punto de vista de Gracián sostiene que, cuando inventamos los argumentos, el estilo (las figuras retóricas o agudezas) ya está en ellos. La *elocutio*, la belleza, no es algo accesorio, sino que es lo que posibilita el pensamiento.

El estilo en Gracián no necesita palabras, porque hay agudezas allá donde hay un ingenio que se enfrenta al mundo, donde hay invención; por ejemplo, en las soluciones creativas a los problemas que se nos presentan o en las imágenes hermosas que nos desarmen con su presencia. Antes de que nos dé tiempo a escribir o a verbalizar las ideas, el estilo ya se encuentra presente en ellas. Esas estructuras e imágenes en las que nuestra mente sintetiza la realidad también son la clave de la racionalidad en el pensamiento kantiano. Rivera de Rosales²²² nos presenta a un Kant romántico, casi herético, que se encuentra ante nuestros ojos en la mismísima *Crítica de la Razón Pura*²²³. Sentimos el mundo como una multiplicidad caótica, como un montón de imágenes, sonidos, impresiones tác-

²²⁰ Ibid. § XXXXII

²²¹ Ibid. § XXXXVIII

²²² Rivera, J. (1994). La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica. In F. Martínez (Ed.), *Romanticismo y marxismo* (pp. 145-212). Madrid: Fundación de Investigaciones marxistas.

²²³ Kant, I. (2010). *Crítica de la Razón Pura*. In *Obras completas I*. Madrid: Gredos.

tiles carentes de sentido²²⁴. Sobre esa masa informe actúa la imaginación, que es una actividad de nuestra mente que articula esa multiplicidad de sensaciones en objetos concretos haciendo figuras, imágenes y esquemas repetibles. Su carácter repetible, formal, es lo que hace de esos esquemas «conceptos», base del pensamiento lógico y de la abstracción²²⁵⁻²²⁶. Fichte considera que esta reflexión kantiana es subversiva: la imaginación, de ser considerada fuente de error y de capricho, de ser considerada la loca de la casa, pasa a ser la constructora de esa casa, la reina de la racionalidad, pues es la madre de las formas que nos permiten habitar el mundo²²⁷. La imaginación construye el mundo al que llamamos real, y que es un mundo interpretado²²⁸⁻²²⁹. Desde estas tesis kantianas podríamos dirigir la mirada hacia las agudezas que recopila Gracián. Las agudezas expresan esquemas de la imaginación: poseen un componente imaginativo,

²²⁴ Rivera, J. (1994). La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica, *op. cit.*, p. 152 y ss.

²²⁵ Lo sensible como tal, el mundo de lo múltiple y real, no puede ser conocido. Solo podemos conocer el mundo construido por las relaciones y esquemas de nuestra imaginación. Los conceptos y el pensamiento lógico están fabricados a partir de figuras elaboradas por una imaginación que ansía comprender aquello que siente. Nuestro orgullo intelectual nos conduce a creer que lo auténticamente verdadero es el burdo esquema que usamos una y otra vez para capturar el mundo; pero en el fondo sabemos que nuestra imaginación y sus esquemas son lo que nos sitúa más cerca del mundo extraño que es nuestra casa. En la imaginación prerreflexiva, el conocimiento y la acción, las ideas y las sensaciones, están unidos. *Ibid.*, p. 153.

²²⁶ Un concepto tan cotidiano como «perro» implica volver a unir lo que primeramente unió la intuitiva imaginación, fundamento de toda comprensión. Cuando aplicamos palabras para definir realidades, antes es necesario que la imaginación trace el esquema de esa realidad que queremos comprender. Ese esquema es precisamente el que dio lugar a la invención de la palabra. Construir nuestro mundo es una tarea imaginativa. *Ibid.*, p. 154.

²²⁷ *Ibid.*, p. 158.

²²⁸ *Ibid.*, p. 159.

²²⁹ Señala Kant, el ámbito genuino del arte es aquel en el que la imaginación no se ve forzada a hacer la vida más fácil a la persona, no se dirige a comprender nada, sino que juega libremente, sin ninguna finalidad, contemplando la unicidad e irrepitibilidad de las sensaciones. La imaginación no produce aquí esquemas conceptualmente repetibles, sino que produce ideas estéticas, con las cuales hacemos finita la sensibilidad, haciendo captable para nosotros lo inefable. La genialidad artística escoge formas e imágenes en el incesante fluir, y esas formas son ingeniosas, nuevas, sorprendentes. El arte es bello cuando su adecuación a la forma parece tan libre de toda coerción de reglas como si fuera un producto de la naturaleza. *Ibid.*, p. 172 y ss.

pues son ingenio en acción, joyas únicas y momentos sorprendentes; pero a la vez son esquemas, dado que contienen relaciones de semejanza, de diferencia, de contradicción. Esos esquemas son lo que permite que las agudezas (recursos retóricos) sean clasificadas.

2. EL ESTILO DE LAS LEYES

Se ha señalado²³⁰ que el estilo en el que se redactan las leyes es conciso, y que reprime su carácter emocional, que es en ocasiones tan lapidario como el de las fórmulas matemáticas. Las leyes parecen querer transmitir con el estilo su carácter imperativo y el resultado es una aspereza que huye de realizar reflexiones teóricas. Las leyes tienen la ilación discursiva imprescindible para resultar comprensibles, pero el estilo de las leyes es bien distinto al de los ensayos. De Asís sostiene que, si encontramos belleza en estos textos será de un tipo parecido a la que expresan los edificios grandes y lineales, como una manifestación de poder y una metáfora inquietante de la autoridad del estado. Sin embargo Llewellyn²³¹ plantea algunas cuestiones relativas a la estética de las normas, que denotan que estas intentan expresar algo más que una exhibición de poder. Sostiene que la belleza del derecho ha de ser necesariamente, una belleza funcional. El estilo del derecho está condicionado por la necesidad de resultar eficaz. Llewellyn reflexiona sobre el concepto de la «funcionalidad» del estilo de las leyes. El filósofo matiza que, cuando dice que el derecho tiene que ser funcional, no está adoptando la concepción funcionalista de la arquitectura, que considera que no está legitimada ningún ornamento que no constituya una parte activa de la cosa proyectada. Llewellyn afirma que en una catedral gótica las vidrieras y esculturas no ayudaban a sostener el edificio, pero formaban una parte del mismo estéticamente justificada y necesaria para el propósito de edificio. Dice Llewellyn: «es tan procedente satisfacer el gusto del hombre por el juego y por la belleza como el que manifiesta por el trabajo bien hecho, o por una solución económicamente acertada, o por una forma correcta y precisa»²³².

Lo que sostiene Llewellyn es que podemos afirmar categóricamente que un ornamento es bueno cuando sirve para una función, y sobre todo,

²³⁰ Agustín de Asís, *Derecho y Arte*, publicaciones de la Escuela Social de Granada, 1959. p. 19.

²³¹ Llewellyn, K.N; *Belleza y estilo en el Derecho*, Bosh, Barcelona, 1953. p. 73 y ss.

²³² *Ibid.*, p. 76.

podemos afirmar que es malo cuando sirve en exclusiva para estorbarla. Pero él está de acuerdo con cierto esplendor y belleza de los medios del derecho. En el derecho hay normas que son funcionales en el sentido más estricto, dado que no dejan lugar para que se añada ni una sola palabra porque dicha palabra, no solo sería un derroche, sino que además sería un peligro. Sin embargo, el autor señala que este estilo tan conciso a veces no es el más eficaz, dado que puede ser incomprensible y puede dar lugar a ambigüedades. Por eso las normas deben tener cuidado con el principio de economía del lenguaje²³³. El lenguaje de las normas debe ser intelectualmente accesible al pueblo, al que el derecho sirve y a quien pertenece. Aunque las personas profesionales del derecho a veces obtengan cierto beneficio usando un lenguaje oscuro, este resulta, a largo plazo, insostenible, porque el derecho demanda continuidad en su eficacia. El lenguaje jurídico debe ser claro. La norma jurídica más hermosa es la que expresa su finalidad y su razón de ser con claridad²³⁴. Para Llewellyn la elegancia del derecho significa que cada detalle encaja, pero también implica que las normas estén al servicio de las necesidades sociales, que el lenguaje exprese sentido, valores, precisión y que muestre que la norma es equitativa. Todo eso forma parte de la estética del derecho. Atienza²³⁵, como Llewellyn, considera que el lenguaje del derecho es, ante todo, funcional, es decir: no persigue valores literarios, sino resolver un determinado problema jurídico. Es un lenguaje que, a rasgos generales, resulta sobrio e impersonal, dirigido a un expresar al auditorio la idea de que va a resolver problemas de manera eficiente y no a proporcionar placer estético.

A tenor de las reflexiones sobre el estilo de las leyes expuestas en este epígrafe me pregunto si el cambio en la ideología jurídica hacia una teoría de corte hermenéutico y axiológico como la que presento en este trabajo, daría lugar a un cambio en el lenguaje de las normas. Como he expuesto, De Asís, en el contexto del franquismo español, consideraba que la finalidad del estilo normativo es expresar la autoridad del estado. Por su parte, Llewellyn y Atienza, adoptan la noción de eficiencia dentro de los contextos respectivos de un positivismo jurídico de corte realista en el caso de Llewellyn, y de un formalismo jurídico con tintes positivistas dominante en la España de Atienza. La noción de eficiencia, que alude

²³³ Ibid., p. 77.

²³⁴ Ibid., p. 79.

²³⁵ Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica, op. cit. cfr.*

a la técnica y a la optimización de resultados dentro de una racionalidad científica, resulta muy propia de sus respectivas culturas jurídicas.

3. EL ESTILO JUDICIAL

El juez Posner²³⁶ sostiene que la labor judicial tiene puntos en común con la escritura literaria. En concreto, la persona escritora desarrolla la historia de una manera concreta porque siente que está bien así. A la persona juzgadora le pasa eso a menudo, que siente que un caso debe resolverse de un modo determinado. Es posteriormente, en el momento de motivar la sentencia, cuando logra expresar de modo razonado ese proceso interno. Ese esfuerzo por explicar da lugar a un refinamiento de la intuición inicial y a la introducción de matices. La judicatura normalmente desdeña los preceptos de estilo, porque considera que la literatura es afectada y excesivamente refinada para las necesidades judiciales, considera que las teorías narrativas tampoco tienen nada que aportar, por mucho que la judicatura cuente historias. La judicatura no pretende jugar con el poder persuasivo de la belleza, sino exponer los hechos con claridad. Sin embargo, señala Posner²³⁷, esa tesis parece ignorar que la belleza no está reñida con la claridad y que el poder de la retórica es algo que no se debería desdeñar. La retórica puede ayudar a crear imágenes emocionalmente poderosas, y en la labor judicial es importante que las exposiciones de hechos resultan persuasivas. La habilidad de escribir sentencias, en opinión de Posner²³⁸, descansa en hacer de cada una de ellas un ejemplar memorable de un problema. Esta es una habilidad literaria que constituye un elemento de la excelencia de un juez. Según el juez Posner, una persona juzgadora puede aprender de la literatura a escribir de forma elegante. Algunos rasgos de la escritura elegante son la habilidad de mostrar una situación desde varios puntos de vista, saber contar una narración de modo breve, con tensión dramática, con sencillez y sin sacrificios de claridad para lograr efecto²³⁹.

²³⁶ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press. p. 330 y ss.

²³⁷ *Ibid.*, p. 333.

²³⁸ *Ibid.*, p. 354.

²³⁹ *Ibid.*, p. 365.

Atienza señala que las tres reglas que debe cumplir la escritura judicial son los tres preceptos básicos de la retórica: claridad, precisión y concisión. Dicho autor considera que uno de los problemas más habituales en nuestros días es el de las sentencias demasiado extensas. Este defecto está causado, en parte, por la facilidad de incorporar materiales que posibilitan los procesadores de texto²⁴⁰. Posner explica que, hay numerosas características que definen el estilo de una sentencia judicial. La judicatura confiere a su prosa un tono profesional, que muestra que pertenece a un grupo; pero se puede evitar el uso de mucha jerga arcaica. Por jerga no se refiere Posner²⁴¹ a los términos de las doctrinas jurídicas, de los cuales la judicatura no puede prescindir, sino a los circunloquios y arcaísmos, que la judicatura a menudo usa. Esos usos son evitables, ya que el estilo es opcional. Posner continúa su exposición señalando que el uso de subordinadas y de jerarquías sintácticas en las oraciones, junto con el uso de conjunciones como «aunque» (construcción hipotética) da lugar a oraciones más difíciles de comprender. También parecen técnicas las sentencias con vocabulario culto, con una voz impersonal, con un tono de certeza, con aire de texto dogmático o de demostración lógica. Por el contrario, configurar la sentencia como una narración, debate o indagación hace que el texto sea más asequible²⁴².

Posner señala que podemos dividir el estilo de las sentencias en dos modalidades: estilo puro y estilo impuro. El estilo puro es el que se expresa de manera extensa, solemne y previsible, en el sentido de que utiliza siempre los mismos modelos, que a su vez están tomados de la estructura de la mayoría de las sentencias judiciales del momento. Este estilo no se esfuerza por traducir palabras a la lengua común y cotidiana. Este tipo de sentencias utilizan el «corta-pega» con frecuencia; incluyen muchos detalles innecesarios para el escrito como nombres, datos y lugares; y complican el escrito con escrupulosas convenciones de citación. La persona juzgadora intenta parecer neutral, inexistente, refugiándose en frases hechas y huyendo de las novedades. El estilo puro es tan convencional que permite a la sentencia pasar desapercibida; y, sin embargo, es un estilo muy artificial, si se le compara con lo que escribiría sobre el mismo tema alguien sin conocimientos jurídicos²⁴³.

²⁴⁰ Atienza (2013), *op. cit.*, p. 651.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 369.

²⁴² *Ibid.*, p. 370.

²⁴³ *Ibid.*, p. 372.

El estilo impuro se dirige a una hipotética audiencia de personas externas al mundo jurídico, intentando que se comprenda porqué se decide de una manera determinada. Estas personas juzgadoras escriben como si la sentencia fuese a ser oída más que como si fuese a ser leída, evitando largas citas de jurisprudencia previa, e intentando que el estilo resulte fresco, sin fórmulas hechas de antemano. El estilo impuro no pretende dar apariencia de saber más de lo que sabe, ni de tener más certeza de la que tiene. Omite los detalles innecesarios y los clichés. Paradójicamente las personas que escriben de modo impuro le prestan más atención al estilo que las puristas, se esfuerzan en que las sentencias parezcan escritas sin esfuerzo. El estilo puro, dice Posner, a pesar de la artificialidad, resulta más fácil de escribir para alguien acostumbrado a la práctica del derecho, ya que, una de las cosas que ocurre en las facultades de derecho es que el alumnado olvida cómo escribía antes de su conversión en juristas.

En cierto modo, en opinión de Posner²⁴⁴, la elección del estilo está condicionada por la audiencia de la sentencia. Muchas sentencias solo son leídas por otros tribunales y por la abogacía de las partes, es decir, solo por profesionales del derecho. Dicha audiencia está muy acostumbrada al estilo puro, y cuando la persona juzgadora utiliza ese estilo, sabe que está expresando que ha considerado cuidadosamente la manera en la que la abogacía y los tribunales interpretan las normas, sin desviarse de ese sentido de «la ley». Para ese propósito retórico el estilo puro es mejor porque se adapta a las expectativas de las personas profesionales del derecho respecto a lo que se considera apropiado en una sentencia judicial. En el extremo opuesto del espectro estilístico, en el del estilo impuro, la audiencia de referencia es la de las personas que miran más allá del derecho, a los fundamentos últimos de las cosas. Es el «uno entre mil» para quien decía escribir el juez Holmes. La pretensión del estilo impuro es llegar a un auditorio de cualquier lugar, de cualquier condición, de cualquier tiempo.

Posner²⁴⁵ señala que los estilos reflejan dos concepciones distintas del derecho. El estilo puro corresponde a la concepción formalista del derecho, que considera que el razonamiento jurídico es cuestión de lógica, y que es objetivo y científico. El formalismo considera que una sentencia judicial debe demostrar que la decisión se ajusta al derecho y a la ver-

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 173.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 174.

dad. La concepción pragmática²⁴⁶⁻²⁴⁷, en cambio, considera que solo en los casos sencillos puede hablarse de verdad y de falsedad, mientras que en la mayoría de los casos la sentencia debe conformarse con poner de manifiesto que la persona juzgadora ha intentado encontrar el resultado más razonable teniendo en cuenta la situación, el contexto y la necesidad de mantener continuidad con las decisiones previas, junto con el respeto a las limitaciones del lenguaje y sus propósitos discernibles²⁴⁸. Por supuesto, matiza Posner²⁴⁹, es posible que una persona pragmática se exprese con un estilo impuro, pero existe el peligro de que el vestido impida desarrollarse a las cuestiones sustantivas, ya que las palabras no solo expresan el pensamiento, sino que las palabras ocupan el lugar del pensamiento. Las fórmulas hechas pueden limitar y confinar las consideraciones judiciales. Posner parece coincidir con Atienza en que el formalismo es una enfermedad que produce malos escritores²⁵⁰.

²⁴⁶ Me gustaría introducir un matiz a esta reflexión de Posner. Aunque comparto su oposición al formalismo así como el hecho de que lo asocie a unos rasgos estilísticos que dejan mucho que desear; no comparto, sin embargo, que el término «pragmatismo» se adecue a la descripción de una concepción del Derecho «impura», valorativa, que conciba a la realidad como narrativa y llena de claroscuros. El término «pragmatismo» hace alusión, y Posner lo sabe bien, a una muy concreta concepción del Derecho que acogieron tanto el juez Holmes como otros célebres juristas estadounidenses de ideología liberal y que tuvo, como máximo exponente en el ámbito de la filosofía al íntimo amigo de Holmes, el filósofo William James. Esta visión pragmática produjo un tipo específico de realismo jurídico hermanado con el liberalismo político y económico, que sin duda ha influido sobre el utilitarismo economicista que defiende Posner. Realmente, para dar cuenta de lo que Posner intenta expresar, sería más adecuado referirse a concepciones «no formalistas», porque dentro de las concepciones no formalistas caben otras muchas concepciones filosóficas que no son el pragmatismo. El concepto «pragmatismo», especialmente cuando hablamos de la teoría del Derecho en los Estados Unidos, está muy comprometido con una determinada concepción filosófica y política.

²⁴⁷ El término «pragmatismo» también alude al interés de la filosofía del lenguaje de tipo «analítico» por los aspectos situacionales y contextuales de la comunicación lingüística. Dicho enfoque filosófico tiende al uso de herramientas de análisis muy estructuradas y sistemáticas, más cercanas a las metodologías de las ciencias que al método narrativo de las filosofías del lenguaje hermenéuticas (que también se preocupan por lo contextual, pero desde otros métodos de análisis más cercanos a las humanidades y las artes).

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 374.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 376.

²⁵⁰ Atienza (2013), *op. cit.*, p. 651.

Antes que Posner, otro realista, el célebre Llewellyn²⁵¹, escribió sobre los estilos de escritura de la judicatura. Refiriéndose, no al estilo personal de cada persona juzgadora, sino a la forma de escribir más frecuente en cada periodo histórico. Llewellyn considera que es muy interesante comprobar cómo, al igual que ocurre con la arquitectura y con otros géneros artísticos, los cambios históricos van acompañados de cambios en la forma, en la estética de las sentencias judiciales. Para Llewellyn²⁵², el «estilo» son «las maneras de pensar y de operar por parte de quienes aplican el derecho». A pesar de que no se produzcan cambios legislativos importantes en una sociedad, las transformaciones profundas en la escritura judicial ponen de manifiesto un cambio social relevante. El derecho, en ese sentido, es como las catedrales: puede haber grandes cambios de estilo y que gran parte de la antigua estructura de la catedral continúe ahí. Además, dice Llewellyn, «me permito insistir nuevamente sobre el hecho de que la manera con que el artífice usa sus materiales tiene tanta o más importancia, respecto al resultado, como los materiales mismos»²⁵³. Llewellyn²⁵⁴ critica al estilo formal, que solo funciona cuando opera en condiciones estables en las que los conceptos jurídicos y las normas se adaptan a las circunstancias y necesidades sociales del momento. Sin embargo el estilo formal está predestinado a convertirse en un mal estilo que obligará a las personas profesionales del derecho a recurrir a las ficciones, a la interpretación espuria y a las consecuencias de estas: la confusión y el arbitrio impredecible. Llewellyn es tajante, considera que el estilo formal es una aberración estética, dado que «el derecho que no se manifiesta en armonía con la vida (...) no puede tener verdadera belleza»²⁵⁵. No basta con que exista certidumbre para los juristas cuando es necesaria la justicia para el pueblo, a cuyo servicio debe estar el derecho.

Acerca de la cuestión expuesta en este epígrafe coincido con los autores comentados en que una visión formalista del derecho conduce a un estilo de escritura confuso y lleno de fórmulas repetitivas. Sin embargo, me parece interesante la matización de Posner de que, para llegar mejor a una audiencia interna (formada por juristas) puede resultar persuasivo

²⁵¹ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. Barcelona: Bosh. p. 27.

²⁵² *Ibid.*, p. 31.

²⁵³ *Ibid.*, p. 33.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 73.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

utilizar un estilo de escritura puro. En cualquier caso, el estilo puro debe ser moderado para no resultar oscuro y alambicado.

4. EL ESTILO DE LA ABOGACÍA

Frente al frío estilo de las leyes, Radbruch²⁵⁶ elogia la fuerza de los grandes discursos de la abogacía, con su mezcla particular de frialdad analítica y calor de vida. Sin embargo, el jurista se lamenta de que la retórica no sea muy estimada entre juristas, pues se percibe a la retórica como enemiga de la razón, como bellos ropajes que aderezan los peores argumentos. La retórica resulta sospechosa y es tachada de artificial. Se percibe que el discurso que se vale de la retórica ofrece una imagen falsa, una representación escénica que no se corresponde con el hablar auténtico, cotidiano y verdadero. Sin embargo, dice Radbruch «es en esos momentos extraordinarios de la vida, en los que trascienden de lo cotidiano, cuando el hombre se acerca más a su verdadero ser»²⁵⁷, el hecho de que la retórica presente discursos más bellos de lo normal no implica que sean menos auténticos o que expresen menos la verdad. Radbruch considera que el recelo frente a la retórica tiene su causa en la sospecha que despierta, en general, todo lo estético, como si el hecho de que algo se diga con belleza y con sentimiento fuese indicativo de artificialidad e inautenticidad. Frente a esto el jurista aconseja: «hay que defenderse de esa crítica gazmoña que ve siempre en la elocuencia algo moralmente sospechoso, simplemente por tratarse de una forma o modalidad de arte»²⁵⁸.

Llewellyn²⁵⁹ señala que la abogacía y la judicatura, con frecuencia, tratan de expresarse de modo sencillo, escueto, breve y preciso, dado que en el ámbito del derecho hay una idea muy extendida de que la tarea de la abogacía consiste en indicar el tipo jurídico en el que es subsumible un hecho, y que no hay que hablar de ética (que se considera algo extra jurídico). El formalismo jurídico (la filosofía simplista que concibe la tarea de la profesión jurídica como una mecánica subsunción, como una labor técnica que deja al margen toda motivación social o política y

²⁵⁶ Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. p. 136.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 137.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 137.

²⁵⁹ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. p. 20.

todo sentimiento de empatía) es un mal que conduce a la abogacía y a la judicatura a expresarse de modo deliberadamente feo y frío.

La retórica clásica contiene teorías que podrían amoldarse bien a la abogacía de hoy y a su búsqueda de la excelencia profesional. Una de las grandes aportaciones de Cicerón²⁶⁰ a la tradición retórica es su desarrollo de la teoría de los tres estilos. Esta teoría propone tres modelos de orador que se adaptan a tres tipos de personalidad, pero también a tres tipos de situaciones e incluso a tres modelos de racionalidad.

Cicerón explica que, independientemente de nuestros defectos y virtudes, podemos aspirar a la excelencia profesional. Hay abogados que explican las cosas utilizando términos exactos, que estudian con gran atención las causas, y que encuentran con ingenio el argumento más fuerte para cada ocasión. Hay otros que brillan por su pasión, por hablar con una voz sonora, vehemente y arrebatada, con ademán noble y estilo en los movimientos, irradiando un aura de dignidad y utilizando un rico léxico. Estas descripciones son solo dos ejemplos de la infinita multiplicidad de los estilos, ya que hay tantos estilos retóricos como personas oradoras. Por eso, señala, cada abogado encontrará la perfección oratoria por un camino distinto; unas personas deberán hablar con menos adorno y más prudencia, mientras que otras deberán ser menos tímidas y modestas. La perfección no está en adaptarse a un modelo ideal, sino en que cada persona encuentre su propia perfección, su estilo único²⁶¹.

Más allá de unas elementales reglas de estilo, el discurso brillará cuando se adapte al auditorio, la situación, la gravedad del asunto, el contexto, los fines y sobre todo, al orador²⁶². A pesar de que cada persona posee un estilo único, Cicerón sostiene que a efectos pedagógicos es posible clasificar los estilos en tres tipos que recoge la tradición clásica y que describen los rasgos más relevantes de los más célebres oradores. En su obra *El orador*, Cicerón²⁶³ explica que lo normal es sobresalir en uno de los tres estilos y que no es habitual que alguien sobresalga por igual en los tres.

El primero de los estilos es el vehemente que se caracteriza por ser grandilocuente, apasionado, emocionante, variado, majestuoso, lleno de fuerza y rico en palabras e interrogaciones que implican al audito-

²⁶⁰ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 185.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 186.

²⁶² *Ibid.*, p. 232.

²⁶³ Ciceron, M. (2004). *El orador*. § VI-20.

rio. El dominio de este estilo corresponde a las personas apasionadas y extrovertidas, cuya presencia resulta arrolladora. Sin embargo, las cualidades del discurso vehemente solo brillan cuando el orador alcanza una buena competencia en oratoria y cuando tiene la prudencia necesaria para adaptarse a cada situación. Un discurso vehemente, cuando resulta inoportuno, tiene resultados desastrosos. En este caso el discurso resultará carente de medida o corrección, y sonará como una verborrea excesiva que parece no tener fin. El tratado romano anónimo *Retórica a Herenio*²⁶⁴, coincide con Cicerón al señalar que cuando se utiliza mal el estilo vehemente se produce un discurso histriónico y exagerado.

Cicerón explica que, el segundo de los estilos, el sencillo, se encuentra en el polo opuesto del vehemente y se caracteriza por ser agudo, lúcido, sutil, pulido y más atento a la claridad que a la magnificencia. Este discurso es apto para aquellas personas que dominan bien la materia de la que van a hablar y que poseen habilidades argumentativas. De hecho este discurso era el más común en la Atenas clásica, pues era el más adecuado para el debate filosófico sosegado. Sin embargo, este estilo no está exento de problemas. A veces un orador, a pesar de conocer bien los contenidos de los que va a hablar, tiene un mal día, o no se adapta al auditorio. El tratado anónimo *Retórica a Herenio* explica que el resultado es un discurso sin gracia que parece entrecortado o monótono, que utiliza un vocabulario pobre, y a veces incorrecto²⁶⁵. Cicerón²⁶⁶ señala que hay personas que piensan que el único discurso bueno es el sencillo, porque es el que argumenta de modo lógico y el que tiene menos adornos. Cicerón considera que el estilo vehemente suele dar lugar a críticas fáciles, especialmente cuando se toma un fragmento descontextualizado de uno de estos discursos, porque los discursos vehementes solo pueden entenderse adecuadamente en medio del incendio de las emociones. Sin embargo, señala que no puede erigirse a priori a uno de los tres estilos como el mejor, ya que a unas personas les gustan los discursos arrebatados y rápidos como un río; y a otras personas les gustan los discursos pausados y racionales. Hay quienes transmiten sinceridad y candidez; y quienes hablan con dureza y severidad. En los tres estilos podemos encontrar la excelencia y la persona oradora debería aspirar a dominarlos los tres (aunque alguno de ellos se adapte mejor a su personali-

²⁶⁴ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 135.

²⁶⁵ Ibid., p. 236.

²⁶⁶ Cicerón, M. (2004). *El orador*, op. cit. § X-32

dad)²⁶⁷. Cicerón explica que cada estilo es más adecuado a una finalidad distinta: el estilo sencillo es el mejor para argumentar y probar; el estilo templado es el mejor para agradar; y el estilo vehemente es el adecuado para emocionar. El dominio de la oratoria debería conducir a utilizar el estilo oportuno para cada ocasión. Es obvio que en algunas ocasiones queda muy mal hablar de manera grandilocuente, pero en otras ocasiones, sin embargo, la causa exige que se hable con vehemencia. En cualquier caso, es necesaria la virtud de la prudencia para saber cambiar el registro de estilo²⁶⁸. Del estilo sencillo, explica Cicerón que parece lenguaje común, aunque en realidad no es tan fácil como parece²⁶⁹. El auditorio, incluso los niños y niñas, imaginan que ellos mismos podrían hablar así, y, sin embargo, nada hay más difícil imitar. Es un estilo que no resulta exaltado en sus emociones, ni resulta rítmicamente atractivo, ni sofisticado en sus palabras. El rasgo central del estilo sencillo es que se centra en el contenido, es decir, se centra en informar. No emplea adornos, sino que pretende decir las cosas de modo limpio y elegante.

Este estilo procura que nada distraiga del contenido: ni un acento extraño, ni una voz afectada, ni unos gestos exagerados. Intenta regirse en todo momento por la prudencia²⁷⁰. Dicho estilo apuesta por usar palabras de uso cotidiano, que suenen bien y que, sobre todo, expresen el concepto con la mayor claridad posible. La persona oradora sencilla no será audaz en el uso de palabras antiguas y procederá con moderación en el uso de expresiones adornadas. Las metáforas pueden usarse en este estilo, pero no para hacer el discurso más llamativo, sino cuando sean necesarias para definir algo con mayor claridad. Resulta extraño el

²⁶⁷ Ibid. § XIX-53

²⁶⁸ Ibid. § XXI-69

²⁶⁹ La filosofía utiliza un tipo especial de lenguaje sencillo, que procura ser elegante, sobrio, que se dirige a personas racionales y cultas, es un estilo que no pretende emocionar, sino más bien al contrario, pretende calmar, hacer un llamamiento a la reflexión pausada. Es un discurso que no pretende sorprender, sino enseñar; no pretende emocionar, sino describir. Cuando estos discursos despiertan demasiadas pasiones, a la persona oradora sencilla le queda la sensación de que se ha excedido de los límites de un discurso serio. El filosófico es, por tanto, un estilo sobrio y reposado, que no usa expresiones populares, que no se preocupa por utilizar un ritmo adecuado al cansancio del auditorio y que no emociona, es decir, no despierta la envidia, ni la indignación, ni el horror, ni la admiración. Es un estilo que aspira a parecerse más a la dialéctica que a la retórica, y que procura mantenerse en la sobriedad y en la corrección convencional. Ibid. § XIX-61/65

²⁷⁰ Ibid. § XXIV-76

uso de una metáfora más poética en este estilo, e incluso le resta credibilidad. En este estilo no se usan muchas antítesis, ni recursos sonoros como rimas. El estilo sencillo no suele usar las repeticiones de palabras o frases que suelen usarse en retórica, ya que el objetivo de las mismas es alentar las pasiones. Las oraciones no destacan por la belleza de su prosa. No usa recursos efectistas como hablar en nombre del pueblo, o de las personas fallecidas, ni acumular calificativos. La persona oradora adopta una actitud humilde, tanto en la voz, como en el contenido del discurso, y la expresión no verbal huye del histrionismo, de modo que no realiza movimientos exagerados del cuerpo, ni adopta expresiones marcadas con el rostro. Este tipo de oratoria admite el uso del humor, pero toma precauciones en su uso: no hacer chistes con demasiado frecuencia para no caer en la vulgaridad, no hacer mímica, no manifestar mala intención, no hacer chistes de desgracias (esto sería inhumano), ni de crímenes (porque entonces la risa aplacará el odio), ni, por supuesto, sobre la persona juzgadora²⁷¹. El humor perseguirá solo a las personas adversarias, y aún así, con prudencia. El tipo de humor que suele usar este estilo sencillo o ático es más ingenioso que cómico.

Del tercer estilo, el moderado, señala Cicerón²⁷² que utiliza más adorno que el estilo sencillo pero menos que el vehemente. Es un estilo elegante, tranquilo y lento, que utiliza hermosas metáforas, alteraciones en el orden de las palabras y juegos con los sonidos. A veces utiliza alegorías, que son encadenaciones de metáforas. En este estilo caben el esplendor de las palabras, las citas eruditas y los lugares comunes, puede ser muy profundo, brillante, florido y variado. El estilo moderado corresponde a personas tranquilas, cultas y que escriben con una prosa preciosista, con un amplio léxico. Según la *Retórica a Herenio*²⁷³ un discurso moderado, cuando resulta desafortunado, es tan aburrido que nos costará mucho mantener la atención, nos parecerá carente de energía y débil. Además, un discurso de este tipo, puede producir en el auditorio la sensación de que ninguna idea se desarrolla de manera coherente.

Cicerón²⁷⁴ no puede evitar reflejar su predilección por el estilo vehemente, que se caracteriza el entusiasmo y la abundancia. Es un estilo poderoso, elegante y teatral. Este es, según Cicerón, el estilo de la oratoria con

²⁷¹ Ibid. § XXVI-87

²⁷² Ibid. § XXVII.92

²⁷³ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 236.

²⁷⁴ Ciceron, M. (2004). *El orador, op. cit.* § XXVIII-97

mayúsculas, es decir, de esa oratoria que el auditorio contempla y admira, que pocas personas alcanzan. Esta oratoria es poderosa porque logra remover las emociones, arrancar las viejas opiniones y lograr adhesión hacia propuestas innovadoras. Cicerón²⁷⁵ reconoce que, de los tres estilos, es el más arriesgado porque esta pasión desbordante puede dar lugar a grandes desprecios. A la persona oradora sencilla le basta con hablar de modo inteligente y educado para que le declaren buena oradora, a la persona templada le basta con mostrar su natural elegancia. Pero el orador vehemente, si no tiene mucho cuidado será tachado de loco y excéntrico. Un orador apasionado debe controlar su verborrea para hablar con tranquilidad, reposo y orden cuando la causa lo exija, y habrá ocasiones en las que su estado emocional alterado le hará parecer una persona rara o ebria, especialmente cuando el auditorio no esté propenso a emocionarse. Cicerón²⁷⁶ señala que la persona que logre dominar el arte retórico sabrá cambiar de estilo en función de la ocasión y la materia. El estilo sencillo permitirá definir y explicar las cosas embrolladas, aclarar y diferenciar los conceptos jurídicos. El estilo templado despertará la simpatía que despiertan las personas moderadas, prudentes, cultas y elegantes. El estilo vehemente logrará mostrar en toda su grandeza los valores más elevados y los crímenes más terribles. Por tanto, aunque cada persona se sienta más identificada con un estilo que con otro, debe intentar dominarlos todos en la medida de lo posible. El propio Cicerón, conocido por su vehemencia, explica que intentó utilizar el estilo más conveniente a cada ocasión.

Quintiliano²⁷⁷ explica en sus *Instituciones* que a Cicerón le criticaron enemigos que presumían de hablar en estilo ático, pero que en realidad se expresaban de manera árida y aburrida. Esas personas no podían tolerar, en opinión de Quintiliano, «el gran golpe de luz» de la oratoria ciceroniana. En opinión de Quintiliano el modo en el que usamos la palabra, nuestro estilo, dice mucho sobre nuestro carácter ya que detrás de cada estilo hay una virtud: el estilo sencillo se corresponde con la inteligencia, el vehemente con la pasión y el templado con la elegancia. En un alegato forense, dice Quintiliano²⁷⁸, lo ideal sería hacer uso de los tres. Así, la narración de los hechos y los fundamentos de derecho se harán en estilo

²⁷⁵ Ibid. § XXVIII-99

²⁷⁶ Ibid. § XXVIII-101

²⁷⁷ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, op. cit. § XII-X-II

²⁷⁸ Ibid. § XII-X-III

sutil; el estilo medio permitirá dar elegancia, dulzura y credibilidad al discurso; y el estilo vehemente logrará tocar el corazón de la persona juzgadora, dando voz a las víctimas asesinadas, o al pueblo indignado. Quintiliano señala que, aunque los tres son necesarios, si tuviera que decantarse por uno, escogería el vehemente. Los tres dan lugar a belleza, pues la persona oradora de estilo sencillo habla con agradable brevedad y procurando ser clara; la persona oradora de estilo templado puede alcanzar una dulzura como la de la miel, que es la mayor dulzura que se puede imaginar; pero la persona de estilo vehemente resulta grandiosa, como un torrente de la nieve que se derrite en el invierno, afluente en sus palabras y apasionada en sus expresiones. Sin embargo, recuerda Quintiliano, la retórica no se reduce a estos tres estilos; estos solo son una clasificación posible, pero en la oratoria real habrá más de tres estilos y también habrá personas oradoras que tengan cosas de varios. La persona oradora no debe elegir un solo estilo, sino hacer uso de las características de todos, según lo exijan las circunstancias²⁷⁹.

Quintiliano explica que hay una idea falsa pero muy extendida que sostiene que al pueblo le gustan los discursos pseudo-profundos, pomposos, que pretendiendo ser libres y apasionados resultan locos y excéntricos, que introducen reflexiones inapropiadas para la ocasión, e incluso expresiones zafias. Quintiliano dice que a veces vemos que discursos de este tipo obtienen aplausos y admiración, pero que, cuando se enfrenta a estos discursos con otros que son mejores, el pueblo elige a los mejores. Dice tajante, «son muchos los que aprueban lo malo, mas ninguno desaprueba lo que es bueno»²⁸⁰. Los buenos discursos del estilo vehemente son grandiosos, pero no desmesurados; fuertes, pero no temerarios; serios, pero no pesados ni convencionales; entusiastas, pero no frívolos; y completos, pero sin vistoso relleno. El discurso vehemente debe huir de la excentricidad²⁸¹.

Agustín de Hipona²⁸², que fue especialista en retórica, desarrolló algunos aspectos de la teoría ciceroniana de los tres estilos. Considero que las reflexiones de este filósofo son especialmente interesantes para comprender mejor el estilo templado que es el que resulta menos claro en las explicaciones de Cicerón y Quintiliano. El de Hipona señala que el estilo templado destaca por su estructura cadenciosa y apunta que

²⁷⁹ Ibid. § XII-X-IV

²⁸⁰ Ibid. § XII-X-IV

²⁸¹ Ibid. § XII-XI-I

²⁸² De Hipona, A. (1958). Sobre la doctrina cristiana, *op. cit.* Libro IV. p. 41

el estilo vehemente no se distingue del templado por el mayor uso de adornos, ya que ambos pueden utilizar la misma cantidad de recursos retóricos; la diferencia entre ambos radica más bien en que el discurso vehemente es más apasionado. El discurso vehemente admite los recursos, pero también puede presentarse sin ellos, «ya que, llevado de su propio ímpetu, si le sale al encuentro la belleza de la expresión, la arrebatada por la fuerza de las cosas, mas no la toma por el afán de adornarse». Es decir, que no elige las palabras buscando la belleza, sino la expresión de las emociones. Explica Agustín de Hipona que si una persona valerosa escoge una espada en el ardor de la batalla no lo hace porque sea preciosa, sino porque es una espada. Algunos de los recursos que suele tener un discurso apasionado son las antítesis, las gradaciones y el control del ritmo mediante incisos y aceleraciones. Pero un discurso desprovisto de recursos puede ser igualmente emocionante²⁸³. Por eso el filósofo sugiere que, cuando tengamos dudas sobre si un discurso pertenece a un estilo o a otro, hemos de preguntarnos si su rasgo más llamativo es la inteligencia, si lo es la elegancia o lo es la pasión. Eso nos permitirá saber si es un discurso sencillo, templado o vehemente²⁸⁴.

El de Hipona aconseja mezclar los estilos para lograr mantener la atención del auditorio. El estilo vehemente, dice, requiere excitación de ánimo, y eso no puede mantenerse durante mucho tiempo. Por eso, de los tres estilos, el vehemente es el que debe utilizarse durante un tiempo más breve, y el sencillo es el que se puede escuchar durante más tiempo. El estilo vehemente deberá intercalarse con los otros dos estilos, pero al clasificar el estilo del discurso le designaremos el que más haya marcado el discurso²⁸⁵.

El principio de un discurso debe ser sencillo o moderado, ya que el énfasis del estilo vehemente servirá para resaltar las cuestiones importantes, y cuando se traten cuestiones difíciles de comprender debe usarse el estilo sencillo. Por su parte, el estilo moderado se utiliza para elogiar, y el vehemente para condenar o movilizar a la acción. Una persona oradora puede brillar en cualquier estilo, de modo que de una persona que logre el entusiasmo del auditorio no hemos de pensar automáticamente que utiliza el estilo vehemente. Reconoceremos el estilo vehemente más bien por el logro de efusivos aplausos y por las lágrimas del

²⁸³ Ibid., p. 44.

²⁸⁴ Ibid., p. 50.

²⁸⁵ Ibid., p. 51.

público²⁸⁶. El estilo vehemente es el que puede lograr que una persona que tiene claro que desea hacer algo, salga de la sala queriendo hacer otra cosa muy distinta. Pero, en opinión del de Hipona, no se debe despreciar la capacidad del estilo sencillo que, mediante la paciente enseñanza, puede cambiar las vidas de las personas. Con respecto al estilo moderado, de gran poder estético, también logra transformar las acciones del auditorio mediante su aire ritual. Los tres estilos logran persuadir, pero la vía por la que se logra esa persuasión es distinta en cada caso²⁸⁷.

Desde mi punto de vista puede ser muy interesante asociar estas reflexiones sobre la teoría de los tres estilos con la clasificación aristotélica de las tres vías de la persuasión. Recordemos que Aristóteles distingue el *logos* (la razón), el *pathos* (las emociones) y el *ethos* (el carácter ético). Señala el de Hipona que el estilo sencillo deja al auditorio con la sensación de que lo que oye es la verdad (esto se correspondería con la vía persuasiva de la razón), el estilo vehemente hace sentir al auditorio que debe actuar de la manera que dice el discurso (vía persuasiva de las emociones). El poder del templado, dice el de Hipona, es más complejo. El discurso templado resulta bello y elegante, pero ¿para qué sirve eso? La persona oradora nos parece agradable, ya sea por su dulzura, por su humildad, por su cultura, o por la belleza que transmiten sus palabras. Es decir, hay unas cualidades que nos resultan agradables y que se ponen de manifiesto en el discurso, y este nos mueve a imitarlas o a promoverlas (vía del carácter)²⁸⁸. Podría decirse que el estilo sencillo es el que se dirige a la razón, el vehemente a la pasión y el templado a despertar nuestra simpatía o a inspirar nuestro respeto; pero en realidad un mismo discurso perseguirá los tres fines²⁸⁹.

²⁸⁶ Ibid., p. 53.

²⁸⁷ Ibid., p. 54.

²⁸⁸ Ibid., p. 55.

²⁸⁹ El estilo sencillo puede resultar también entretenido, como ocurre cuando su ingenio sorprende a la persona adversaria y tritura su error, cuando demuestra que es falso lo que parecía irrefutable, y todo ello lo hace con gracia no rebuscada, sino natural, y con una armonía, no afectada, sino nacida de lo expuesto. Un discurso sencillo puede despertar aclamaciones. Por otro lado, la descripción que procura ser fiel a la realidad no es propiedad exclusiva del estilo sencillo, sino que también se emplea en el estilo moderado y en el vehemente, ya que la verdad logra simpatías y conmueve. Lo mismo ocurre con el cultivo de las virtudes del carácter, no debe ser propiedad exclusiva del estilo moderado. Los defectos de la persona oradora mancharán el discurso vehemente y el sencillo, y sus virtudes le beneficiarán, sea cual sea su estilo. Ibid., p. 56.

CAPÍTULO 4

LA ÉTICA DE LA VIRTUD FRENTE A OTROS MODELOS ÉTICOS

1. ENCONTRAR UNA ALTERNATIVA A LA VISIÓN GERENCIAL DEL DERECHO

Imaginemos una cena navideña del despacho para el que trabajamos, o un acalorado debate en el aula de la facultad de derecho, (podemos imaginar la reunión de juristas que nos resulte más familiar). Entonces alguien nos dice algo como lo que sigue: «Deja de hablar de palabras vacías como la moral y los derechos humanos. Es mejor evitar conversaciones interminables que no conducen a ninguna parte. Hablemos de hechos, de lo concreto: lo que existe son los ganadores y los perdedores. La abogacía consiste en ganar. La abogacía es un trabajo que sirve para ganar dinero, para gastarlo en el tiempo libre como mejor te parezca. Cuando lo tengas en el bolsillo ya tendrás tiempo para filosofar (o para ver telenovelas). Nuestro trabajo es satisfacer a la clientela. Ese es el único camino inteligente».

La persona que habla así, sin saberlo representa el rol de un personaje clave de la cultura contemporánea, al que MacIntyre²⁹⁰ denomina «el gerente». Se trata, como digo, de un personaje clave porque a través del

²⁹⁰ MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. Barcelona: Austral. p. 56 y ss.

mismo se plasman en el mundo social los valores morales²⁹¹ de nuestro tiempo. El gerente considera que es ilusoria la distinción entre relaciones sociales éticas y manipuladoras; trata los fines como algo dado, como algo que queda fuera de su perspectiva, ya que cree que su trabajo es técnico y que consiste en transformar unos materiales en un producto, en aplicar su experticia para generar beneficios; considera que su actuación queda al margen de consideraciones morales. El gerente se ve a sí mismo como una figura incontestable; y lo peor es que muchas personas le ven también así, como baluarte de la razón. La persona «gerente» dice hablar solo de hechos, de medios. Se considera alguien pragmático cuya eficiencia laboral es susceptible de medida.

El «gerente» justifica su egoísmo sobre una tesis que constituye un lugar común de nuestro tiempo: los desacuerdos sobre valores tienen un carácter interminable. Según este tópico no existe un modo racional de llegar a un acuerdo moral en nuestra cultura. Pongamos que a un lado habla una persona liberal, y al otro replica una socialista; o que a un lado se expresa una persona católica, y al otro lado una atea. Todas ellas debaten, no sobre los hechos del mundo físico, sino sobre el modo adecuado de conducirse, o sobre si debe aprobarse una ley. Se considera que estas argumentaciones son inconmensurables, que llega un punto en el que no cabe continuar con el debate. Alguien cree una cosa y otra persona cree la contraria.

Sin embargo, MacIntyre resalta otro rasgo de nuestro tiempo que es esperanzador: cuando las personas debaten hablan como si tuvieran razón no se limitan a decir «esta ley debe aprobarse porque yo quiero», ni «tenemos que comportarnos así porque esa es mi creencia», sino que pretenden decir «eso es lo mejor objetivamente, eso es lo más racional». Este dato nos conduce a pensar que los debates no son un mero choque entre voluntades antagónicas, o entre opciones arbitrarias. Incluso si pensamos que los debates no intercambian argumentos racionales, habremos de admitir que la gente se impone como «disfraz universal» un barniz

²⁹¹ A lo largo del presente trabajo he utilizado en múltiples ocasiones los términos «ética», «moral» y «razón práctica». Los he utilizado como términos sinónimos. MacIntyre hace un somero seguimiento del devenir histórico de las palabras «ética» y «moral» que justifica la porosidad de los términos empleada por mí aquí. MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud, op. cit.* cfr.

de objetividad moral²⁹². Perelman²⁹³ explica que una de las grandes cuestiones de la teoría del derecho ha sido la de si es posible hablar desde la razón acerca del ámbito valorativo de la justicia. El positivismo jurídico consideró que solo era posible un uso científico de la razón, y no un uso práctico. Sin embargo, la tradición aristotélica sostuvo que la razón tenía cabida en todos los campos de la acción humana, como la ética, la política y el derecho.

El problema de la tesis escéptica es, según Perelman, que los debates sobre valores quedan reducidos a un juego de factores irracionales, y por tanto, a la fuerza y la violencia. Añado a lo dicho por Perelman que la tesis positivista deja el campo abierto para las tesis del gerente, que está deseoso de dividir el mundo en una batalla entre «fuertes» y «débiles». De golpe, añade Perelman, la educación y las teorías éticas no se consideran más que ideologías, y se equiparan a los intereses egoístas y a los mensajes capciosos. La justicia, la equidad, el bien común o el concepto de lo razonable se vuelven altamente sospechosos, palabras vacías²⁹⁴. Y sin embargo, la filosofía posterior a la segunda Guerra mundial, ha mostrado que no existe esa ciencia prístina, que no existe ese uso puro de la razón que se opone a la sucia razón práctica. Y es que las ciencias naturales no pueden constituirse sin una visión valorativa del mundo que permite seleccionar lo que se considera importante y descartar lo irrelevante. Así lo puso de manifiesto Kuhn en su famosa obra *La estructura de las revoluciones científicas*²⁹⁵, en la que sostuvo que la investigación científica se inserta dentro de una visión del mundo y una metodología que contiene juicios de valor y que da lugar a las teorías, las clasificaciones y las palabras usadas por la ciencia. Las ciencias no podrían existir sin criterios que permitan seleccionar unas hipótesis frente a otras. Por tanto, rechazar la posibilidad de debatir racionalmente sobre valores supone considerar que todo el conocimiento es arbitrario e irracional, incluso el científico.

No estoy proponiendo el regreso a la tesis del derecho natural de que es posible encontrar en la naturaleza unos principios inequívocos sobre el modo en que el ser humano debe comportarse. Pero sí niego

²⁹² MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 56 y ss.

²⁹³ Perelman, C. (1979), *op. cit.*, p. 149.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 150.

²⁹⁵ Kuhn, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica. cfr.

la concepción positivista del derecho que lo concibe como conjunto de leyes desprovistas de contenido valorativo y que se limitan a expresar la voluntad arbitraria de un poder soberano. Una persona juzgadora no puede considerarse satisfecha con indicar en qué ley se ha basado para tomar la decisión, sino que se espera también que exponga porqué esa decisión es justa o razonable. Aquí podemos preguntarnos si un juez debe decidir de acuerdo con sus propias apreciaciones morales, por ejemplo, preocupándose por las personas pobres y manteniendo una actitud severa con las privilegiadas, aunque ello implique dejar de lado la ley, la jurisprudencia y la doctrina. También podemos preguntarnos si el celo activista de esa persona juzgadora justifica que adopte la decisión que siente que es justa, incluso si no es capaz de explicar de modo coherente porqué es así. Perelman²⁹⁶ sostiene que la razón práctica implica ir más allá del mero subjetivismo y apelar a la comunidad jurídica, mediante una solución susceptible de ser aceptada por su carácter equitativo y razonable. Esto implica referirse al orden jurídico compartido y fundamentar la solución en el mismo, a partir de un material muy flexible y complejo formado por normas, jurisprudencia, principios generales del derecho nacional e internacional.

Hay que buscar, no una mera conformidad literal con el derecho, sino una conformidad profunda, atenta a los más hondos principios de justicia que son la razón de ser de todo ordenamiento jurídico²⁹⁷. Esta es la tesis de una parte significativa de la teoría del derecho (con Llewellyn²⁹⁸ o Dworkin²⁹⁹ entre otras voces) que, desde la teoría del derecho, ha producido un cambio de paradigma desde el positivismo hacia visiones hermenéuticas del fenómeno jurídico. En esta línea, Esser³⁰⁰ señala que ningún sistema establecido puede decir a la judicatura cómo interpretar el derecho en el caso concreto. La judicatura no puede ceñirse únicamente a los métodos de escuela como la interpretación literal, sistemática, histórica y teleológica; sino que se orienta por sus nociones de justicia atendiendo a la naturaleza del problema. Esto es imprescindible en el

²⁹⁶ Perelman, C. (1979), *op. cit.* 103.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 110.

²⁹⁸ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. Barcelona: Bosh. cfr.

²⁹⁹ Dworkin, R. (1980). ¿Es el derecho un sistema de normas? In R. Dworkin (Ed.), *La Filosofía del derecho* (pp. 75-127). México D.F.: Breviarios Fondo de Cultura Económica. cfr.

³⁰⁰ Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Barcelona: Bosch. cfr.

derecho, porque solo así es posible que las motivaciones de la decisión muestren el carácter razonable de la solución, insertándola dentro del sistema jurídico. A diferencia de lo que sostiene el positivismo, una solución justa no es simplemente la conforme con la ley, pues es raro que exista una sola manera de interpretar las leyes. Los juicios de valor relativos a la solución son, según Esser, la guía dominante de la judicatura; y no puede considerarse, como pensaba el positivismo jurídico, que los juicios de valor sean elementos extrajurídicos. Dichos juicios de valor, juicios sobre el carácter justo de las soluciones, están en el corazón mismo de las decisiones jurídicas. No obstante eso no implica que las decisiones descansan en el arbitrio de la subjetividad judicial, pues la ética jurídica es intersubjetiva. El proceder judicial denota que la judicatura no desempeña simplemente un papel jurídico, sino que realiza también un papel político, que es el de armonizar el ordenamiento jurídico con las ideas de justicia de la comunidad; para lo que, en opinión de Perelman³⁰¹, tienen un papel esencial los principios generales del derecho.

Con la creciente importancia de los principios generales del derecho, ha desaparecido la contraposición que trazaba el positivismo jurídico entre el derecho positivo (mundo de los hechos) y los valores éticos. Ya no cabe sostener que la razón se circunscriba, al modo de las ciencias naturales, al mundo de los hechos; es indispensable que la razón jurídica se adentre en los valores, que forman parte del sistema jurídico y del razonamiento judicial. Ciertamente es que este giro hermenéutico del derecho no es unánime y hay quienes sostienen que el razonamiento jurídico no debe tratar de dialogar sobre valores con la comunidad. Cass Sunstein³⁰² sostiene que una de las virtudes de la estructura normativa del derecho es que puede haber acuerdo sobre una norma, por ejemplo, sobre una que dice que la gente tiene que mostrar que gana menos de una cierta suma de dinero para acceder a una prestación de la seguridad social; pero es muy posible que la gente no tenga una teoría sobre quién merece qué. Es posible que en el derecho convivan personas con visiones teóricas distintas, o que no tengan ninguna teoría, o que encuentren aburridas o difíciles las disputas teóricas. La gente puede pensar que un supuesto es análogo a otro y que está cubierto por la misma norma, sin plantearse por qué esa norma es correcta. Para Sunstein, el carácter normativo del derecho fomenta el pluralismo y permite que el derecho evolucione con

³⁰¹ Perelman, C. (1979), *op. cit.*, p. 116.

³⁰² Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: OUP. p. 37 y ss.

el tiempo, mientras que un sistema jurídico demasiado teorizado resulta rígido e impide que los cambios morales tengan su trasunto en el derecho. Las teorías no deben ser, para Sunstein, un trabajo judicial, sino una tarea política que se produce en un contexto deliberativo.

En mi opinión la tesis de Sunstein no es posible en un derecho en el que los principios generales son la fuente que ha de informar a todo el ordenamiento jurídico; de hecho, aunque en demasiadas ocasiones las y los operadores jurídicos operen de manera irracional, fundamentando sus decisiones de modo superficial; me parece que una sociedad «pluralista» como la que Sunstein plantea sería distópica. «Pluralismo» no significa que exista un derecho fundamental a proponer tesis sin fundamentación. Vega Reñón³⁰³ llama a eso «falacias de cultura democrática». Nadie puede negarse a fundamentar una tesis alegando que en democracia todas las opiniones son iguales. El pluralismo no puede convertirse en un pretexto para cerrarse al diálogo. El respeto al pluralismo implica más bien lo contrario: esforzarnos para que las demás personas nos comprendan, es decir, presumir que tal vez sean seres inteligentes. Remitirse robóticamente a una norma, sin realizar ni un mínimo esfuerzo de fundamentación racional, dista mucho de ser respetuoso con el pluralismo.

Claro que hay algo de cierto en la tesis de Sunstein: las teorías nos atan. Eso es precisamente lo que dice la hermenéutica, que las personas estamos constituidas por nuestra educación, por las teorías e ideas que asumimos, por nuestra biografía y nuestra cultura. Pero la manera de enfrentarse a eso es tomar conciencia de que somos seres culturales y de que debemos tomar las decisiones con apertura a lo distinto. Oponerse a las teorías (cultura, en definitiva) no es una buena solución. Tampoco lo es intentar dejar a la teorización en manos de la esfera parlamentaria y desproveer al derecho cotidiano de reflexiones teóricas. Y, además, esto último no es posible, en primer lugar porque la apertura y la interconexión de los conceptos jurídicos lo impiden, y en segundo lugar porque la cultura surge en todas partes de manera espontánea, y el derecho también es cultura. Las teorías y valores de la comunidad no son patrimonio exclusivo de los Parlamentos y ni siquiera parece que estos representen hoy en día un papel de catalizadores del diálogo filosófico de la comunidad acerca de los valores éticos de la misma.

Volviendo a la pregunta que da pie a este capítulo, ¿cómo es posible la legitimidad del derecho en un mundo desencantado?, ¿es posible la

³⁰³ Vega, L. (2003), *op. cit.*, cfr.

ética en el derecho más allá del iusnaturalismo? Esta es la gran pregunta de la hermenéutica jurídica. La pregunta que queremos responder para hacer frente al «gerente», antes de que este declare alegremente la muerte de la filosofía y el triunfo de la ley de la selva; es decir, el triunfo de la abogacía del «todo vale». Como señala Nava Tovar³⁰⁴, aunque muchas veces la oposición al positivismo se identifique con el derecho natural, esto no tiene porqué ser así. Fuera del positivismo hay más filosofías además del derecho natural. Esas filosofías pueden ayudarnos a ubicar a los valores dentro del derecho.

Puede que estemos de acuerdo con que los valores son necesarios y deseables para la sociedad, pero tal vez pensemos que el gerente no va desencaminado con su tesis de que los valores no tienen nada que ver con el trabajo cotidiano de una persona juzgadora o de la abogacía. Sin embargo un análisis empírico de la argumentación judicial mostrará la presencia de los valores en el día a día del lenguaje jurídico. Sabemos, por tanto, que los valores forman parte del lenguaje jurídico; y deseamos promover la justicia en el derecho. Pero aceptamos que el gerente tiene razón al constatar que, cuando hablamos de cuestiones jurídicas, existen muchas visiones del mundo que parecen irreconciliables entre sí. Ante este hecho, la pregunta que debemos hacernos, según Atienza, es la de si es posible que articulemos una noción de lo racionalmente aceptable que toda la ciudadanía pueda compartir a pesar de no coincidir en sus visiones del mundo ni en sus concepciones del bien³⁰⁵.

Por consiguiente, nos preguntamos: ¿es posible alcanzar un acuerdo sobre lo razonable a pesar de nuestras distintas visiones del mundo? Las tesis relativistas³⁰⁶, muy comunes en nuestros días, niegan la mayor: los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos y no existe ningún método racional desde el que evaluarlos. Lo cierto es que el relativismo moral está profundamente incorporado a nuestra cultura. Como sostiene MacIntyre³⁰⁷, para evidenciar la presencia del relativismo en la sociedad, hoy hablamos como si este fuese verdadero. Afirmamos, por ejemplo,

³⁰⁴ Nava, A. (2015), *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁵ Atienza (2013), *op. cit.*, p. 352.

³⁰⁶ Considero necesario advertir que no pretendo realizar un análisis exhaustivo de las corrientes filosóficas mencionadas en este y en los siguientes apartados. La finalidad de este recorrido por las concepciones éticas es la de contextualizar la propuesta ética del presente trabajo, que es la de la ética de la virtud y su concreción en lo que podría llamarse «retórica de la virtud».

³⁰⁷ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 19 y ss.

que una persona puede elegir, si quiere, ayunar, y que puede hacerlo por razones de salud o religiosas. Esta afirmación presupone que la autoridad última de los sistemas morales radica en un acto de elección. Pongo otro ejemplo que ilustra esta tesis: hablamos como si diese igual comer carne, que adoptar el vegetarianismo, y como si, eligiendo el vegetarianismo, fuese equivalente hacerlo porque nos desagrada el sabor de la carne, porque la carne es cara, por motivos de salud, religiosos, ecológicos, por empatía hacia los animales o simplemente por capricho. Decimos: es cuestión de elección. Y con eso creemos zanjar al debate. Hemos llegado a un punto de conflicto irresoluble.

2. EL UTILITARISMO GERENCIAL

El utilitarismo, presente en la visión gerencial del derecho, reduce la moral a una relación entre medios y fines, de modo que reconduce los problemas morales a problemas técnicos. La cuestión sería localizar el medio que más nos acerque a un fin predeterminado. Las decisiones se plantean como alternativas que son juzgadas por su utilidad en relación con la consecución del fin. Lo relevante no es el valor ético de cada una de esas alternativas, sino su valor instrumental. El fin, en el caso de la visión gerencial del derecho, puede ser tan rampante como enriquecerse o ganar pleitos. El abogado gerencial alegará que las discusiones sobre la justicia no conducen a ninguna parte y que lo único que ofrece cierta certeza en el derecho es que alegando determinados argumentos probablemente logremos una lucrativa victoria. El utilitarismo gerencial se convierte, de este modo, en un aliado impagable del relativismo moral.

Sin embargo el utilitarismo, en sus comienzos, surgió como una teoría ética que intentaba poner freno al relativismo moral. Así, para el utilitarismo de Bentham³⁰⁸ la moral no es relativa, dado que lo justo es aquello que revierte en placer y lo injusto lo que produce dolor, no a un individuo sino al mayor número de personas. Por tanto deberíamos realizar las acciones que conduzcan a más placer y menos dolor para el mayor número. Stuart Mill³⁰⁹, sin embargo, reparó en el obstáculo principal de la filosofía de Bentham: ¿qué placer, qué felicidad debe guiarme?,

³⁰⁸ Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires: Claridad. cfr.

³⁰⁹ StuartMill, J. (2008). *Sobre la libertad*. (C. Rodríguez, Trans.) Madrid: Tecnos. cfr.

porque hay muchos modos distintos de obtener felicidad y muchos tipos distintos de actividades placenteras. Mill distinguió entre placeres elevados (los que desarrollan la creatividad) y placeres inferiores. Sin embargo la distinción de Mill no resuelve el problema. Podemos ser felices en un retiro espiritual o en la vida aventurera, y ambos tipos de vida parecen inconmensurables, pues no hay escalas con las que medirlas. Apelar a la felicidad y al placer no me dirán qué opción elegir. MacIntyre³¹⁰ señala que, como vemos, el utilitarismo empezó, con Bentham, sosteniendo que existen unos valores morales objetivos y que son susceptibles de comprobación empírica, y acabó con Sidwick considerando, al modo del relativismo moral, que los valores morales representan, en última instancia, una elección personal.

Como señala Perelman³¹¹, el utilitarismo no puede reducir los dilemas morales a un debate técnico sobre los medios más adecuados para lograr un objetivo (dado que no está claro cuál es el objetivo que se persigue). Los esquemas utilitaristas que parten de una noción restrictiva del placer resultan simplistas porque dan una explicación biologicista de las personas. Hay, como hemos visto, modelos utilitaristas que parten de una noción más compleja de las motivaciones humanas y que incluyen el modo en el que la educación y la tradición influyen sobre la felicidad. Pero cuando el concepto de «placer» se vuelve indefinido, el utilitarismo deja de ofrecer una salida técnica (mediante un simple cálculo) a los problemas morales. Solo las versiones más reduccionistas del utilitarismo pueden decirnos con precisión qué debemos hacer en un momento dado, pues solo las versiones más reduccionistas definen claramente qué es «lo objetivamente bueno». Si nos vamos a una visión más compleja de la felicidad de la persona humana deja de estar tan claro que es «lo objetivamente bueno», y por tanto, el utilitarismo deja de ser un método capaz de resolver de modo preciso los conflictos morales más enquistados.

Martha Nussbaum, en su obra *Justicia Poética*³¹² señala que actualmente asistimos al creciente interés, en el derecho, por las doctrinas del utilitarismo liberal del movimiento de teoría del derecho *Law and Economics*. Dicha corriente presume de ofrecer una explicación coherente del comportamiento humano mediante las llamadas «teorías de la elección racional». Nussbaum critica los efectos reduccionistas de estas explica-

³¹⁰ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 50 y ss.

³¹¹ Perelman, C. (1979), *op. cit.*, p. 146.

³¹² Martha Nussbaum. *Justicia poética: imaginación literaria y vida pública*.

ciones economicistas del comportamiento humano. Una muestra del reduccionismo, que la autora crítica, de los modelos utilitaristas de la elección racional es que establecen una sola cosa (por ejemplo, el lucro económico) que varía en la cantidad y que mide el bienestar de todos los seres humanos. En otras ocasiones se establecen muchas cosas valiosas pero un solo tipo de medición que puede dar cuenta de ellas, de modo que la felicidad humana es considerada un concepto mensurable. Los individuos son desposeídos (en el análisis) de su historia vital, de sus circunstancias y sucesos, pues a la medición utilitarista sólo le importa el dato seleccionado (por ejemplo, el nivel de renta). El modelo supone que la racionalidad consiste en la búsqueda, tanto por parte del individuo como de la sociedad, de la mayor cantidad posible de un mismo bien valioso (por ejemplo, dinero o placer). Además, las preferencias no se consideran fruto de la opción personal, sino algo dado, fruto de la economía. Para este modelo todos buscamos lo mismo y la economía puede predecir cómo nos comportaremos. Aquellos que no se comportan de un modo que encaje en el modelo son tachados de irracionales.

Sin embargo, destaca la pensadora, el utilitarismo clásico de Bentham y Sidgwick, a diferencia de las teorías contemporáneas de la elección racional, tenían un profundo interés transformador en el logro de la felicidad de todos los seres humanos. Los utilitaristas clásicos enfatizaban el igual valor de las personas. Ellos querían maximizar la felicidad humana en una suma total, de modo que para una cómoda persona de clase media el utilitarismo suponía mayores dosis de altruismo que para personas más desfavorecidas. Dada su preocupación altruista el utilitarismo clásico tuvo un papel fundamental en los cambios legislativos que permitieron el paso del Estado liberal al Estado social, introduciéndose en la legislación garantías elementales para la dignidad de la vida de los niños y adultos obreros. La teoría utilitarista clásica requiere que cada uno de nosotros nos consideremos como uno más entre todos los seres humanos del mundo, y que no demos preferencia a nuestros amigos y familiares, ni a nuestras metas y proyectos personales. Además, los utilitaristas clásicos no sugerían que las personas se comportasen normalmente de este modo altruista; lo que sugerían era que dicho comportamiento es objetivamente el más racional para el logro de la felicidad global.

Los teóricos contemporáneos de *Law and Economics*, lejos de estas tesis solidarias, sostienen que las personas se suelen comportar de un modo racional que consiste en maximizar su interés individual. Si el altruismo tiene alguna cabida en el modelo, esta es meramente instru-

mental: maximizar mi propia utilidad o satisfacer mis preferencias. Las elecciones altruistas, consideradas para los clásicos paradigmáticas de lo racional, son consideradas irracionales por los contemporáneos.

El reduccionismo explicativo del utilitarismo, incluso en su versión más amable, tiene, según la autora, efectos perniciosos sobre la vida personal y sobre la conducta del teórico utilitarista del derecho. Nussbaum ilustra ese reduccionismo con un artículo de prensa en el que se habla de los regalos de navidad razonando que los regalos en mercaderías son menos eficientes que los regalos en efectivo, y que esta práctica genera cuatro millones de pérdidas al año. El utilitarismo se presenta a sí mismo como una teoría que ofrece datos objetivos, y no fantasías subjetivas; precisión de cálculo en lugar de caóticas distinciones cualitativas; razones y no sentimientos; distancia de un intelecto matemático y no deliberación argumentada y comprometida. El utilitarismo aspira a tomar las decisiones jurídicas mediante medición y ponderación aritmética. Elimina las diferencias cualitativas de los seres humanos para hacerlos encajar en fórmulas. Crea una versión abstracta de las personas que transforma a los obreros en manos y estómagos cuyos destinos pueden calcularse en una pizarra. La sociedad se concibe como un solo gran sistema que fusiona las preferencias de los individuos-números y las convierte en una función matemática.

Dicha corriente presume de aportar una solución pulcra y precisa para todo problema humano. Ordena de forma tabular los datos que considera relevantes e ignora el interior de cada ser humano, con sus luchas, sus dudas, sus emociones, sus esfuerzos de comprensión y su miedo. Dice Nussbaum, tajante, *«si no distinguen en sus descripciones entre una vida humana y una máquina, cabe desconfiar de su pretensión de gobernar una nación de seres humanos»*. En mi opinión la crítica más poderosa que realiza la autora es la de que las teorías economicistas antisentimentales sostienen que los seres humanos actúan siempre movidos por el interés personal, sin motivaciones de amor y altruismo. Así, sostiene Nussbaum, para que todo encaje en la teoría, niegan los actos genuinamente altruistas y fuerzan la interpretación de los mismos para reducirlos a cálculos interesados. Toda la vida, desde el nacimiento hasta la muerte, se analiza toscamente en términos de transacciones. Esto da lugar a un análisis de las personas que, si no de erróneo, puede calificarse de brutal y deprimente. Esta concepción brutal de la humanidad es peligrosa para la formación de los juristas, pues da lugar a jueces y abogados igualmente

brutales, educados en la falta de empatía y en la persecución exclusiva del propio interés y del lucro.

La visión utilitarista del ser humano, continúa la autora, no solo es perniciosa desde un punto de vista ético, sino también corta de miras desde un punto de vista analítico. Un individuo adinerado puede creer erróneamente que los pobres tienen las mismas aspiraciones que él tiene, que quisieran consumir los mismos platos exquisitos que a él le gustan, en una cuchara de oro. Pero tal vez esas personas, que no tienen cubiertas sus necesidades básicas, no ven esos lujos ni siquiera en sus fantasías. Tal vez el teórico utilitarista, encerrado en su propia individualidad inevitable, ignora el modo en que la desdicha condiciona los sueños de los que son más desdichados que él; tal vez es incapaz de imaginar el modo concreto en que la sociedad configura, en vidas muy distintas, la formación del deseo y las aspiraciones. Tampoco comprenderá por qué otros soportan lo que él considera intolerable, sin entender cómo la tristeza cercena la rebeldía. Aunque el utilitarismo clásico se preocupa por el dolor de las personas, resulta difícil comprender el dolor si no se lo sitúa en un contexto social específico y en una vida concreta. La mirada del utilitarismo economicista está limitada por el objetivo de buscar determinados datos específicos que pueda introducir en su esquema. Quiere eludir el sentimentalismo y por ello usa un lenguaje distante, contundente, que pretende ser realista e imparcial, de una simplicidad sintáctica que puede llegar a la dureza. En tiempos recientes hemos asistido en todo el mundo a reformas educativas que apuesta fuertemente por los saberes instrumentales, posibilitadores de aprovechamiento industrial. Frente a dicho fenómeno, la autora reivindica las éticas de contenidos, vinculadas a los saberes humanísticos y artísticos.

3. LAS ÉTICAS DISCURSIVAS Y CONTRACTUALISTAS

Las éticas discursivas constituyen actualmente la respuesta más secundada a los excesos del relativismo moral. La popularidad de estas éticas es muy significativa en el ámbito de la teoría del derecho. La gran virtud de estas éticas es su esfuerzo por mostrar que hay unas respuestas morales que son más razonables que otras. Esta demostración se hace sin apelar a la intuición, es decir, sin señalar que la moral correcta es evidente por sí misma. Las éticas discursivas rehúyen también de las versiones de intuicionismo refinado, como el del utilitarismo clásico de Bentham (que

considera que lo placentero, lo bueno para la persona, es algo evidente). En lugar de localizar lo razonable en la intuición, las éticas discursivas lo sitúan en el debate intersubjetivo. Final del formulario

Habermas³¹³ principal exponente de este punto de vista, considera que no todos los juicios morales son iguales, sino que son más racionales aquellos que aspiran a la universalidad. Según Habermas, el criterio que nos permite diferenciar los mejores juicios morales es el de que todas las personas con las que yo pudiera entablar un diálogo (incluyendo a todas las personas que han existido y existirán) pudieran estar de acuerdo conmigo.

Alexy³¹⁴ explica que esta noción de acuerdo es criticable, ya que no se puede conseguir el acuerdo de todas las personas, porque las personas fallecidas no pueden dialogar y no sabemos en qué sentido se hubieran pronunciado. Habermas intenta salvar estas dificultades considerando que solo puede considerarse racional un consenso ideal basado en el principio de universalidad (o generalizabilidad). Nótese las semejanzas entre la propuesta habermasiana y la kantiana. Imaginar este hipotético consenso racional nos permite alcanzar soluciones éticas que todo el mundo pueda querer. El tipo de normas que todo el mundo pudiera querer es el de las que cumplen la característica de generalizabilidad, es decir, las que satisfagan necesidades que sean aceptables por todas las personas. El consenso racional sería aquel al que llegaríamos mediante la situación ideal de diálogo, en la que no se diesen coacciones que interfirieran sobre la comunicación libre e igualitaria³¹⁵.

Desde mi punto de vista la propuesta de Habermas es más trascendental que intersubjetiva, en el sentido de que su criterio para elegir un buen juicio ético radica en una determinada noción de la razón (razón imparcial y abstracta) más que en la indagación de los valores comparados con otras personas o en la práctica de un diálogo real. Martínez

³¹³ Habermas, J. (1989). Teorías de la verdad. In *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra.

³¹⁴ Alexy, R. (1989), *op. cit.*, p. 120 y ss.

³¹⁵ Habermas establece una serie de reglas del buen diálogo: 1. Todos los participantes, por igual, pueden iniciar un discurso, replicar, preguntar y responder.

2. Las opiniones anteriores pueden ser cuestionadas y criticadas.

3. Todos los hablantes pueden expresar sus opiniones, sentimientos e intenciones.

4. Todos los hablantes pueden, por igual, ordenar, oponerse, permitir, prometer, rendir y exigir cuentas. Habermas, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus. cfr.

García³¹⁶ considera que la postura habermasiana coincide con la kantiana del contrato social en que ambos presuponen un consenso que no es dato sociológico, sino que puede permanecer en el ámbito de la especulación. La lógica del contrato, para Kant³¹⁷, radica en la instauración de la lógica del «como sí». Habermas³¹⁸, en esta línea, considera que el fundamento de la validez de una norma no es un consenso empírico resultado de la negociación, sino un consenso racional, que exprese una voluntad racional. En conclusión, Habermas plantea un procedimiento racional que promete alcanzar soluciones morales razonables y, por tanto, discriminar entre varias tesis morales opuestas, desmintiendo el «todo vale» de la sociedad contemporánea.

Considero que la ética discursiva, al igual que la ética kantiana, de corte trascendental, y comparte con la ética kantiana virtudes y vicios. Entre las virtudes compartidas por la teoría kantiana y la habermasiana se encuentra la preocupación por poner freno a la racionalidad instrumental o utilitarismo gerencial. En «La paz perpetua» Kant rechaza a los políticos que se autodenominan «prácticos» y que sostienen que defender la paz supone creer en ideales vacuos y que, por tanto, lo mejor que pueden hacer los políticos y los Estados es centrarse en promover sus propios intereses, aunque sea por medio de la guerra. Kant considera que esos políticos son los que hacen imposible el progreso con tal de defender sus negocios, sacrificando al pueblo (y al mundo entero) en pro de su provecho. Kant considera que esta mentalidad «práctica» es muy propia de la formación en derecho que tienen la mayoría de los políticos. Los juristas, según Kant, no suelen reflexionar sobre la legislación, sino que se esfuerzan por cumplirla, pues toda constitución vigente les parece perfecta. Cuando las normas cambian siguiendo los procedimientos válidos, a los juristas les parecen estupendas las nuevas normas, pues responden al orden mecánico del mundo que están consagrados a defender. Kant señala que el ser humano es mucho más complejo de lo que los juristas creen y que es capaz de más altruismo del que prevé la perspectiva jurídica de la racionalidad, que procede mediante leyes coactivas y no comprende la libre actuación racional. Tras criticar varias

³¹⁶ MartínezGarcía, *op. cit.*, p. 176.

³¹⁷ Kant, I. (1986). En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica». In *Teoría y Práctica*. Madrid: Tecnos. p. 37.

³¹⁸ Habermas, J. (1986). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu. p. 131.

estrategias políticas que muestran la inmoralidad del practicismo, Kant reivindica que el comportamiento ético se base en principios y no en un esquema de medios y fines.

Kant considera que el esquema de medios y fines presenta importantes limitaciones para orientar el comportamiento, dado que siempre habrá dudas sobre qué estrategia nos conducirá mejor hacia un fin. Kant considera más seguro el camino de actuar siempre de modo coherente con principios, tratando de acercarnos lo máximo posible a su realización según los dictados de la prudencia. Por tanto, es el deber moral de actuar de acuerdo con principios, y no el interés propio, el motivo de la acción moral. Kant señala que cuando enfatiza la noción de deber moral no se está refiriendo a aplicar nuestras normas de conducta con el máximo rigor, sino a tratar a los demás dignamente, sin dejarnos llevar por pasiones irracionales. Hemos de considerar a las demás personas como seres inteligentes y racionales, y no como máquinas vivientes cuya conciencia es un suplicio. Los políticos y los juristas no deben pensar que tienen derecho a usurpar la conciencia y la razón del pueblo. Kant señala que actuar por deber implica comportarnos de acuerdo con este sean cuales sean las consecuencias que de ello se deriven, sin tratar de obtener provecho o de evitarnos perjuicios.

Kant desarrolla una ética trascendental dirigida a fomentar que se trate a cada sujeto como un fin en sí mismo³¹⁹. Consideró que cabe un uso práctico de la razón, es decir, que no todas las afirmaciones morales valen lo mismo. Para Kant, es bueno tratar a las personas como fines en sí mismas, y es malo tratarlas como instrumentos manipulables. En ética hemos de apelar a criterios impersonales de validez que nos permitan discernir cuándo estamos actuando de modo acorde con principios de justicia. El relativismo sostiene que no es posible apelar a criterios impersonales, dado que no existen criterios impersonales. Desde el punto de vista relativista, las personas siempre intentamos atraer a las demás hacia nuestros sentimientos y preferencias, de modo que siempre son medios y nunca son fines en sí mismas. Kant sostiene que el yo es capaz de abstraerse de las circunstancias particulares, de olvidar incluso su propia identidad para pensar de modo imparcial. Como señala MacIntyre³²⁰, esta ha sido la esencia de la ética para la filosofía kantiana y para la

³¹⁹ Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe. cfr.

³²⁰ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 19 y ss.

filosofía analítica. Ser un agente moral consiste en salirse de todas las situaciones de las que el yo forma parte, de todas las características que cada persona posee, y de hacer juicios desde un punto de vista universal y abstracto, libre de todo condicionamiento sociocultural. Es en el yo, y no en los papeles y prácticas sociales, donde se localiza la actividad moral. Kant, por tanto, piensa que no todos los juicios morales valen lo mismo. Los buenos juicios morales son los que adoptaría una persona racional; y como la racionalidad se concibe como algo imparcial y abstracto, no condicionado por las circunstancias particulares de cada cual, es previsible que las conclusiones de cualquier persona racional sean las mismas. La razón kantiana solo puede aceptar principios que sean universales, incondicionados, y lógicamente consistentes. Estas condiciones son necesarias para que tales principios puedan ser mantenidos por todas las personas, independientemente de sus circunstancias sociales, culturales o momentáneas. El imperativo categórico, en sus distintas formulaciones, es un procedimiento que trata de plasmar esta concepción de la razón.

Hay varias críticas que se han dirigido a la ética transcendental kantiana y que son perfectamente extrapolables a la ética discursiva habermasiana. MacIntyre³²¹ señala que, en la ética kantiana, las soluciones racionales son tan universales como las reglas de la aritmética. Kant no dudó ni por un momento que las soluciones éticas más racionales eran las mismas que había aprendido de sus padres, como la de decir siempre la verdad, cumplir las promesas, y la de no cometer suicidio. En esta línea, Nussbaum³²² ha criticado esta visión kantiana de la razón, que se concibe como algo descontextualizado. El agente kantiano reflexiona de manera solitaria, es adulto, con una determinada capacidad intelectual, y no posee necesidades corporales, ni necesita asistencia para desenvolverse. Su razón actúa de manera imparcial, desprovista de emociones. La dignidad humana en Kant radica en la autonomía moral e, ignora por tanto, la naturaleza dependiente de muchos momentos de la existencia humana, así como la ubicación corporal y sociocultural de la razón. En conclusión, estos dos autores señalan que Kant considera que los mejores juicios morales son aquellos que pasan un test racional. El problema de la concepción kantiana es que su concepto de racionalidad se basa en la capacidad de abstraerse de la propia identidad para alcanzar una suerte de mirada universal. El relativismo moral puede acusar a Kant,

³²¹ Ibid., p. 19 y ss.

³²² Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós. cfr.

con razón, de enmascarar sus propias nociones éticas heredadas tras un manto de imparcialidad y objetividad.

Estas críticas dirigidas a la ética transcendental kantiana se han dirigido también a otras propuestas contemporáneas basadas en la noción de «acuerdo». Este es el caso de la teoría de Rawls³²³, que intenta construir un procedimiento que nos permita alcanzar un acuerdo moral razonable. Su procedimiento, como el de Kant y el de Habermas, se basa en las ideas de imparcialidad y de universalidad. Rawls propone que los principios de justicia deben ser aquellos que escogería una persona racional «situada tras un velo de la ignorancia», de manera que no supiera qué lugar le va a corresponder en la sociedad, es decir, cuál será su clase social, su profesión, sus talentos, su concepto del bien o los objetivos de su vida, ni tampoco en qué tipo de orden económico, político, cultural o social vivirá. Rawls sostiene que cualquier persona racional en estas condiciones de imparcialidad decidiría de modo justo.

Martínez García³²⁴ señala que el contrato social de Rawls es más una metáfora de la razón que un verdadero diálogo entre voluntades. Los resultados de la posición original no cambiarían si, el lugar de varias partes en la discusión, lo ocupara solo un individuo, ya que el «velo de la ignorancia» manifiesta en realidad a la persona en general, privada de todo particularismo. Rawls señala, en la *Teoría de la justicia*, que «podemos contemplar el acuerdo en la posición originaria desde el punto de vista de una persona seleccionada al azar»³²⁵. En opinión de Martínez García el contractualismo clásico, del que Rawls es heredero, siempre fue una teoría más racionalista que intersubjetiva. Para Hobbes³²⁶, la destreza de hacer los Estados descansa en las normas, que se asemejan a las matemáticas, y no en la práctica solamente. Rousseau³²⁷, por su parte, sostiene que a quien desobedezca a la voluntad general debe forzarse a ser libre

³²³ Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica. p. 103 y ss. Aquí recojo algunas críticas dirigidas contra el Rawls procedimentalista de la *Teoría de la Justicia*, y no entro a valorar el carácter procedimentalista o culturalista del Rawls de obras posteriores. Para un análisis pormenorizado acerca del alejamiento de Rawls de los prámetros del beneficio mutuo, ver: Salguero Salguero, M. (2011), «Limitaciones del contractualismo y dimensión transnacional de los derechos humanos», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. n° 28. México. pp. 39-67.

³²⁴ Op. cit., p. 177

³²⁵ Op. cit. Rawls. p. 166.

³²⁶ Op. cit., p. 170.

³²⁷ Rousseau, J. (2005). *El Contrato Social – Discursos*. Buenos Aires: Losada. 26.

por exigencias de la razón. Estas piruetas del racionalismo son las que permiten resultados tan asombrosos como que al obedecer al derecho cada uno se obedece a sí mismo (Rousseau), o afirmar que la fuerza del derecho no vulnera la libertad, dado que niega la negación de la libertad y, por tanto, la afirma (Kant). En realidad, apoyándose solo en la lógica del diálogo entre voluntades no puede sostenerse que un pacto obligue a generaciones posteriores, a no ser que se fuerce un poco el argumento, apoyándose en una suerte de aceptación tácita, continuamente renovada o implícita en ciertos actos³²⁸.

El carácter transcendental de la teoría de Rawls se percibe también en su concepción de los individuos, que se entienden de modo uniforme, sin lazos sociales ni morales que pudieran limitar la imparcialidad de su razonamiento y sin identidad biográfica, ni una concepción ética aprendida acerca del bien, ni acerca de la vida buena. Cualquier idea culturalmente aprendida sobre lo que sea la vida buena de las personas debe ser olvidada en el momento de reflexionar sobre lo justo. MacIntyre³²⁹ señala que el procedimiento de Rawls, al igual que el contractualismo de Hobbes³³⁰ y Locke³³¹, parte de una concepción de la sociedad como colección de personas desconocidas, autónomas entre sí y con intereses no interrelacionados. Estas personas razonan sin limitaciones derivadas de vínculos familiares o comunitarios. El contractualismo, afirma MacIntyre, considera que el surgimiento del orden social se produce, idealmente, gracias a un acto voluntario de individuos potencialmente racionales que se preguntan a sí mismos ¿en qué tipo de contrato social con las demás personas es razonable que yo entre?

La concepción liberal de la persona, que está implícita en la teoría de Kant, de Habermas y de Rawls, según la crítica de MacIntyre³³², parte de una persona que se da a sí misma su propia ley. Es su aislamiento lo que le impone la carga de un intenso trabajo de deliberación moral, porque reniega de todo concepto de lo bueno que proceda de su contexto, reniega de las normas sociales y de las virtudes que admira la sociedad en la que

³²⁸ MartínezGarcía. Op. cit., p. 177.

³²⁹ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 300 y ss.

³³⁰ Hobbes, T. (2012). *Leviatán*. In J. Hernández (Ed.), *Tratado sobre el ciudadano. Leviatán. Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo*. Madrid: Gredos.

³³¹ Locke, J. (1994). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, Trans.) México: Gernika.

³³² MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 314 y ss.

vive, así como de los sentimientos compartidos de la comunidad que configuran la comprensión social de lo valioso y lo bueno. Este individuo del liberalismo se arranca a sí mismo del mundo, de la narrativa vital en la que aprendió desde la infancia interiorizando fines y propósitos, de un sentido de la vida al que aspiró con anhelo, desarrollado en el seno de la comunidad. La persona ilustrada se enfrenta a la comunidad social de la que forma parte y, de manera casi heroica, quiere inventar por sí misma la moral, transformándose si es necesario en una razón pura, al despojar a su propia identidad de todo cuanto esté contaminado por la tradición. Nussbaum³³³ critica que en el contractualismo de Rawls cada parte persigue sus propios intereses (a pesar de que desconozca qué posición ocupará en la sociedad), las partes son presentadas como preocupadas nada más que en sí mismas, ya que no tienen vínculos familiares ni de amistad, y no tienen tampoco ningún sentimiento benevolente, ni ninguna concepción teórica, que les conduzca a perseguir la justicia. Rawls quita las concepciones de justicia de las partes contratantes, pero introduce una concepción de justicia de modo implícito en el procedimiento: el velo de la ignorancia está dirigido por el ideal sustantivo de la imparcialidad. Nussbaum critica la concepción reduccionista del contractualismo: las personas que firman el contrato son racionales y capaces de formarse juicios críticos (de modo que no son firmantes las personas con discapacidades mentales graves), el concepto de racionalidad del que se parte, además, se construye en oposición al de emociones y al de corporeidad (las partes no son físicamente dependientes, no están en la primera infancia, ni en la más vulnerable tercera edad). Son partes, en esencia, desprovistas de necesidades y vulnerabilidades corporales y afectivas. Es una razón que ni siente ni padece, caracterizada por una imparcialidad fría, más propia, señala la autora, de seres de ciencia ficción que de personas humanas.

Esa noción de racionalidad, de raíz kantiana, explica Nussbaum, no tiene en cuenta la naturaleza social de las personas³³⁴. Piensa a las perso-

³³³ Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós. cfr.

³³⁴ Frente a un contractualismo al que podríamos llamar «procedimental puro» Nussbaum recupera, desde su fundamentación culturalista y no teológica, lo mejor de la tradición iusnaturalista. Manuel Salguero Salguero reflexiona sobre la cooperación social fundamentada sobre la idea de la dignidad de la persona, sin necesidad de recurrir a las teorías del beneficio mutuo. Estas ideas, señala el filósofo, estaban presentes en precontractualistas y contractualistas como Grocio, Pufendorf, Hooker, Locke o Rousseau. Manuel Salguero Salguero. «Los deberes del vínculo social en la filosofía jurídica

nas como iguales en medios y en capacidad, debatiendo entre sí libres de coacciones. Pero lo cierto es que en el mundo hay numerosas relaciones asimétricas en distinto grado, cosa que saben muy bien las mujeres, que han ejercido históricamente el rol de cuidadoras, en la enfermedad y la dependencia. La mayor parte de las personas es dependiente en algún grado, depende de otras personas para vivir, para mantener su trabajo, y todas las personas hemos dependido completamente de otras durante nuestra primera infancia. Nussbaum defiende que las personas seguimos siendo plenamente humanas aunque no seamos esos seres inmovilbles e imparciales que parece imaginar la ética del discurso. Teniendo en cuenta estos aspectos podríamos considerar reduccionista a una concepción ética que gire sobre la idea de la racionalidad del agente moral, así como sobre la idea de un discurso libre de coacciones y de influencias emocionales. Tras el racionalismo humano que defiende Kant, según Nussbaum, hay una determinada concepción de la naturaleza humana, que privilegia la racionalidad científica (y la posesión de determinadas capacidades intelectuales), como capacidad de la que emana lo valioso o digno de las personas. La racionalidad crítica, autónoma e imparcial de Kant es el fundamento del respeto a las demás personas. Esto resulta excluyente para las personas que no encajan en dicho modelo de racionalidad (pensemos en discapacidades psíquicas graves) y que, sin embargo, deberían ser respetadas independientemente de sus capacidades.

La crítica principal a la ética trascendental de Habermas y Rawls radica en que ambos dan a sus sistemas filosóficos un aire técnico, de neutralidad valorativa, como si consistiesen en procedimientos asépticos que podrían haber surgido en cualquier tiempo, en cualquier sociedad. Sin embargo, sus teorías dan como resultado reglas morales sospechosamente parecidas, que coinciden con la moral social dominante de nuestro tiempo (condensada en los derechos humanos y en la democracia representativa). Esto mismo ocurrió con el imperativo categórico kantiano, que daba lugar a conclusiones como que el matrimonio y la familia eran bienes a proteger, que las promesas deben cumplirse, etc. Pero lo que más denota que sus teorías no son meros procedimientos asépticos es que, como señala MacIntyre³³⁵, se basan en una determinada concepción

de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y John Locke». En AA.VV. *Una Filosofía del Derecho en Acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los Diputados. Madrid. 2015. pp. 933-956.

³³⁵ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 314 y ss.

de la naturaleza humana vinculada al carácter universal e imparcial de la razón. En opinión de Nussbaum³³⁶, estas teorías procedimentalistas (que formulan un procedimiento capaz de conducirnos a juicios morales correctos) ponen el carro antes que el caballo; es decir, desean llegar a los derechos humanos y a la democracia, pero ponen por delante un procedimiento, que se presume vacío de contenidos. Y, subrepticamente, diseña de modo valorativo el procedimiento de modo que produzca cómo resultado los principios éticos que se esperan.

Las éticas procedimentales tienen en común que la presunta garantía de sus conclusiones radica en la imparcialidad y en la universalidad de la razón. La garantía del carácter ético no radica en la coherencia de las decisiones con determinados contenidos que son fruto de la historia (como los derechos humanos), y el carácter ético de sus decisiones tampoco se basa en que posean del consenso social. La garantía última de las decisiones éticas, en este modelo ético, radica en la capacidad de la razón individual y especulativa de alcanzar soluciones correctas (siempre que actúe de manera lógica e imparcial, sin dejarse contaminar por pasiones). Considero que el énfasis en el procedimiento y en el uso científico de la razón, paradójicamente, conduce a las éticas de matriz transcendental a un hermanamiento con el utilitarismo gerencial al que se enfrentan. Hoy vemos que una versión extrema de la ética discursiva intenta vaciar a los problemas jurídicos de contenidos, emociones e ideologías para someterlos a unos algoritmos y procedimientos capaces de generar principios universales. Se confía en que la validez jurídica y la aplicación de criterios universales serán suficiente garantía de las buenas decisiones. En argumentación jurídica asistimos a esta curiosa paradoja cuando el modelo de ponderación de Robert Alexy (importante teórico de la ética discursiva en el derecho) se intenta aplicar como si fuese una fórmula matemática capaz de ofrecer resultados apodícticos a los problemas éticos más intrincados que se presentan ante los tribunales. El propio Alexy asiste estupefacto a este giro inesperado de su teoría, profundamente antigereñal. Pero no olvidemos que la ética kantiana también fue utilizada por los más terribles aplicadores históricos de la racionalidad gerencial dando lugar a una deformación teórica conocida como el «imperativo categórico del Tercer Reich» (asunto que trataré luego brevemente). Tal vez cabría afirmar, con Adorno, que la racional-

³³⁶ Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós. cfr.

dad científica ilustrada contiene el germen de la más oscura racionalidad instrumental.

4. ÉTICA DE LA VIRTUD

Las éticas de la virtud (areté) constituyen una atractiva propuesta ante la búsqueda de lo razonable en el terreno moral. A diferencia del utilitarismo, dichas éticas se enfrentan con contundencia a la afirmación gerencial de «el fin justifica los medios». Las éticas aretaicas enfatizan la importancia de la coherencia moral y promueven la construcción de un carácter ético. Frente a las éticas de matriz trascendental, las éticas de la virtud toman en serio la comunidad pues reniegan del uso especulativo y solitario de la razón práctica. La tradición aretaica se remonta a la antigüedad clásica y fue defendida por célebres filósofos como Aristóteles, los estoicos, Cicerón y Quintiliano. Continuó siendo el punto de vista hegemónico hasta la modernidad y ha resurgido en nuestros días con insignes impulsores como MacIntyre y Nussbaum. Ambos toman a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles³³⁷ como punto de referencia.

El problema ante el que se sitúan las éticas de la virtud es el del relativismo moral: si no hay un criterio racional que diferencie lo moral de lo inmoral, podríamos afirmar que «todo vale», que cualquier comportamiento es válido. Las éticas aretaicas consideran que sí existe un criterio racional capaz de delimitar lo ético. MacIntyre³³⁸ señala que las nociones de lo bueno y lo malo son configuradas por la sociedad y que, por tanto, un comportamiento moral sí puede evaluarse racionalmente poniéndose en relación con las nociones sociales. La sociedad posee nociones acerca de la calidad de la vida humana y de las características de una existencia digna. Además de esas nociones sobre la vida digna, la sociedad posee nociones concretas sobre cómo se manifiesta esa plenitud vital en los distintos papeles sociales que desempeñamos. En la vida social desarrollamos una serie de papeles como miembros de una familia, ciudadanas y ciudadanos, o intelectuales, y en cada una de esas funciones sociales hay criterios de excelencia socialmente establecidos. Las personas ya llegamos al mundo inmersas en roles sociales que establecen lo que es una

³³⁷ Aristóteles. (1970). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos. cfr.

³³⁸ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 82 y ss.

vida plena, y por mucho que queramos, no podemos salirnos de todos esos patrones y concebirnos como una identidad previa y separada de todo rol social.

MacIntyre³³⁹ señala que llamar bueno a un reloj es decir que es la clase de reloj que escogería cualquiera que quisiera un reloj que midiera el tiempo con exactitud, y no para echárselo al gato. Del mismo modo, llamar a una persona «buena» es expresar que hace lo que se supone que debe hacer una persona en esa situación, de acuerdo con un determinado ideal. Por tanto, dentro de una tradición, dentro de un determinado ideal, las proposiciones morales pueden ser designadas verdaderas o falsas. Esto significa que, dentro de una tradición (y siempre estamos dentro de tradiciones), sí es posible decir que algo es moralmente mejor que otra cosa. Hoy en día continuamos hablando como si los juicios morales fuesen verdaderos, por ejemplo cuando decimos «es terrible que ese hombre haya asesinado a su novia». Nadie dudaría de que determinadas acciones son malas, pero cuando hablamos de filosofía moral sostenemos que no es posible afirmar que un juicio moral sea verdadero, es decir, sostenemos que la moral es cuestión opinable. MacIntyre³⁴⁰ señala que todos los roles sociales y también las prácticas (pensemos en el juicio ante un tribunal de justicia) implican modelos de excelencia (por ejemplo, la idea de la imparcialidad judicial). Los modelos de excelencia pueden cambiar, porque están sujetos a la historia, pero no podemos iniciarnos en una práctica sin asumir ciertos modelos de excelencia. Esta noción valorativa de las prácticas sociales e institucionales, se opone a la del individualismo liberal que, según MacIntyre, percibe la comunidad como un terreno neutral y desprovisto de concepciones valorativas, en el que cada «individuo» persigue el concepto de buen vivir que ha elegido por sí mismo, y las instituciones políticas se limitan a proveer el orden que hace posible la actividad autónoma; para el liberalismo el derecho es neutral en términos éticos y la ley ha de ser obedecida como garantía del mantenimiento de la neutralidad en la que cada persona es libre de vivir a su modo.

La ética aretaica sostiene, por consiguiente, que un juicio moral sobre una acción requiere una remisión a ideas sobre lo bueno que proceden de la sociedad. Solo remitiéndonos a esas concepciones sociales podemos hablar de objetividad o razonabilidad, dado que no existe «lo bueno

³³⁹ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 90 y ss.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 189 y ss.

universal» y, por tanto, no existen procedimientos o técnicas especulativas que nos permitan alcanzarlo. Lo objetivo y lo bueno son nociones intersubjetivas.

Las éticas aretaicas se oponen al utilitarismo en un aspecto que resulta crucial para comprender el sustrato filosófico de dichas éticas. Para las éticas aretaicas son centrales las ideas de carácter y coherencia. Esta cuestión se entenderá mejor con un ejemplo: La sociedad considera que la paz es algo bueno. Un utilitarismo gerencial podría manifestarse a favor de una guerra si dicha guerra fuese útil para el logro posterior de la paz. En cambio, la ética aretaica considera que las acciones no son medios para lograr un fin (paz), sino que son plasmaciones de ese fin. Dado que la paz es considerada algo bueno, las personas deben adoptar un comportamiento pacífico. Iniciar una guerra con fines estratégicos violaría la coherencia del carácter pacífico que se considera virtuoso en una sociedad que valora la paz.

Este es el sentido de la noción de «virtud». Las virtudes no son habilidades o capacidades instrumentales que nos acercan a un fin, sino que son manifestaciones de un modo de vida socialmente valioso. En la ética aristotélica las personas humanas alcanzan su plenitud mediante el ejercicio de las virtudes morales. Las virtudes no son los medios para alcanzar la plenitud, sino que el ejercicio de las virtudes humanas constituye la realización de la misma. Por tanto, la felicidad humana, la vida óptima, no es una idea abstracta, sino que consiste en acciones cotidianas³⁴¹. Una ética de la virtud aporta una visión compleja de la vida digna y plena, así como del papel que ocupan en la sociedad determinadas posiciones sociales como la judicatura o la abogacía. Por eso las jurisprudencias de la virtud (éticas de la virtud que se aplican a los operadores jurídicos) no han de leerse como listados de capacitaciones o habilidades que mejorarán la actuación profesional, sino como concreciones de un ideal ético e intelectual en la praxis de una profesión concreta. En este trabajo presento un ideal humanista de relevancia histórica que enfatiza el compromiso ético de las profesiones jurídicas y promueve su enriquecimiento cultural.

El lugar de las emociones

Un interesante componente de las éticas aretaicas es el lugar que ocupan en ellas las emociones. En el modelo kantiano la moral consiste

³⁴¹ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 188 y ss.

en seguir una norma por deber y contra nuestra voluntad, es decir, contra nuestras inclinaciones emocionales. Sin embargo, en el modelo aristotélico, actuar virtuosamente requiere actuar desde una inclinación emocional educada gracias al cultivo de las virtudes; ello implica que la educación moral es una «educación sentimental». Las virtudes aceptadas como modelo de excelencia de una comunidad enseñan qué clase de acciones nos harán, simultáneamente, felices y buenas personas. Las éticas de la virtud, por tanto, minimizan el rol del deber porque consideran que la actuación verdaderamente virtuosa es la de la persona que actúa de un modo coherente con sus deseos. Este punto de vista resulta más relajado y menos trágico que uno que conciba la vida como la constante lucha contra los propios deseos. Además debe tenerse en cuenta que actuar de modo contrario a las emociones puede llegar a ser peligroso. Aquí voy a hacer un somero inciso para dar cuenta de las terribles consecuencias que una ética basada en un deber contrario a las propias emociones, los propios intereses y el propio sentido común puede tener.

Hannah Arendt explica que, durante el nazismo se extendió una interpretación distorsionadora del pensamiento kantiano, debida a Hans Frank, que decía «compórtate de tal manera, que si Hitler te viera aprobara tus actos» y a la que se denominaba «imperativo categórico del Tercer Reich». Arendt aclara que esta no fue nunca la intención de Kant, porque para él toda persona es legisladora desde el instante en que comienza a actuar. Pero también es cierto, sostiene Arendt, que en el espíritu de Kant hay un importante énfasis en la interiorización del deber, en hacer a la voluntad coincidente con la ley, y eso dio lugar a lo que Eichmann (alto funcionario nazi, encargado de la Solución Final) llamó la versión de Kant «para uso casero del hombre sin importancia». Como acertadamente señala Arendt, la filosofía kantiana, en su excesiva focalización en la noción de deber, puede ser fácilmente malinterpretada y resultar peligrosa para la acción moral. Felipe González Vicén sostiene que según Kant el derecho positivo no es algo cuya obligatoriedad dependa de un fin determinado de justicia o felicidad común, sino que la obligatoriedad responde a que procede de un orden necesario, que es condición de posibilidad del ejercicio de la libertad y, por tanto, de la acción moral. Por eso, para Kant el cumplimiento del derecho es un deber moral, pues la moral es un orden abierto en el que pueden incluirse obligaciones procedentes de otros sistemas normativos, tan solo con hacer de su cumplimiento motivo en sí del obrar. Para Kant obrar de acuerdo con el derecho no es meritorio moralmente, pero actuar moti-

vado por los principios del derecho sí es meritorio moralmente. La moral ordena observar sagradamente el derecho y es una exigencia de la moral, según Kant, convertir en máxima de conciencia lo que dice el derecho.

Destaca Arendt que, en los países civilizados se presupone que la voz de la conciencia dice a todos «no matarás», aun cuando los deseos naturales de las personas les induzcan a veces al crimen; sin embargo, la ley de Hitler exigía que la voz de la conciencia dijera a todos «debes matar», aun cuando los normales deseos de la mayoría de las personas van contra el asesinato. Expresa Arendt «el mal, en el Tercer Reich, había perdido aquella característica por la que generalmente se le distingue, es decir, la característica de constituir una tentación. Muchos alemanes y muchos nazis, probablemente la inmensa mayoría, tuvieron la tentación de no matar, de no robar, de no permitir que sus semejantes fueran enviados al exterminio (que los judíos eran enviados a la muerte lo sabían, aunque quizá muchos ignoraban los detalles más horrendos), de no convertirse en cómplices de estos crímenes al beneficiarse de con ellos. Pero, bien lo sabe el Señor, los nazis habían aprendido a resistir la tentación».

Las emociones, en las éticas aretaicas, permiten que el comportamiento moral se aleje del racionalismo frío de las éticas deontológicas, utilitaristas o transcendentales. Las personas no tienen que luchar contra sus inclinaciones para cumplir con el deber moral impuesto por la sociedad y tampoco tienen que hacerse fanáticas de la idea abstracta del deber (aunque cabe una ética de la virtud basada en el estoicismo antisentimental de alguien que sacrifique sus deseos en pro del deber cívico). Para la ética de la virtud lo que determina que un comportamiento sea bueno es que se ajuste a un modelo de excelencia que establece la sociedad y esto podría conducirnos a pensar que tenemos que forzar nuestro comportamiento incluso cuando no estemos de acuerdo con uno de los roles sociales que la sociedad nos ha atribuido. La primera idea que quiero destacar en relación con esta cuestión es que la asunción de una ética de la virtud (salvo en determinadas interpretaciones que no suscribo) no supone plegarse a los mandatos sociales que nos oprimen.

La crítica a los valores sociales desde la hermenéutica

Al indagar la cuestión de la crítica individual a los roles sociales en un modelo comunitario como el que formulo resulta interesante remitirse a la filosofía hermenéutica de Gadamer³⁴², en su obra *Verdad y método*,

³⁴² Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme.

ya que él se inspira en gran medida en la ética aristotélica de la virtud. La filosofía de Gadamer nos enseña que las personas siempre estamos inmersas en un contexto cultural, es decir, que llevamos con nosotras el legado de la educación recibida, de nuestra biografía, nuestro momento histórico, nuestra procedencia geográfica y también el legado de nuestro lenguaje. A veces un aspecto de nuestra cultura puede resultarnos una carga (por ejemplo cuando queremos romper con un rol que nos atribuye nuestro contexto social y que nos resulta opresor), pero eso no significa que todo lo procedente de la cultura sea malo. Al contrario de lo que sostiene la ilustración, es imposible desprenderse de todos los elementos culturales que nos hacen ser quienes somos. No podemos convertirnos en una especie de razón incorpórea y sin historia, ni podemos mirar nuestra propia vida desde fuera para analizarla e identificar todo aquello de lo que queremos desprendernos.

Lo cierto es que, sin ideas previas y sin un punto de vista (siempre parcial) sería imposible comprender algo nuevo. Tomar conciencia de que nuestra identidad está formada en gran medida de cultura, nos sirve para identificar aquellos elementos de la misma de los que queremos desprendernos. Las personas vivimos en un constante círculo hermenéutico en el que nos abrimos a nuevas situaciones que cuestionan aquello que hemos sido hasta el momento. Del diálogo emerge, constantemente, una nueva identidad que va componiendo la narración de nuestra vida.

Gadamer advierte que, incluso en los cambios más tumultuosos, es mucho más lo que persiste que lo que se transforma; pero también señala que la apertura a las nuevas ideas es lo que nos permite comprendernos. Por eso, precisamente, los modelos de excelencia que vienen acompañados por virtudes son una buena manera de comenzar un cambio. La modificación de los hábitos de nuestra vida permite alterar las emociones y da lugar, poco a poco, a una transformación de la identidad. Las emociones no son violentadas bruscamente, sino orientadas mediante el hábito hacia la expresión de los anhelos de la identidad. Las emociones educadas tenderán a corresponderse con aquello que queremos ser. Por tanto, si un rol social nos oprime, un buen modo de salir de la situación es configurar un nuevo modelo de excelencia moral mediante la indagación en los espacios periféricos de la cultura. La apertura, el diálogo con lo otro (y con lo excluido) es la clave en la hermenéutica de Gadamer.

Esta idea nos conduce a una segunda cuestión, ¿cómo puedo saber, en una sociedad compleja, cuáles son las morales sociales existentes? la respuesta gadameriana radicaría en una actitud de continua apertura al

diálogo. El diálogo nos permitirá indagar en la sociedad para comprender los modelos de excelencia moral en los que cree. La hermenéutica es un modelo intersubjetivo que, desde mi punto de vista, ofrece varias ventajas con respecto a un modelo discursivo procedimental. En primer lugar, se abre al diálogo real. Eso significa que no nos vale eso de imaginarnos qué solución sería la mejor según un criterio de universalidad. La hermenéutica nos exige exponernos a las ideas que están fuera, exponernos a que esas ideas transformen nuestras ideas previas (incluso aquellas más arraigadas que formaban parte de nuestra identidad).

En segundo lugar, parte de una visión cultural de la persona humana. Esto significa que acepta que las respuestas que alcance cada persona serán distintas, ya que no existe una racionalidad imparcial desde la que interrogarse. Pero esto no implica que la moral sea subjetiva. Cada punto de vista es, más bien, una perspectiva que forma parte del horizonte de la moral social. Nadie puede vislumbrar dicho horizonte en su totalidad.

En tercer lugar, el modelo hermenéutico sostiene que los diálogos tienen estructura narrativa. Los diálogos no siempre son entre personas, pues puede que una persona dialogue con un texto escrito o con un hecho vital. Lo característico del diálogo es que una persona se abre, desde su horizonte previo, a un elemento nuevo que se integrará con su narración vital, transformándola y transformándose. El diálogo nunca concluye, porque la vida humana tiene estructura narrativa. Nunca se alcanza un resultado definitivo. La estructura narrativa del diálogo implica que no existe ningún procedimiento y no existen reglas que puedan regular todas las posibles situaciones de diálogo. En este sentido, toda propuesta de reglas responderá, en última instancia, a un determinado modelo de excelencia humana. No hay un procedimiento que pueda capturar, inmaculada, la moral social. El procedimiento siempre condiciona el resultado.

Los modelos de excelencia humana, ¿una cuestión biológica?

Una interesante pregunta que podemos formularnos es la de si lo que se considere ético depende por completo de los parámetros morales de nuestra comunidad o si hay determinadas actividades que se consideran universalmente buenas por particularidades de nuestra biología (sabemos que Aristóteles vinculaba su modelo de la excelencia humana a una teoría biológica). MacIntyre³⁴³ señala que la persona biológica sin cultura es un mito, no conocemos a otra persona humana distinta de

³⁴³ MacIntyre, A. (2013), *op. cit.*, p. 280 y ss.

aquella cuyo placer y cuya necesidad están vinculados a la cultura y las virtudes que construye.

Considero que para enfrentarnos al relativismo moral no es necesario defender una tesis biologicista o naturalista del comportamiento humano. Es suficiente con encontrar una descripción cultural acerca del bienestar humano. La filosofía republicana, señala MacIntyre, se basa en una noción de este tipo. El republicanismo es heredero más de la filosofía romana que de la griega y toma como referente a las repúblicas italianas del humanismo renacentista. Lo fundamental de esta tradición es la noción de un bien público, previo y susceptible de caracterizarse de manera independiente a la suma de deseos individuales. La virtud individual estriba en permitir que el bien público modele el propio carácter. Las virtudes serían las disposiciones que lo permiten. El republicanismo³⁴⁴ representa el intento de restaurar la tradición clásica, pero desprovista del científicismo de la ética aristotélica. El republicanismo fue una de las teorías que dio lugar al paradigma de los derechos humanos ya que estaba presente en el lema jacobino «libertad, fraternidad e igualdad», que recogían el legado aristotélico del concepto de amistad y el cristiano de amor al prójimo, orientando la acción individual hacia el cumplimiento de los deberes cívicos que expresan el amor a la comunidad.

La moral cultural y la labor judicial

La ética de la virtud se aparta del relativismo, pues sostiene que no todas las soluciones morales son igualmente válidas. Este punto es importante para el derecho porque, como sostiene Alexy³⁴⁵, el derecho no queda suficientemente legitimado si las decisiones de los tribunales se basan en valoraciones arbitrarias, carentes de fundamento racional. El Derecho, dado que sus decisiones operan con valores morales, necesita una teoría sobre la razonabilidad de las decisiones morales. El componente valorativo de las decisiones judiciales no debe quedar en manos de las convicciones subjetivas de las personas aplicadoras.

Si el poder judicial no puede decidir de modo subjetivo en cuestiones valorativas ¿debe ajustar las decisiones a los valores de la comunidad?, se pregunta Alexy. Como estamos viendo, los paradigmas intersubjetivos (como la ética discursiva y la hermenéutica de la virtud) sostienen que sí. Pero entonces ¿qué ocurre cuando las valoraciones de la colectividad

³⁴⁴ Ibid., p. 286 y ss.

³⁴⁵ Alexy, R. (1989), *op. cit.* 28 y ss.

sean diversas?, ¿cuáles debe seguir la persona decisora? Podríamos sostener que deben regirse por las opiniones especializadas, como las de la doctrina jurídica o los valores consagrados en la jurisprudencia, pero en esos ámbitos también es frecuente la discrepancia y además habría que justificar por qué el criterio de las y los juristas es más importante que el de la ciudadanía. Se ha sostenido, señala Alexy, que se ha de recurrir al sentido interno de las valoraciones del ordenamiento, comprendido este de modo holístico. Aunque los valores que centrales de la constitución no nos aportan soluciones unánimes, hay bastante acuerdo en torno a que estos valores deben inspirar la decisión a tomar, al igual que los puntos de vista de la comunidad social.

Atienza³⁴⁶ considera que las personas que participan en la deliberación pública, deben someter sus propuestas a un escrutinio racional, de modo que, como señala Rawls, impera un deber de civilidad consistente en que se debe apelar a valores públicos asumidos por la comunidad. En opinión de Atienza, la persona juzgadora debe elegir de acuerdo con los valores de la comunidad. Apoyarse en la moral social permite que la decisión sea persuasiva, lo cual es fundamental en la motivación de las decisiones. Además, los criterios socialmente mayoritarios están vinculados a la idea de democracia: decidir como la mayoría preferiría que se hiciese es un saludable ejercicio de democracia. Alexy también sostiene esta idea, y considera que los tribunales supremos y constitucionales deberían decidir de modo acorde al sentir ciudadano, y no limitarse a perpetuar una visión legalista de la democracia.

Sin embargo, esta tesis se encuentra con el problema que plantea Greenawalt³⁴⁷ de que no puede sostenerse que la determinación de la moral cultural nos conduzca a respuestas determinadas para cada caso. La moral cultural no tendrá una opinión para todos los temas, dado que suele estar dividida. Pongamos que la mayoría de la gente apoyase la pena de muerte, pero no así las personas expertas en el tema, las personas que conocen su funcionamiento a fondo ¿podemos considerar que la moral cultural apoya la pena de muerte?, ¿cómo de grande tiene que ser un grupo disidente para que consideremos que la moral social está dividida?, ¿cuentan todas las personas lo mismo o unas cuentan más que otras?, ¿cómo diferenciamos la moral presente de la del pasado

³⁴⁶ Atienza, M. (2013). *op. cit.*, p. 559 y ss.

³⁴⁷ Greenawalt, K. (1992). *Law and Objectivity*. Oxford: OUP. p. 118 y ss.

reciente? Por tanto, como vemos, determinar la moral social no es mera descripción.

Parece que esto nos conduce a la conclusión de que no podemos auxiliarnos de la moral social para buscar un criterio ético objetivo, de modo que, si deseamos enfrentarnos al relativismo moral del «gerente» no nos queda más remedio que buscar procedimientos racionales que nos permitan alcanzar soluciones muy concretas, al modo de Kant, Habermas o Rawls. Sin embargo, tal vez esas conclusiones sean precipitadas ¿de verdad no existe un acuerdo social claro en términos morales?, hoy en día no puede afirmarse esto ya que las constituciones y textos internacionales recogen un corpus ético que ha logrado amplio consenso mundial. Hablo, claro está, de los derechos humanos.

Una objeción que podría hacerse al paradigma de los derechos humanos es la de que carecen de fundamentación y, por tanto, no pueden constituir una moral racional. Tal vez en el pasado podía ser satisfactoria una fundamentación religiosa, que considera que los derechos están dados por una autoridad trascendente; pero hoy no puede serlo. Lo mismo ocurre con la fundamentación intuicionista que parece traslucir en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que sostiene que los derechos son autoevidentes para todas las sociedades y en todos los tiempos, que todas las personas sentimos que ciertas cosas vulneran la dignidad humana y que todas las personas intuimos ese vínculo que existe entre los seres humanos dada nuestra semejanza. Es cierto que dichas fundamentaciones ya no resultan convincentes, pero por suerte contamos con fundamentaciones más solventes. Los derechos pueden considerarse un triunfo de la historia humana, un patrimonio teórico universal que aspira a mejorar las vidas de todas las personas y que refleja lo mejor de la reflexión humana puesta al servicio de la dignidad.

La filósofa Nussbaum³⁴⁸ muestra que, tras los derechos humanos, hay un ideal del bienestar humano. Nussbaum no intenta, a diferencia de los modelos procedimentalistas, encontrar un procedimiento moral que nos conduzca a una carta de derechos humanos. Ella toma como punto de partida esos derechos humanos y considera que cualquier procedimiento político ha de valorarse en función de si logra hacerlos efectivos o no. Los procedimientos no deben ponerse por encima de la meta. La justicia está en el resultado, y el procedimiento es bueno en la medida en que promueve ese resultado. Critica a las doctrinas procedimentales

³⁴⁸ Nussbaum, M. (2012), *op. cit.* cfr.

por poner «el carro delante del caballo», la autora afirma que lo más importante para la justicia es la calidad de vida de las personas, y por lo tanto vamos a rechazar cualquier procedimiento, por más elegante que sea, que no promueva esa justicia. La autora apela, como fundamentación de los derechos, a la larga tradición cultural que se remonta a Aristóteles, entre otras variadas contribuciones históricas.

En el modelo aristotélico las personas se conciben como seres culturales y políticos que presentan una profunda realización en las relaciones sociales. Nussbaum señala, siguiendo a Aristóteles, que constaría imaginarse a una persona humana fuera de la sociedad, ya que las personas desean vivir conjuntamente y quieren vivir bien, de acuerdo con parámetros justos. A pesar de que la autora apoya parcialmente su teoría sobre una idea de la naturaleza humana, su fundamentación no es naturalista sino culturalista. Nussbaum considera que la naturaleza social de las personas humanas incorpora sentimientos morales como la compasión (que incluye el convencimiento de que el bien de las demás personas es una parte importante del bien personal), pero es consciente de que los derechos humanos no pueden deducirse a partir de la constatación de esas motivaciones altruistas ya que el altruismo opera de manera desigual. No obstante Nussbaum considera debemos tener en cuenta parcialmente esa naturaleza social de las personas de cara a idear un ideal de la vida digna.

La filósofa considera que las personas son animales sociales y políticos, cuyo fin es irreductiblemente social, ya que comparte fines complejos con otras personas. El bien de las demás personas no es una mera limitación en la persecución del propio bien, sino que forma parte del mismo. Frente a la visión kantiana, la racionalidad no es algo idealizado que se contrapone a la animalidad, la racionalidad solo es una variedad de formas de razonamiento práctico, el cual es uno de los funcionamientos posibles de los animales. La sociabilidad es una dimensión humana igual de importante que la racionalidad. En muchas ocasiones, los seres humanos son dependientes de otros, incluso en el sentido físico más inmediato, como ocurre con un bebé y su madre. No cabe concebir el bien humano de manera aislada, pues las personas humanas estamos profundamente interrelacionadas.

Los derechos humanos se basan en una idea de la dignidad o de la calidad de vida. Es decir, en el florecimiento de las capacidades humanas en el seno de una vida. El fundamento de los derechos humanos es la idea de una vida acorde con la dignidad humana, en la medida en que

dicha vida está constituida por la realización de acciones posibilitadas por esos derechos. La fundamentación de Nussbaum se basa en una noción cultural del bienestar humano (que podríamos alcanzar tras un análisis hermenéutico de los valores de la sociedad). Por tanto, no apela al consenso fáctico como base primaria de la fundamentación. Hemos visto que muchas veces, sostiene la filósofa, la extensión de los derechos es el resultado de una lucha, ya que supone para otras personas la renuncia a privilegios. Aunque el consenso fáctico no sea el punto de partida, sí se aspira a que constituya un punto de llegada, ya que toda concepción de la justicia política requiere de acuerdo para ser efectiva. También señala que las bases teóricas de los derechos no deben apelar a la religión ni a ideologías excluyentes si pretendemos alcanzar un consenso en el mundo.

Esto no implica, evidentemente, que la concepción del ser humano que defiende, sea formal y desprovista de elementos materiales. Es evidente que la concepción de la persona humana que hay tras los derechos humanos defiende el desarrollo de las personas humanas en un determinado sentido, mientras que descarta otras posibles expresiones humanas (por ejemplo, no existe un derecho a la crueldad). Esto pone de manifiesto que la argumentación de Nussbaum no pretende ser naturalista.

Estas reflexiones de Nussbaum nos llevan a formularnos una interesante pregunta: pongamos el caso de que una persona juzgadora considere que la comunidad jurídica está interpretando de manera muy restrictiva un determinado derecho humano, ¿qué criterio debe tener en cuenta al interpretar?, ¿el consenso fáctico de la comunidad jurídica plasmado en la jurisprudencia dominante?, ¿o la interpretación que ella considera que sería más acorde con el ideal de dignidad humana que la comunidad jurídica defiende? Ambas soluciones apelan al diálogo con la comunidad. La primera apela al consenso fáctico de la misma, y la segunda a la aproximación crítica a los ideales culturales de la comunidad. Considero que la segunda opción responde al auténtico paradigma hermenéutico.

Esta actitud que defiende puede calificarse de «activismo judicial», pero no de arbitrariedad o subjetivismo. La persona juzgadora busca la respuesta en los ideales de la comunidad. No da esquinazo a dichos valores basándose en ninguna suerte de racionalidad técnica imparcial; pero tampoco adopta de modo acrítico la línea jurisprudencial dominante. La persona juzgadora efectúa un diálogo sincero con las ideas de la comunidad y además espera lograr un consenso fáctico convenciendo

a la comunidad de que la solución adoptada es que mejor expresa dichos valores, por medio de una sólida argumentación jurídica. La concepción política del ser humano, como poseedor de ética y deseoso de vivir con otros seres humanos, se remonta a Aristóteles, a Cicerón y al estoicismo³⁴⁹. Los seres humanos, según esta concepción, persiguen el bien común y aspiran a una vida organizada a la medida de estas características.

Para Nussbaum los derechos humanos son capacidades³⁵⁰, es decir, son lo que las personas realmente pueden hacer. Tener un derecho significa tener una capacidad de hacer algo³⁵¹. El estado debe, en relación con los grupos tradicionalmente marginados, diseñar medidas que les permitan sortear los obstáculos que les impidan gozar de una capacidad de actuación real³⁵². Lo que importa es que las personas puedan practicar sus capacidades, y se han de remover todos los obstáculos que lo impidan. Martínez Becerra³⁵³ explica que las capacidades son un conjunto de posibilidades de actuar, son poderes que nos permiten funcionar conforme a la vida que valoramos, los elementos que posibilitan que a una persona le vaya bien, es decir, que tenga una vida digna. La vida digna consiste en el ejercicio de esas capacidades que estimamos valiosas.

³⁴⁹ Apud. Nussbaum, M. (2012), *op. cit.* cfr.

³⁵⁰ La autora se inspira en la propuesta de Amartya Sen que definió las capacidades como «las diversas cosas que una persona puede valorar hacer o ser».

³⁵¹ Nussbaum elabora una lista de diez capacidades que sintetizan el ideal de vida digna contenido en los derechos humanos recogidos en los textos internacionales. Las diez capacidades son las siguientes:

1. Vida, 2. Salud física, 3. Integridad física. 4. Sentidos, imaginación y pensamiento. 5. Emociones. 6. Razón práctica. 7. Afiliación. 8. Otras especies. 9. Juego y 10. Control sobre el propio entorno. Nussbaum, M. (2012), *op. cit.* cfr.

³⁵² Esto conduce a la autora a negar la división entre derechos de primera y segunda generación, y por supuesto, la prioridad léxica de la primera generación. Nussbaum sostiene que una descripción adecuada de la libertad de expresión requiera plantear la cuestión de la distribución de la educación, ya que es muy dudoso que personas con acceso inadecuado a la educación disfruten de plena libertad de expresión, pues las personas analfabetas no pueden participar en el discurso político en igualdad de condiciones. En enfoque de las capacidades se centra en lo que las personas son capaces de ser y de hacer, y eso nos permite revelar la opresión que viven las mujeres en el ámbito de la familia, tales como el no reconocimiento de su trabajo y las violaciones de su integridad corporal. El enfoque de las capacidades rompe con la distinción liberal entre la esfera pública, regulada por el Estado y la esfera privada. Nussbaum, M. (2012), *op. cit.* cfr.

³⁵³ Martínez, P. (2015). El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente al problema de la ética animal. *Veritas* (33).

Las capacidades permiten el florecimiento de las personas, el concepto de florecimiento es teleológico, consiste en el desarrollo de la persona hacia su punto óptimo. Los derechos no son un mercado de libertades y bienes, sino que su ejercicio responde al florecimiento de los aspectos mejores de la naturaleza humana. El elemento central es el logro de una vida que esté a la altura de la dignidad humana y que se experimente como merecedora de ser vivida. Florecer implica transformar esas potencialidades humanas y sociales en realidades, de modo que remover los obstáculos que lo impidan es, como señala Martínez Becerra, un asunto político.

Lo aquí expuesto pone de manifiesto que los derechos humanos presentan un contenido ético sustantivo que es avalado en gran medida por el mundo actual. De modo que, cuando el «gerente» nos dice que no existe una moral preferente en nuestra sociedad, podemos replicarle sí existe. Los derechos humanos no nos ofrecen orientaciones concretas sobre cómo debemos actuar en el día a día. Sin embargo, como hemos visto, sí contienen una visión de la persona humana que se pretende promover. Por su parte, las virtudes son rasgos de carácter que expresan es ideal de vida, son hábitos de comportamiento ético e intelectual que facilitan la realización de las acciones propias de una vida humana floreciente. Así, nos resulta deseable una vida saludable, llena de relaciones bellas, en armonía con el medio ambiente, que disfruta de la reflexión intelectual y también del placer sensorial. Y hay hábitos vitales, susceptibles de ser enseñados y transmitidos culturalmente, que ponen en práctica ese modo de vivir.

Por ejemplo es importante el desarrollo de la virtud de la compasión; que fue una de las grandes preocupaciones de Rousseau³⁵⁴. Nussbaum³⁵⁵ explica que la psicología ha mostrado que las personas que escuchan el relato de las dificultades de otra persona, contado de forma gráfica y destacando los aspectos emocionales, experimentan una compasión que les conduce a elaborar planes de ayuda. La compasión, por tanto, es una capacidad natural cuyo ejercicio la sociedad debe fomentar y, simultáneamente, la compasión es una virtud humana, susceptible de ser educada y desarrollada por las personas, en el seno del ideal de vida implícito en el paradigma de los derechos humanos. El desarrollo educativo de las virtudes compasivas y altruistas, y la educación en el respeto a los

³⁵⁴ Rousseau, J. (2005). *Emilio: o la educación*. Madrid: Alianza Editorial.

³⁵⁵ Nussbaum, M. (2012), *op. cit.* cfr.

derechos humanos, han mostrado ser herramientas de gran valor para combatir desde la infancia el odio racista y la misoginia machista.

El «gerente» sostiene que en nuestra sociedad no hay ningún modelo ético que nos oriente sobre lo bueno y lo malo. Pero eso no es cierto, ya que la sociedad global acepta mayoritariamente los derechos humanos (al menos en el plano teórico). Por tanto, existe un modelo ético de referencia. Ahora bien, es cierto que ese modelo no parece dejar claro qué decisión debemos tomar en cada caso para desarrollar ese ideal. Sin embargo, eso no implica que allá donde se acaben las certezas, comience un terreno desprovisto de moral. Si las personas asumimos el paradigma de los derechos humanos como ideal de vida, podemos poner en práctica una serie de hábitos de vida coherentes con ese ideal, que irán configurando en nosotras un carácter ético. De este modo, cuando nos enfrentemos a una decisión compleja desde el punto de vista ético, la prudencia y la sensibilidad adquiridas serán una garantía solvente de la calidad de nuestra decisión. Además, una persona virtuosa, según el ideal aristotélico, no es una racionalidad solitaria, sino que es profundamente relacional, de modo que expresa verbalmente los motivos de la solución adoptada y se expone a la crítica (la crítica es percibida como algo bueno y constructivo).

La garantía de la razonabilidad de la decisión

¿Dónde radica la garantía de la razonabilidad de una decisión judicial? Según la ética de la virtud, el compromiso ético de las y los operadores jurídicos es fundamental para garantizar el carácter razonable de la decisión. Es lógico que así sea ya que la sociedad enjuicia la razonabilidad de las decisiones a partir de los valores sustantivos comúnmente aceptados como ideal ético, y esos valores son, hoy en día, los derechos humanos. Por tanto, es imprescindible que las y los operadores jurídicos sean activistas por los derechos humanos. Ese es el modo de garantizar que las decisiones aspiren a un consenso efectivo y, a la vez, racional. Sin un compromiso personal y emocional con los derechos humanos las decisiones judiciales no podrían aspirar más que a un consenso ilusorio, basado en aquellos valores que la persona juzgadora estime arbitrariamente que son los más racionales. Ni siquiera la argumentación jurídica, que puede usarse de manera impecable para defender mil tesis distintas, sería garantía real de racionalidad. Tampoco lo sería la operación mental consistente en imaginar un consenso racional que realmente no se ha producido.

Tampoco podría aspirar a un consenso racional la remisión irreflexiva a la jurisprudencia o a la doctrina mayoritaria, ya que en la sociedad hay intereses económicos en juego, aspiraciones corporativistas y prejuicios descarnados, por lo que una persona juzgadora llena de prejuicios o aspiraciones espurias podría valerse de la letra de la jurisprudencia para avalar su tesis. Solo un compromiso personal y activo con los derechos humanos, de parte de la persona juzgadora, ejercitado cada día de su vida, y cristalizado en forma de virtudes, permitirá resolver, en el caso concreto, en consonancia con dicho ideal. Los derechos humanos se revelan, por tanto, como mucho más que meras normas jurídicas, pues constituyen el ideal que debe guiar a la totalidad de las decisiones y cuyo espíritu debe configurar los hábitos de la judicatura y la abogacía.

Una persona juzgadora comprometida con este ideal, a diferencia del gerente, probablemente desarrollará la prudencia necesaria para encontrar una buena decisión desde el punto de vista moral (y jurídico, dado que los derechos humanos son la columna vertebral del ordenamiento). Eso no implica que exista una sola respuesta correcta para cada asunto, pero sí implica que hay unas soluciones más razonables que otras y que, hay algunas, que son completamente contrarias a los valores últimos del ordenamiento y que, por tanto, no deberían tener cabida. La persona juzgadora interpretará las normas en el sentido más favorable a la promoción de los derechos humanos, pues estos son los principios fundamentales de un régimen democrático, y se comprometerá con el ideal que estos implican, desarrollando en sí misma las virtudes que lo expresan.

CAPÍTULO 5

LA RETÓRICA DE LA VIRTUD FRENTE A LA NUEVA RETÓRICA

1. LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Aunque este trabajo se formula, en gran medida, como una alternativa a la llamada «teoría estándar»³⁵⁶ (y, en particular, a la «Nueva Retó-

³⁵⁶ Una cuestión que urge aclarar es a qué me refiero cuando hablo de «Teoría Estándar». Como cuenta Vega Reñón, a finales de los años cincuenta del siglo XX se produjo un renacimiento de los estudios sobre argumentación, que, desde los años ochenta, ha dado lugar a un modelo tripartito con tres enfoques principales (aunque se han planteado otras clasificaciones, cuestión que no constituye el objeto del presente trabajo): el de la lógica, el de la dialéctica y el de la retórica. Vega, L., & Olmos, P. (Eds.). (2012). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta. Cfr.

Esta división puede encontrarse, por ejemplo, en los célebres Van Eemeren y Grootendorst VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (1984). *Speech Acts in Argumentative Discussions. A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed toward Solving Conflicts of Opinions*. Dordrecht: Foris Publications.

Lo que hoy se entiende por argumentación jurídica, sostiene Atienza, tiene su origen en ese renacimiento de los años cincuenta, que tuvo como rasgo común el señalar la insuficiencia de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos en los casos complejos. Las tres grandes obras de esta rehabilitación de la razón práctica fueron la Tópica de Viehweg, la Nueva Retórica de Perelman, y la analogía jurídica de Toulmin. Tras estas obras pioneras, surgieron en los años setenta las propuestas que componen la que podríamos llamar teoría estándar de la argumentación jurídica, entre la que podemos destacar: el Razonamiento jurídico y teoría del derecho,

rica» de Perelman) considero que la influencia de dicho corpus teórico sobre la presente investigación ha quedado patente en numerosos puntos de mi trabajo. En gran medida puede considerarse que este trabajo es consecuencia de una sensación de insatisfacción producida por la falta de respuestas que ofrece la «teoría estándar» a algunas cuestiones que esta considera marginales y que yo considero centrales. El presente trabajo también surge como fruto de una discrepancia teórica con la ética discursiva que, bajo mi punto de vista, constituye uno de los epicentros epistemológicos de la «teoría estándar». Por consiguiente, este trabajo podría considerarse una crítica a la «teoría estándar» y una propuesta de una teoría de la argumentación alternativa. No obstante, dicha crítica es sabedora, en todo momento, de que estas reflexiones son consecuencia del camino que, de modo muy consciente, han iluminado algunas aportaciones teóricas de la propia «teoría estándar» al enumerar sus límites, sus confines. Por eso, el presente trabajo es heredero de la «teoría estándar» y se construye en la gratitud por muchas de sus aportaciones.

Vega Reñón explica que la llamada «teoría estándar» de la argumentación no responde a una sola filosofía o a un solo cuerpo teórico, sino a tres perspectivas distintas que poseen arraigo en la investigación de impacto. Vega Reñón dice: «hoy en día no existe una teoría única, uniforme y universal de la argumentación: lo que nos encontramos son más bien varios programas y propuestas teóricas en liza (...). Tres merecen especial atención, tanto por su solera como por sus contribuciones: la perspectiva lógica o analítica, la perspectiva dialéctica y la perspectiva retórica»³⁵⁷. Vega Reñón señala que la posición analítica es la que presta atención a los argumentos, entendidos como estructuras lógicas; la dialéctica es la que presta atención a los diálogos y debates en los que se intercambian argumentaciones; y la retórica es la que fija la atención sobre todos los procesos de comunicación.

Desde mi punto de vista, lo más interesante de la distinción conceptual que traza Vega Reñón es que, para diferenciar entre sí a los tres enfoques se formula una pregunta muy esclarecedora: ¿qué es una mala argumentación según este enfoque? Observamos que en la perspectiva analítica una mala argumentación sería la que no es lógicamente válida,

de MacCormick, y la Teoría de la argumentación jurídica, de Alexy. Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC. p. 29.

³⁵⁷ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. p. 10.

y por tanto, no logra demostrar lo que se defiende según las reglas de la lógica. En la perspectiva dialéctica una mala argumentación es la que viola las reglas que han de presidir un debate racional (por ejemplo, cuando una persona que debate interrumpe o coacciona a otra). En la retórica una mala argumentación es, ante todo, la que no resulta persuasiva. Por tanto, lo que diferencia a los tres enfoques entre sí es lo que se busca en cada uno: en la lógica-analítica se busca alcanzar una demostración análoga a la del ideal matemático, en la dialéctica se busca debatir de modo conforme a un procedimiento que garantice la racionalidad del resultado, y en la retórica se busca lograr la adhesión de la persona interlocutora a nuestra tesis. De este modo, a la lógica no le importan (en principio), ni el contexto argumentativo ni que se logre la persuasión. A la dialéctica, por su parte, no le importan ni las formas lógicas de los argumentos, ni que se logre la persuasión. A la retórica le resultan indiferentes las formas lógicas de los argumentos y no forma parte de su preocupación teórica la creación de unas reglas éticas del debate.

El punto más controvertido de esta división es el de la diferencia entre la dialéctica y la retórica. Según la división de Vega Reñón, la dialéctica se caracteriza por que el acto comunicativo se ubica en una ética discursiva, mientras que en la retórica la comunicación persigue objetivos estratégicos. Atienza coincide con Vega Reñón en que una importante distinción entre ambas perspectivas de la argumentación es que la dialéctica quiere alcanzar la verdad y se preocupa por la ética discursiva, mientras que la retórica se basa en una relación asimétrica en la que quien emite el discurso quiere lograr la persuasión del auditorio³⁵⁸. No es atrevido señalar que ambos autores coinciden en profesar una mayor simpatía hacia la dialéctica que hacia la retórica, pues la dialéctica les parece más racional³⁵⁹ y más ética, mientras que la retórica les parece

³⁵⁸ Ibid., p. 366.

³⁵⁹ Este desprestigio de la retórica en contraste con la calidad moral de su «hermana buena», la dialéctica, no es nada nuevo. Platón en el *Gorgias* asimilaba a la retórica con el arte de evadir preguntas y de irse por las ramas; y frente a eso contraponía las reglas de la dialéctica, consistentes en preguntar y responder con concisión, procurando ceñirse a un esquema binario de «verdadero» y «falso». Dicho esquema binario permitía a Sócrates localizar inconsistencias lógicas en las personas interlocutoras. Para Platón, por tanto, las reglas del diálogo socrático, de la dialéctica, recomendaban la forma de un interrogatorio en el que las respuestas de la persona adversaria pudieran introducirse en un esquema formal. Bajo el punto de vista platónico, la retórica es el terreno de la manipulación (que se vale de la ambigüedad de las palabras), mientras que la dialéctica

demasiado orientada hacia finalidades estratégicas que pueden volverse peligrosamente manipuladoras.

A veces se destaca como diferencia relevante el hecho de que en una de las disciplinas participe activamente solo una parte (orador u oradora), mientras que en la otra participen activamente dos (dialéctica). Sin embargo esto nunca fue así, dado que la retórica clásica enseñaba también el arte de la disputa. La diferencia entre la retórica y la dialéctica radica en su cercanía con el razonamiento lógico. Cuanto más se acerca al ámbito de la lógica, más legítima resulta la disciplina. Por ello la lógica es el terreno más fiable, la dialéctica se sitúa entre medias, y la retórica mantendrá legitimidad en función de la presencia que tenga en ella la argumentación racional (por contraposición a los elementos emocionales y opinables que son los que hacen de ella un terreno dudoso).

Tanto Vega Reñón³⁶⁰ como Atienza³⁶¹ aspiran a una fusión de la dialéctica y la retórica. En el caso de Vega Reñón, la propuesta consiste en el surgimiento de una teoría integradora que reivindique lo mejor de las tres perspectivas (lógica, dialéctica y retórica). En el caso de Atienza, su

(entendida como una lógica que se despliega en el diálogo) conduce a la verdad. Aristóteles, como señala Tovar, tomó distancia de su maestro, admitiendo que en la vida no siempre caben las respuestas «sí» y «no», y que no todo es susceptible de demostración lógica. Según Aristóteles, tanto la dialéctica como la retórica se ocupan de todas las cosas que no se pueden probar, es decir, que no dan lugar a certezas, pero que sí dan lugar a verosimilitud y a amplio acuerdo social. Sin embargo, Aristóteles continúa considerando que lo más ético y lo más verdadero recae en el dominio de la lógica, donde se producen los silogismos; mientras que la dialéctica y la retórica cuentan con unos silogismos incompletos y menos rigurosos: los entimemas. Digamos que Aristóteles dibuja una línea que va desde lo más riguroso (la lógica) hasta lo más dudoso (la retórica). La dialéctica se sitúa entre ambas y la dignidad, tanto de la retórica como de la dialéctica, procede de sus semejanzas con la lógica. Las tres ramas pertenecen a una racionalidad cuya cúspide se alcanza en la lógica y que se va debilitando gradualmente. Incluso en el interior de la retórica encontramos grados, pues existe una retórica buena y una retórica mala. Así, Aristóteles considera que hemos de diferenciar a aquellas personas que estudian retórica centrándose en la persuasión emocional de las personas juzgadoras; de aquellas que estudian los entimemas, que son el cuerpo de la argumentación. Aristóteles considera que lo que hay que promover es un derecho en el que la judicatura tome las decisiones según los argumentos y no de acuerdo con sus pasiones, y la abogacía no debe intentar manipular emocionalmente a la persona juzgadora, sino que su misión es probar que ocurrieron unos hechos. Por tanto, esa retórica que inaugura Aristóteles sitúa en el centro de su análisis a la calidad interna de los argumentos.

³⁶⁰ Vega, L. (2003), *op. cit.* cfr.

³⁶¹ Atienza, M. (2013), *op. cit.* cfr.

propuesta consiste en unificar a la dialéctica y a la retórica en la «dimensión pragmática» de la argumentación. Esta fusión, en ambas perspectivas, constituye a mi modo de ver, el epicentro de la teoría estándar. Como de la descripción de ambos autores se deduce que la dialéctica es más ética y más racional, esta fusión podría tener la ventaja de dar a la retórica la oportunidad de moderarse y parecerse a la primera. La retórica se volvería una «retórica buena», que intenta convencer a las personas juzgadoras mediante argumentos, y que dejaría de lado sus aspectos de «retórica mala», que es la que intenta persuadir mediante emociones e imágenes. Este desiderátum se corresponde con la preferencia que Aristóteles manifestó por el *logos*, frente al *ethos* y al *pathos*. Como es sabido, Aristóteles³⁶² distinguió tres vías distintas de persuasión que forman parte del saber retórico: la que se basa en el carácter de la persona oradora (*ethos*), la que se basa en las emociones (*pathos*) y la que se basa en los aspectos internos del discurso (*logos*).

Tengo la sensación de que la «teoría estándar» está intentando limpiar el nombre de la retórica de modo parecido al que empleó Aristóteles; es decir, separando a la retórica legítima de la ilegítima, y vinculando a esta última con la manipulación propagandística, con la racionalidad estratégica. Esta vez no se intentan trazar puentes entre la retórica legítima y la lógica formal (de hecho la «teoría estándar» surgió frente a la hegemonía de la lógica formal en la teoría de la argumentación³⁶³), sino con la ética discursiva de autores como Habermas y Alexy. He de aclarar que esto no es una mera especulación mía, sino que como señala Atienza³⁶⁴, los tres enfoques de la «teoría estándar», a pesar de sus dife-

³⁶² Aristóteles. (1990). *Retórica, op. cit.* Más adelante desarrollo esta cuestión pausadamente.

³⁶³ Como señala Atienza la teoría estándar surgió como rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales. Los predecesores de la teoría estándar de la argumentación jurídica se opusieron a la reducción de la misma al razonamiento deductivo. Así, Recaséns Siches defendió la idea del *logos* de lo razonable frente al *logos* de lo racional. Viehweg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de *tópica*, que no se refiere a las estructuras internas de los argumentos, sino a las nociones comúnmente aceptadas y consideradas razonables por parte de la comunidad. Perelman, por su parte, siguiendo a Aristóteles, contrapuso los argumentos lógicos a los retóricos, estos últimos no buscarían establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino mostrar el carácter razonable de una determinada decisión. Atienza, M. (2013). *Ibid.*, p. 31.

³⁶⁴ Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, op. cit.*, p.33.

rencias, comparten aspectos filosóficos comunes tales como la apuesta por una ética discursiva de raigambre kantiana y la preocupación de cuño aristotélico por la estructura de los argumentos.

En el presente trabajo voy a explicitar los fundamentos de la «teoría estándar» basados en las «éticas discursivas» y voy a contraponer un modelo retórico alternativo, procedente de Quintiliano y compatible con las llamadas «éticas de la virtud». También voy a plantear que la preocupación por la estructura de los argumentos ha generado que la «teoría estándar» desconfíe y deje en la periferia teórica aspectos centrales como las emociones, el carácter de quien emite el discurso, el humor, la expresión no verbal, la arquitectura y el estilo. Mi tesis es que es posible construir una teoría de la retórica jurídica que incluya, sin recluirlos en la periferia, todos estos aspectos, sin caer por ello en la defensa de una retórica propagandística, carente de una base ética y preocupada únicamente por la persuasión. Como he comentado, el punto de vista dominante en la teoría estándar es el dialéctico, con la ética discursiva como filosofía de fondo. La perspectiva dialéctica se sitúa, en la teoría estándar, en el centro de un segmento. En un lado del segmento está la lógica y en el lado opuesto la retórica. La dialéctica es el núcleo que se expande hacia ambos lados convirtiéndose en el paradigma desde el que se valoran las aportaciones tanto de la lógica como de la retórica en el seno de la teoría de la argumentación.

El punto de vista lógico

Analicemos en primer lugar el sustrato filosófico del punto de vista lógico de la teoría estándar. Como he señalado anteriormente, la teoría estándar surgió en oposición a la lógica formal. Valgan como ejemplo las reflexiones de Perelman³⁶⁵ expuestas en *La lógica jurídica y la nueva retórica*.

³⁶⁵ Perelman, C. (1979), *op. cit.*, p. 153 y ss. Perelman sostiene que no hay que confundir la lógica con la lógica formal, pues ello implica tratar de reconducir los razonamientos habituales de las y los juristas a estructuras formales. El razonamiento jurídico tiene una lógica específica. Su tipo de razonamiento se centra en identificar semejanzas y diferencias, utilizando contraposiciones y analogías. No se trata de llegar a juicios verdaderos, sino a juicios razonables y justos. A diferencia del razonamiento deductivo, en el derecho no podemos hablar casi nunca de algo correcto o incorrecto de una manera impersonal.

Además de oponerse al lenguaje formal, Perelman niega la utilidad de la deducción, dado que las deducciones se basan sobre premisas, y en el Derecho lo dudoso son precisamente las premisas. Perelman trae la afirmación de Stuart Mill de que nadie

Aquí advierte Perelman que la persona encargada de tomar una decisión jurídica, sea jueza o legisladora, tiene que asumir su responsabilidad, su papel activo, ya que en el derecho lo normal es que haya buenas razones a favor y en contra de una solución y que quepan soluciones diferentes a cada asunto, por ello la responsabilidad no puede eludirse apelando a una inexistente certeza jurídica. La lengua es un instrumento de comunicación, que sirve para muchos fines y no solo para fines científicos, por eso considera Perelman que no hay por qué modelarla sobre la lengua ideal de la lógica, que se caracteriza por la univocidad y por ausencia de vaguedad y de ambigüedad. Una lengua elaborada para una finalidad, a menudo no es adecuada para otra, la lengua de los cálculos no es la de la poesía o la del derecho.

Cuando argumentamos, sostiene Perelman, tomamos como punto de partida la lengua del auditorio al que nos dirigimos. Esa lengua está llena de ricas posibilidades que no podremos realizar si tratamos de reducirla al lenguaje formal, que solo está pensado para los fines de gentes eruditas que siguen un modelo matemático. La argumentación jurídica pierde sensibilidad y fuerza al traducirse al lenguaje formal. Tras esta postura de antagonismo a la lógica, ejemplificada por la tesis de Perelman expuesta, la teoría estándar fue desarrollando un concepto más amplio del término «lógica», que se alejó de la lógica formal propia de las matemáticas y se interesó por el terreno de lo razonable y lo aceptable³⁶⁶. En este sentido, ha sido importante el interés que ha mostrado

admitirá la tesis de que todos los hombres son mortales, si duda de que Sócrates es mortal, por tanto la conclusión de que Sócrates es mortal le resultaría una petición de principio. Para convencer al auditorio la oradora o el orador tiene que conocerlo un poco y así sabrá qué tesis pueden tomarse como punto de partida de los razonamientos. Pero incluso aceptando los mismos valores y hechos como punto de partida, hay tal arsenal de estos que es posible llegar a conclusiones muy distintas e incluso opuestas. En el Derecho se producen confrontaciones entre pruebas y entre valores, de modo que la persona juzgadora debe ponderarlos y motivar una decisión. Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas. p. 19; p.154; p. 176.

A pesar de esta tesis de Perelman y de la oposición a la deducción que manifestaron los pioneros de la teoría estándar, la mayoría de los autores que integran la concepción estándar no sostienen que el razonamiento jurídico se oponga a la deducción, sino que para comprender el razonamiento jurídico hemos de contar con más herramientas además de la lógica. Tendrían este punto de vista autores como Peczenik, Aarnio, Alexy o MacCormick. Atienza, M. (2013). *Ibid.*, p. 31.

³⁶⁶ Ejemplifican esto el interés por procedimientos probabilísticos como la inducción y la abducción, así como la revalorización de los razonamientos analógicos. También se

la teoría de la argumentación por las llamadas «lógicas informales»³⁶⁷. Esto ha conducido a Atienza a decir que la teoría estándar no debe estar contra la lógica, sino contra el imperialismo de la lógica, es decir, contra la pretensión de que donde se acaba la deducción comienza la arbitrariedad. En lo relativo a la argumentación jurídica conviene destacar que ya Perelman apuntó hacia esa lógica informal, presente en el análisis de argumentos jurídicos del profesor Tarello³⁶⁸ (que influyó considerablemente sobre el desarrollo del punto de vista lógico de la teoría estándar).

En opinión de Vega Reñón³⁶⁹, la filosofía implícita en el punto de vista de la lógica formal tiene importantes limitaciones, como el hecho

han dado intentos de construir lógicas alternativas que imiten la riqueza del lenguaje natural. En los años ochenta y noventa Lorenzo Peña desarrolló una lógica transitiva o dialéctica que se caracterizaba por reconocer la contradictoriedad y gradualidad de lo real, una lógica difusa. En su sistema de lógica es posible afirmar «p» y «no p» sin que ello implique que de ahí se pueda derivar cualquier conclusión, ya que, como se verá, él distingue dos tipos de negaciones: débil y fuerte. Peña, L. (1991). *Rudimentos de lógica matemática*. Madrid: CSIC. Cfr. Ausín y Peña señalan que este enfoque es más adecuado al tratamiento jurídico de cuestiones como la eutanasia, así, dicen que la eutanasia cercana de algún modo cierta forma de vida; pero no la vida con mayúsculas, plena, digna, sino una vida muy mermada, casi irreconocible, en un grado pequeño.

Ausín, F., & Peña, L. (1998). Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? *Anuario de Filosofía del Derecho* (XV). Cfr. Dentro de la valorización de la analogía merece la pena destacarse la obra de Manuel Salguero Salguero, que indaga en la versatilidad que ofrece la lógica informal para el análisis del razonamiento jurídico. Salguero, M. (2002). *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons.

³⁶⁷ Vega Reñón señala que esta lógica alternativa, que puede denominarse «lógica informal» se caracteriza por una concepción distinta de las «formas lógicas». Pero esto no implica que la lógica informal no use formas de argumentos. La perspectiva lógica, sea formal o informal, se caracteriza porque elabora estructuras, modelos y esquemas que permiten identificar y evaluar argumentos. Vega, L., & Olmos, P. (Eds.). (2012). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta. Voz: «Lógica informal».

³⁶⁸ El profesor Tarello, en una comunicación que figura en las actas del Congreso de Bruselas de 1971 habló sobre la especificidad del razonamiento jurídico, examinando trece tipos de argumentos que permiten interpretar los textos en función de la intención que se atribuye al legislativo. Tarello, G. (1972). Die juristische Argumentation. *Archiv für Rechtsund sozialphilosophie (Actas del Congreso de Bruselas de 1971)*. Beiheft 7, pp. 103-124. Wiesbaden: Neue Folge. Cfr. Giovanni Tarello fue un importante predecesor de la lógica informal en el Derecho, pues presentó una tipología de argumentos jurídicos que tuvo gran influencia sobre autores como Perelman, Guastini, Ezquiaga, Casanovas y Moreso, etc. La analogía sería un ejemplo paradigmático del tipo de argumentos jurídicos que compendia Tarello. Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica, op. cit.* cfr.

³⁶⁹ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata, op. cit.*, p. 96 y ss.

de que concibe la argumentación como carente de intenciones y de personalidad. Para la lógica formal la persona que argumenta es irrelevante, y tampoco importa el contexto discursivo, no importan las intenciones ni los elementos no verbales. Los argumentos son purgados de todos estos elementos y, tras esa simplificación, se simplifican más aún traducéndose al lenguaje lógico que despoja a las palabras de todo aquello que la lógica considera accesorio³⁷⁰. La traducción que realiza la lógica no es muy fina, pues poda todo aquello que no se considera necesario para los fines de su análisis. Así, sostiene Vega Reñón, que la lógica no es un espejo formal en el que se reflejen las relaciones entre pensamientos, no es una estructura profunda del discurso, ni un catálogo neutral de formas, sino un nuevo idioma con un contexto discursivo peculiar. Es una representación que nos permite analizar desde otro punto de vista lo que estamos diciendo y lo que se sigue de lo que decimos con palabras³⁷¹.

Vega Reñón critica que para la lógica son correctos los argumentos, cuando en realidad lo que son correctas o incorrectas son las actuaciones comunicativas de las personas. Además, señala Vega Reñón, para que algo sea considerado correcto o incorrecto es necesario que exista un código compartido que diga qué es lo correcto y lo incorrecto. La lógica se basa en un código epistémico compartido por una comunidad y la comunidad que sustenta a la lógica es de carne y hueso. Vega Reñón rechaza «esta doble y curiosa operación de descarnar (el ejercicio de) la

³⁷⁰ Chantal Maillard critica la racionalidad subyacente al punto de vista lógico y lo contrapone a la racionalidad estética. La racionalidad científica propia de la lógica, explica la autora, solo se refiere a la experiencia para confirmar un resultado previamente previsto, pero lo que se averigua es solo aquello que el código dispone que podemos averiguar. Prosigue Maillard, todos los elementos cuya evolución no estuviera contemplada en el molde pasarán desapercibidos o serán considerados «ruido». La mayoría de los aparatos de los que nos servimos responden a esta racionalidad de máquina trivial. Si realizamos un mismo acto, tendremos el mismo resultado, como el interruptor de la luz. Estas máquinas satisfacen la necesidad de certeza del pensamiento causal. Maillard, C. (1999). *La razón estética: una propuesta para próximo milenio. Contrastes* (Suplemento 4. Estética y hermenéutica), 121-133. p. 129. Heinz Von Foerster explica, ironizando, «Consideremos la estructura del silogismo deductivo. El ejemplo clásico es, por supuesto: ‘todos los hombres son mortales’. (...) A ésta la llamo Máquina Trivial ‘todos los hombres son mortales’, porque cualquier cosa que metan como entrada, mientras sea un hombre, saldrá hecha un cadáver del otro lado. El silogismo es un esquema explicativo que funciona como máquina trivial». VonFoerster, H. (1997). *Principios de autoorganización en un contexto socioadministrativo. Cuadernos de Economía* (26), 131-162. p.143.

³⁷¹ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata, op. cit.*, p. 96 y ss.

razón para reencarnarla en un sujeto racional cualquiera, es una licencia, en parte analítica, en parte retórica, consentida en la lógica»³⁷². Vega Reñón señala que, como ha ocurrido desde la teoría estándar, las personas especialistas en lógica han intentado desarrollar concepciones lógicas más comprensivas, que no se basen en una noción de verdad atemporal e impersonal. Por ejemplo, se ha intentado introducir en la lógica la pertinencia de un argumento de acuerdo con unos fines y con la solución de un determinado problema; también se han intentado desarrollar sistemas lógicos basados en la idea de plausibilidad, que no es una cualidad propia de un argumento aislado, sino derivada de la comparación, en el marco de un discurso, entre los argumentos aducidos por distintas partes implicadas; se ha teorizado sobre el modo en que un argumento contribuye a que un debate tenga un curso fructífero, etc.

A continuación Vega Reñón expresa una opinión con la que coincido plenamente. Vega Reñón sostiene que estas lógicas informales que interesan a la teoría estándar son en realidad un acercamiento al punto de vista dialéctico de la argumentación. Es decir, estas posturas suponen la aproximación del punto de vista lógico al punto de vista dialéctico, dado que se introducen indicadores externos al argumento como la plausibilidad o la pertinencia.

Esto se percibe con claridad si nos preguntamos, ¿qué es un buen argumento?, para muchas de las filosofías propuestas por las lógicas informales la respuesta ya no es la de la perspectiva lógica (es un buen argumento el que encaja en una forma lógica válida), sino la de la perspectiva dialéctica: el buen argumento es el que cumple determinadas reglas que establecen en qué consiste un diálogo racional³⁷³. En puridad, en el enfoque lógico, la pregunta de ¿qué es un mal argumento según este enfoque?, ¿qué es un argumento ilegítimo?, se respondería señalando que un argumento ilegítimo o falaz es aquel en el que las premisas son falsas o en el que la forma lógica es inválida. Por tanto, para este punto de vista las intenciones de la persona que argumenta son indiferentes. No importa si ha mentado deliberadamente, si se ha equivocado o si lo que trata de decir no encaja adecuadamente en el lenguaje formal. El enfoque lógico no distingue un error inadvertido (paralogismo), de un engaño deliberado (sofisma); y también es indiferente si el argumento

³⁷² Ibid., p. 112.

³⁷³ Ibid., p.112.

logra engañar a la persona interlocutora o si no lo logra³⁷⁴. Si queremos introducir este tipo de consideraciones, como hace la lógica informal, estaremos adentrándonos en el punto de vista dialéctico de la argumentación. Por consiguiente, como he mostrado hasta aquí, se ha producido un viraje desde el punto de vista lógico hacia el punto de vista dialéctico de la argumentación. En las siguientes líneas voy a tratar de explicar por qué dicho punto de vista no me resulta satisfactorio.

El punto de vista dialéctico

Perelman³⁷⁵ explica que la dialéctica es la dimensión de la argumentación que entra en juego cuando hay una diferencia de opinión que no puede resolverse mediante medición o demostración empírica, o cuando el objeto de debate no es la verdad, sino el valor de una decisión justa, razonable, oportuna o ética. En estos casos la solución más razonable será la que sea fruto de un acuerdo. La idea de fondo es la de que, cuando no es posible alcanzar certezas hay que tratar de llegar a un acuerdo sobre cuál es la solución más razonable, y para poder llegar a un acuerdo hay que debatir siguiendo unas reglas que permitan que se produzca un intercambio racional de argumentos, y no un intercambio de amenazas o chantajes.

Van Eemeren y Grootendorst³⁷⁶ proponen unas reglas para que se desarrolle correctamente la argumentación que ellos denominan «pragma-dialéctica». Las reglas regulan aspectos de sentido común como argumentar la propia tesis o escuchar a las demás personas. En esencia, el principio central de sus reglas es el principio cooperativo: la disposición de las partes a cooperar para alcanzar la mejor solución posible³⁷⁷. Robert Alexy³⁷⁸ también ha formulado un código de reglas, muy parecidas a las de Van Eemeren y Grootendorst, que también pretenden dar lugar a un diálogo racional.

Mi discrepancia principal con el punto de vista dialéctico radica en la idea que vincula la justicia con el acatamiento de unas reglas que se

³⁷⁴ Ibid., p. 221.

³⁷⁵ Perelman, C. (1979), *op. cit.* cfr.

³⁷⁶

³⁷⁷ VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (2004). *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: CUP. p. 1.

³⁷⁸ Alexy presenta un código de razón formado por veintiocho reglas. Pueden encontrarse en: Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, Trans.) Madrid: Espejo C.E.C. p. 70 y ss.

presentan como algo formal, prácticamente carente de contenido material. Es decir, las reglas se presentan como si estuvieran por encima de las consideraciones éticas particulares y de los puntos de vista en liza de la sociedad. Sin embargo, el ideal de Van Eemeren y Grootendorst se basa en la idea de que la argumentación debe intentar convencer a una persona razonable. Los autores asumen una noción de racionalidad que privilegia los elementos lingüísticos de la comunicación (frente a los no verbales) y las consideraciones intelectuales (frente a las emociones y las intenciones). Es decir, la noción de racionalidad por la que apuestan las reglas no es técnica o neutral, sino que tiene un contenido valorativo. El contenido valorativo es de tipo liberal, recogiendo en las reglas principios básicos como la igualdad de derechos, la ausencia de coerción y la búsqueda de la universalidad de las decisiones³⁷⁹. Este contenido valorativo se defiende por la dialéctica como el más neutral posible, es decir, el contenido valorativo estrictamente imprescindible para posibilitar un debate racional en el que se pueda alcanzar la mejor solución posible.

Por tanto, considero que la propuesta dialéctica no debería presentarse a sí misma como si fuese algo incuestionable, algo que forma parte de la naturaleza de cualquier acto comunicativo. No debería presentarse como si no hubiera ninguna persona, ninguna ideología y ningunos intereses detrás de la misma. En definitiva, creo que no debería autoproclamarse (sin humildad intelectual alguna) como «pragmática-transcendental», es decir, como concebida sin madre ni padre, en la fuente misma de la racionalidad. La visión de la racionalidad del punto de vista dialéctico (presente también en la ética discursiva habermasiana) es expresión del racionalismo europeo e ilustrado que privilegia una determinada visión de la verdad, la justicia y la racionalidad. Encontramos en la ética que sustenta a dicha perspectiva una determinada visión de la racionalidad «kantiana»³⁸⁰ que pretende ser transcendental, formal, desprovista de contenido material y basada en una universalidad de la razón imparcial, incorpórea y sin contexto ni biografía. Esa racionalidad casi divina decide con ayuda de un imperativo categórico de nuevo cuño, que toma forma en las reglas del discurso racional.

Los autores además sostienen que, junto a las reglas comunicativas, es necesario que exista una autoridad que decida si se están siguiendo adecuadamente. Es posible que las partes acepten seguir unas reglas

³⁷⁹ VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (2004), *op. cit.*, p. 73.

³⁸⁰ Más adelante desarrollaré esta idea.

de diálogo, pero que alguna de ellas utilice alguna otra estratagema argumentativa (por ejemplo que presente un falso testimonio fingiendo que es auténtico)³⁸¹. Por eso los autores sostienen que es necesario que exista una persona neutral (por ejemplo una persona juzgadora) que decida cuándo se están violando las reglas. La persona neutral tendrá los atributos de autoridad, neutralidad y racionalidad. Esto significa que el ideal de la ética discursiva en el derecho no es el de un mundo en el que la gente debate horizontalmente, movida por la idea transcendental de racionalidad, sino un mundo en el que existen personas que dialogan y personas que se erigen en garantes de dicha racionalidad. Esto, como acertadamente señala Vega Reñón, supone abandonar el paradigma intersubjetivo³⁸².

Alexy sostiene que el derecho es un caso especial de intercambio comunicativo y que requiere que exista la figura de la persona juzgadora, que permite imponer el resultado aunque una de las partes no esté convencida de la corrección del resultado, o aunque estando convencida se niegue a acatarlo por sus intereses personales. Nava Tovar³⁸³ afirma, en relación con esta tesis de Alexy, que en el derecho hemos de reconocer que se dan situaciones en las que una persona reconoce que una norma es válida y simultáneamente la viola y por eso se hace necesario el componente institucional y autoritario del derecho. El derecho, en el modelo dialéctico de Alexy, como vemos, no es un debate intersubjetivo, sino más bien un debate mediado por un tercero (juez o jueza) que se conduce por el ideal de imparcialidad. Tal imparcialidad se supone que es lo que garantiza que en los litigios prime el intercambio racional de argumentos y que no se trate de una simple negociación de intereses. Me temo que esta tesis, aunada con el aura incorpórea y prístina de la racionalidad dialéctica, acaba legitimando a las instituciones (y en particular a las personas juzgadoras), concibiéndolas como las representantes de la racionalidad discursiva, como las bocas que pronuncian las palabras más cercanas a la verdad a las que se puede acceder en un mundo desencantado.

³⁸¹ Vega, L. (2003), *op. cit.*, p. 141.

³⁸² *Ibid.*, p. 145.

³⁸³ Tovar, A. (1971). p. 78.

2. LA NUEVA RETÓRICA DE PERELMAN

En este epígrafe ya he expuesto mi posición con respecto al punto de vista lógico y con respecto al punto de vista dialéctico de la teoría estándar. Pero ¿qué ocurre con el retórico?, ¿ubico este trabajo en el mismo? Hablar del punto de vista retórico de la teoría estándar es hablar, fundamentalmente³⁸⁴, de Perelman, el padre de la «Nueva Retórica». López Eire³⁸⁵ explica que esta «Nueva Retórica» se inspira en unos principios de la ética del discurso muy semejantes a los de Habermas. Es decir, el punto de vista retórico adopta, al igual que el punto de vista lógico, las mismas bases filosóficas que el punto de vista dialéctico. También es cierto que esta afirmación tan tajante que acabo de hacer, resulta injusta con Perelman, pues su herencia teórica no puede reducirse a la ética discursiva, sino que encontramos en él, entre otras influencias, la impronta inequívoca de una de las almas de la retórica clásica: la aristotélica.

En efecto, Perelman se acerca a la dialéctica porque quiere restaurar la denostada imagen de la retórica. Es decir, Perelman intenta hacer lo que en su día hizo Aristóteles: mostrar que la retórica no es una mera técnica para el logro de la persuasión, sino que en ella tiene lugar la ética. Perelman defiende que puede existir un marco ético que regule las relaciones entre quien emite el discurso y su público. Cuenta López Eire que Aristóteles intentó, al igual que se intenta en nuestros días, mejorar la imagen denostada de la retórica, y que lo hizo destacando su carácter argumentativo y la proximidad de los argumentos retóricos con los silogismos, inaugurando el terreno de la verosimilitud, a medio

³⁸⁴ Cuenta López Eire que, junto con la Nueva Retórica de Perelman, que es la propuesta más avalada por la teoría estándar, también hemos de citar al grupo μ (o grupo de Lieja), que formula la Retórica General. Esta concepción, a diferencia de la de Perelman, no se centra en la argumentación sino en el estilo. Concibe la retórica como un instrumento de la poética, acogiéndose a la síntesis aristotélica entre retórica y poética en el área del estilo, y a la tradición humanista del renacimiento que vio en la retórica un arte creativo. La Retórica General se restringe al estilo y por eso se llama «grupo μ », en alusión a la primera letra de la palabra «metáfora» (metabolés) en griego. Este grupo centra su trabajo en la clasificación de figuras retóricas o literarias. A pesar de la aportación del grupo de Lieja, que es de tipo clasificatorio más que filosófico, la visión dominante del punto de vista retórico en el interior de la «Teoría Estándar» es la de Perelman. LópezEire, A. (1998). La retórica clásica y la actualidad de la retórica. In AA.VV, *Quitiliano: Historia y actualidad de la retórica* (Vol. I, pp. 203-315). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos. p. 299.

³⁸⁵ Ibid., p. 278.

camino entre la verdad y la creencia irracional. Lo que trataba de evitar Aristóteles era que todas las cuestiones de la vida, de gran importancia, que no son susceptibles de demostración, quedasen en manos de la irracionalidad. La tesis aristotélica es que la razón tiene cabida en el lugar de la opinión y del consenso social. Pero, objeta López Eire³⁸⁶, por mucho que Aristóteles nos diga que la retórica guarda similitudes con la lógica, no se nos escapa, ni tampoco al propio Aristóteles, que en la retórica no solo se emplean argumentos que apelan a la sabiduría común, sino que hace gala del noble carácter del orador o la oradora *ethos*, del estado de ánimo del auditorio *pathos* y de la emoción placentera que provocan la estética y la belleza de la palabra (estilo). En suma, la retórica es hechicera y cautivadora.

Como explica López Eire, Perelman, fundador de la «Nueva Retórica», que hizo su tesis con Frege (fundador de la lógica formal) se enfrentó también al dilema de si debían dejarse de lado todas las cuestiones no susceptibles de demostración científica. Perelman rehabilitó la retórica antigua indagando las relaciones del discurso retórico con el lógico y rebelándose contra la concepción de la retórica como arte de hablar y escribir bien haciendo caso omiso de la argumentación. López Eire sostiene que Aristóteles era consciente de la gran importancia de legitimar la retórica, pues había aspectos tan importantes como la justicia y la ética, que no podían explicarse con la mera lógica formal, dado que en esos campos no hay verdades necesarias y universales.

Perelman se enfrentó al rechazo cartesiano a la retórica (pues el cartesianismo solo cree en la verdad científica) y a las retóricas estratégicas de moda; igual que Aristóteles se enfrentó a Platón y a la sofística. El modelo de la «Nueva Retórica» concibe a la retórica, ante todo, como teoría de la argumentación (y no como exaltación de las pasiones, del carácter o de la belleza estilística). La retórica, para Perelman es parte de la dialéctica, que se basa en el arte de razonar a partir de opiniones generalmente admitidas³⁸⁷. La dialéctica de Perelman está asociada a la lógica informal, en la que no se pretende alcanzar verdades cartesianas, con deducciones que surgen de las premisas por la fuerza de los axiomas, sino que, mediante argumentos parecidos a los de la lógica formal podemos aspirar a mostrar el carácter razonable de una propuesta, sin

³⁸⁶ Ibid., p. 290.

³⁸⁷ Ibid., p. 293.

pretender que esa propuesta sea universal, pues admitimos que caben tesis contrarias³⁸⁸.

Esto que explica tan bien López Eire lo dice también claramente el propio Perelman. Así, en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, explica que su meta era encontrar una metodología que permitiera realizar razonamientos sobre cuestiones valorativas. Por eso, él y Olbrechts-Tyteca analizaron múltiples textos jurídicos tratando de estudiar cómo operaba la lógica en la argumentación jurídica y llegaron a la conclusión de que en el ámbito del derecho no había lógica formal, sino técnicas de argumentación propias de la tradición retórica, dialéctica y tópica³⁸⁹, tal y como dicha tradición era concebida antes de que la retórica quedase reducida a una recopilación de recursos literarios. Sin embargo, la parte de la tradición retórica que Perelman rescata es la que persuade por medio del discurso, excluyendo tanto la violencia como la seducción (es decir, excluyendo la parte más estética y emocional de la retórica, y quedándose con la más cercana al *logos*).

Perelman rescata un concepto relevante en la retórica (el de «auditorio») y lo reforma para dar a la retórica un giro hacia la ética discursiva habermasiana. Este es el modo que Perelman escoge para limpiar a la tradición retórica de impurezas. Como es sabido, Aristóteles estudió los auditorios particulares, que se diferenciaban por la edad y por la posición social de las personas que los integraban. El Estagirita analizó la forma de ser propia de varios grupos de edad (juventud, madurez y vejez) y de distintos estratos socioeconómicos. El aspecto que Aristóteles estudió fue la predisposición de esos grupos a experimentar determinadas emociones ante distintas situaciones (por ejemplo, la propensión de la juventud a apasionarse). Estas variaciones en el carácter de las personas que componen el auditorio condiciona la eficacia del discurso en ese público concreto. Frente a este auditorio de Aristóteles, Perelman imagina un auditorio universal, formado por cualquier persona razonable. Es decir, Perelman se centra en los aspectos discursivos que podrían convencer a cualquier interlocutor posible, sin importar su edad o condición social.

La persona razonable de Perelman, a la manera de la dialéctica, nace sin biografía, sin historia y sin emociones. Es incluso incorpórea, de modo que su presencia real no es necesaria. Es solo un artificio en la imaginación de la persona oradora, que le sirve para calificar de eficaz a su propio

³⁸⁸ Ibid., p. 294.

³⁸⁹ Perelman, C. (1979), *op. cit.*, p.136.

discurso sin tener que someterse a los antojadizos auditorios formados por gente real. Por tanto, esta «Nueva Retórica», sostiene Perelman, nace unida a la dialéctica, e incluso a la lógica formal, que se considera algo complementario y útil para los momentos en los que sean necesarias las demostraciones³⁹⁰. Alexy³⁹¹ señala que, para Perelman, la retórica se legitima por remisión a la razonabilidad del auditorio al que persuade. Por eso, en el centro de la teoría de Perelman se encuentra la caracterización de un auditorio al que solo se persuade mediante argumentos racionales. Para Perelman este es el auditorio universal, que es el criterio para la racionalidad y objetividad de la argumentación.

Sin embargo, Alexy constata que Perelman encuentra algunas dificultades de fundamentación, que son semejantes a las dificultades a las que se enfrentó Habermas con su ética discursiva. La primera de ellas es que un acuerdo real de todas las personas es algo imposible. Quien se dirige al auditorio universal sabe que es imposible que todos los seres humanos escuchen sus argumentos, y no espera que el mundo entero concuerde con ellos, pero sí parte de que todas las personas, sin tuvieran conocimiento de sus argumentos y los comprendieran, estarían de acuerdo con ellos. Lo más complicado de la idea de Perelman, afirma Alexy, es su tesis de que la composición de este auditorio universal depende de cómo cada uno de nosotros, desde nuestra cultura y circunstancias, nos imaginamos tal auditorio universal. Perelman³⁹² plantea, siguiendo el imperativo categórico de Kant³⁹³, la exigencia de comportarnos como si fuésemos una persona juzgadora cuya decisión deba proporcionar un principio válido para todo el mundo³⁹⁴. En consecuencia, la persuasión del auditorio universal es la persuasión de todos los seres racionales.

³⁹⁰ Ibid., p. 142.

³⁹¹ Alexy, R. (1989), *op. cit.*, p. 161.

³⁹² Perelman, C. (1957). Evidence et Preuve. *Dialectica* (11), 230-238. cft.

³⁹³ Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe. cfr.

³⁹⁴ Esta tesis de Alexy se parece a otra de Vega Reñón. Sostiene dicho autor que podríamos considerar buena argumentadora a la persona que obra de acuerdo con esta máxima de corte kantiano: «argumenta de manera que tus intervenciones discursivas sean contribuciones que respeten los valores de la argumentación y faciliten nuevas contribuciones a los fines de la argumentación en su marco y contexto». Los valores que aporta la buena argumentación son el entendimiento mutuo, el respeto de cada persona a sí misma y a sus interlocutoras como agentes discursivos autónomos y competentes,

El auditorio no es, según Perelman, el conjunto de todos los seres humanos reales. El auditorio universal es la humanidad ilustrada, el conjunto de seres humanos en tanto que seres racionales, que poseen información y tienen competencias para comprenderla³⁹⁵. El auditorio universal, por tanto, podría entenderse como la totalidad de las personas en el estado en el que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas. El auditorio universal de Perelman se corresponde con el consenso alcanzado bajo condiciones ideales en la filosofía de Habermas, en la situación ideal de diálogo. La idea central en el planteamiento de ambos es el principio de universalidad: un juicio de valor solo puede considerarse argumentado si todas las personas racionales pudieran estar de acuerdo. En la «Nueva Retórica», continúa Alexy, lo que se busca no es la persuasión de un auditorio real, formado por personas de carne y hueso al que nos estamos dirigiendo en un momento concreto. El concepto de filosofía de Perelman no se orienta a persuadir, sino a convencer. No se busca realizar un discurso eficaz, sino un discurso válido, capaz de lograr el asentimiento de todos los seres racionales³⁹⁶.

Dado lo expuesto hasta aquí, puedo concluir que la perspectiva retórica de la teoría estándar, se encuentra más cerca del punto de vista dialéctico que de la propia tradición retórica. Cuando expuse las tres perspectivas de la teoría estándar señalé que, según Vega Reñón, la pregunta ¿qué es una buena argumentación para la retórica? habría de responderse con la respuesta: la que logra persuadir; mientras que la pregunta ¿qué es una buena argumentación para la dialéctica? se respondería: la que cumple con las reglas del diálogo racional³⁹⁷. Observamos que, si asumi-

la asunción de las responsabilidades contraídas y el control efectivo de la información y del conocimiento compartido o público. Vega, L. (2003), *op. cit.*, p. 289.

³⁹⁵ Alexy, R. (1989), *op. cit.*, p. 162.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 165

³⁹⁷ Por supuesto, esta clasificación de Vega Reñón es cuestionable (de hecho, pronto la cuestionaré), pero por el momento nos sirve a efectos filosóficos. Ahora bien, paradójicamente, otras propuestas históricas que se llaman a sí mismas «dialécticas», pertenecen al punto de vista retórico según la clasificación que tomo de Vega Reñón basada en la pregunta ¿qué es una buena argumentación para el punto de vista retórico?; he señalado que la respuesta a esta pregunta es: aquella que logra persuadir. Pues bien, veamos lo que escribió Schopenhauer en su célebre *El arte de tener razón*. Explica el filósofo que en la dialéctica hay que dejar de lado la verdad, o considerarla accidental. La dialéctica consiste en el arte de tener razón, en defenderse contra ataques de todo tipo. La dia-

mos la tesis del auditorio universal de Perelman, nos hemos salido del punto de vista retórico y nos hemos adentrado en el dialéctico. La buena argumentación ya no es, como en la tradición retórica, la que consigue persuadir a un auditorio particular, sino que la buena argumentación es la que realizaría una persona racional (entendiendo por «racionalidad» una concepción kantiana como la que adopta Habermas).

Pero las similitudes entre la «Nueva Retórica» y el punto de vista dialéctico no quedan aquí. Alexy señala que, si adoptamos la tesis del auditorio universal estaremos aceptando algunas reglas discursivas implícitas: la persona que se dirige al auditorio universal se dirige también a sí misma, por lo que se excluye la mentira; además ha de ser imparcial, pues quien actúa con parcialidad solo convence a las personas que se encuentran en la misma situación. Perelman sostiene que la persona oradora, cuando se dirige a un auditorio particular, debe apoyarse en lo que las y los oyentes le concedan en un principio. La diferencia es que, cuando se habla a un auditorio universal, la persona oradora trata de proponer tesis que todas las personas racionales puedan compartir³⁹⁸.

Perelman, en su intento por rechazar la visión de la retórica como «persuasión a cualquier precio», pretende sustituir a la persuasión por un interés más elevado, que tienen aquellas personas que dirigen al auditorio universal: la convicción racional. Esta convicción racional, además, no se basa en la calidad de las inferencias argumentales, ni en su correspondencia con la verdad; sino que se basa en la capacidad de la persona oradora de imaginar a todas las personas racionales, según claro está, su propia noción de racionalidad (que en el modelo de Perelman es una racionalidad de tipo transcendental, como la kantiana). Por tanto, vemos que Perelman llama «Nueva Retórica» a una propuesta que encaja perfectamente en la filosofía que adopta el punto de vista dialéctico de la teoría estándar. Realmente ese sustrato filosófico es precisamente lo que caracteriza a la llamada «teoría estándar de la argumentación».

léctica no se preocupa por quién tiene razón realmente, al igual que en la esgrima no se tiene en cuenta quién tenía razón en la discusión que originó el duelo. La dialéctica es una esgrima intelectual. Como vemos, la dialéctica erística de Schopenhauer alude a una retórica que se despliega en el contexto de un debate, al igual que hicieron otros autores de la tradición retórica, pues dicha tradición siempre se ha preocupado por los debates rápidos y de intervenciones cortas, y no solo por los discursos unilaterales. Schopenhauer, A. (2002). *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas*. (F. Volpi, Ed., & J. Alborés, Trans.) Madrid: Alianza. p. 17.

³⁹⁸ Alexy, R. (1989), *op. cit.*, p. 171.

3. LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO FRENTE A LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría crítica del derecho (movimiento *Critical Legal Studies*) ha dirigido duras acusaciones contra la teoría de la argumentación jurídica. A pesar de que el lenguaje, como elemento interpretable y complejo, ofrece grandes posibilidades a la praxis crítica, es común encontrar una férrea oposición desde la teoría crítica a la argumentación jurídica. Encontramos oposición de la misma frente a la teoría estándar de la argumentación, a la que acusa de ser un discurso justificativo y legitimador, que proporciona un barniz de racionalidad a decisiones que se toman por intereses distintos y ocultos. Atienza³⁹⁹, desde la teoría de la argumentación, concede a la teoría crítica que el derecho no es solo argumentación, sino que también tiene relación con el poder. Atienza señala que él no pretende dar una imagen angelical del derecho.

Autores críticos como Santos⁴⁰⁰ y Capella⁴⁰¹, consideran que el derecho no consiste solo en argumentación o retórica, sino que también es burocracia y violencia. Atienza⁴⁰² admite que estas cuestiones han sido poco tratadas por la teoría estándar de la argumentación jurídica y que uno de los retos pendientes de la teoría de la argumentación es dar entrada a las aportaciones de la teoría crítica. Solo así la teoría de la argumentación puede evitar caer en una visión idealizada, gremial y conservadora del derecho. La argumentación puede jugar un papel ideológico, en sentido marxista, cuando se utilizan motivaciones racionales, dando la sensación de que no se está ejerciendo el poder; es decir, revistiendo al poder de razonabilidad. O se puede creer que el poder está legitimado simplemente porque el que lo ejerce tiene la obligación de decidir dando razones.

Considero que este es uno de los principales problemas que presenta la ética discursiva suscrita por la teoría estándar de la argumentación jurídica. La teoría estándar enfatiza los procedimientos (una ponderación realizada siguiendo determinados pasos racionales, o un proceso que ha garantizado un diálogo racional sin coacciones) y presenta sus

³⁹⁹ Atienza, M. (2013), *op. cit.*, p. 809.

⁴⁰⁰ Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político de la postmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes. Cfr.

⁴⁰¹ Capella, J. (1985). El trabajo como dato prejurídico. *Doxa* (2). Cfr.

⁴⁰² Atienza, M. (2013), *op. cit.*, p. 825.

resultados como no ideológicos, como imparciales, técnicos y libres de valores culturales. La teoría de la argumentación parece defender que es posible un razonamiento jurídico libre de emociones, de consideraciones políticas y de violencia. Cuando ese aire de tecnicismo se sitúa del lado de las instituciones del estado, que poseen una importante fuerza coactiva, el resultado es una justificación del poder y un ocultamiento de los aspectos ilegítimos de su praxis.

Ahora bien, concedo a Atienza⁴⁰³ que una cosa es reconocer la existencia de límites al enfoque argumentativo, y otra pensar que la argumentación tiene en el derecho una relevancia muy escasa, porque lo que cuenta no son las razones, sino las coacciones. También coincido con Atienza en su rechazo a la tesis de relativismo moral que es frecuente en la teoría crítica del derecho. Atienza considera que en los sistemas constitucionales hay un cuerpo de valores y derechos que tienen un papel muy importante en la práctica jurídica y que permiten que se den argumentaciones éticas y sinceras. El problema principal de la teoría crítica, en opinión de Atienza, es que su posición de activismo externo al derecho puede excluirlos de participar en el juego del derecho desde el interior de las profesiones jurídicas. Esto les dificulta la contribución a la mejora de la sociedad, que es la finalidad que puede dar sentido a la teoría del derecho. Este problema podría denominarse «el síndrome del crítico», la obsesión por ser más críticos que nadie. La visión argumentativa del derecho supone adoptar, hasta cierto punto, una visión optimista con respecto a las capacidades de transformación de la sociedad que ofrece el derecho⁴⁰⁴. Atienza se pregunta por el tipo de crítica que se quiere construir. Podemos pensar en elaborar una crítica que intente desmitificar lo que hacen las personas que trabajan con el derecho, y enseñarles que deberían dejar de pensar que actúan de manera razonable y ética. Pero Atienza considera que es preferible dirigir la crítica a la tarea de hacer efectivos los derechos humanos y la dignidad. No se trata de que seamos las personas más críticas del mundo, sino de contribuir a mejorar la sociedad. No se trata solo de entender el mundo, sino además, como quería Marx, de transformarlo⁴⁰⁵.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 825.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 826.

⁴⁰⁵ Atienza alude a la famosa cita de Marx (Marx, 1959): «Los filósofos se han limitado a interpretar el mundo de distintos modos; de lo que se trata es de transformarlo». p. 635.

Considero que la propuesta que formulo en este trabajo es adecuada para una práctica comprometida de las profesiones jurídicas, consciente de las grandes posibilidades de transformación social que ofrece la textura lingüística del derecho. Lejos de fundar la legitimidad del derecho sobre el cumplimiento procedimientos y reglas dialécticas (o sobre la acumulación de habilidades y cualidades deontológicas, banalizando una ética de la virtud), este trabajo resalta el carácter contextual de la legitimidad moral. Los profesionales del derecho que simpaticen con el ideal humanista y hermenéutico que aquí se propone se abren al diálogo real con los valores y necesidades de la comunidad, desde una actitud de promoción de la dignidad humana y de sensibilidad hacia las vulnerabilidades. Apartándose de una visión gerencial del trabajo, que reduce el derecho a una disciplina instrumental, la perspectiva humanista ubica a la praxis jurídica dentro de la vida cultural y política. Esta mirada activa (y activista) de las profesiones jurídicas puede rastrearse en el republicanismo cívico y en sus momentos de profundización democrática.

4. LA RETÓRICA CLÁSICA COMO FORMA DE VIDA

De todas las influencias teóricas del presente trabajo, sin lugar a dudas, la más relevante para el mismo es la tradición de la retórica clásica. Dicha tradición puede aportar mucho a la teoría de la argumentación. Michael H. Frost⁴⁰⁶ señala que para la abogacía de hoy es verdaderamente interesante acercarse a la retórica clásica. La retórica clásica estudia el papel que las emociones tienen para lograr la persuasión en Sala, y también el modo en que el carácter del abogado o la abogada puede aumentar la credibilidad. Además de eso, la retórica analiza aspectos de gran interés en la relación entre la abogacía y la clientela, tales como la fijación justa de emolumentos. Asimismo, la retórica clásica explica cómo debe ser la educación de juristas, cómo identificar cuál es el problema jurídico que se debate, cómo preparar un caso y cómo localizar buenos argumentos. En efecto, estos aspectos a los que Frost hace referencia, manifiestan la riqueza de las aportaciones de la retórica clásica que están muy cerca de las necesidades de la abogacía actual. Además de contar con numerosos

⁴⁰⁶ Frost, M. (2005). *Introduction to Classical Rhetoric. A lost Heritage*. Aldershot: Ashgate. p. VII.

consejos y ejemplos prácticos, cuentan con una completa fundamentación teórica. Esto hace que la retórica clásica no sea simplemente un arte orientado a la persuasión de la persona juzgadora, sino una educación integral, una orientación moral, un cuerpo intelectual, y una identidad. Hoy, por desgracia, carecemos de ese ambiente cultural, de esa fascinante «cultura de la retórica» que es imprescindible para que una preceptiva no se convierta en un vulgar ejercicio de mercadotecnia.

Como señala López Eire⁴⁰⁷ la retórica es un arte que capacita para convencer a otras personas, valorándolas como ciudadanas libres. Esta se da en un ambiente de libertades públicas en el que es posible convencer y mover los sentimientos, persuadir mediante lo racional, lo psicológico y lo estético⁴⁰⁸. El espíritu retórico no aspira a la Verdad con mayúscula, sino a generar mayorías que aprueben valores que podamos poner en práctica en un sistema compartido; es decir, es un espíritu que busca acuerdos y relatos públicos verosímiles. Cuando las *poleis* griegas perdieron su libertad y la ciudadanía dejó de gobernarse a sí misma, la retórica se refugió en la educación, donde pasó a representar a los estudios humanísticos y literarios necesarios para formar a una persona brillante preparada para los asuntos públicos y para el litigio forense. Este fue el papel de la retórica en la época helenística y en la romana. De este modo, la retórica continuó estando estrechamente vinculada al ideal de la participación activa en la vida cívica. La oratoria romana protagonizó un importante desarrollo de la disciplina. Y, desde mi punto de vista, la más interesante aportación fue el proponer una nueva respuesta a la pregunta sobre la legitimidad moral de la retórica (que había sido cuestionada en la *polis* griega). El carácter romano era demasiado práctico para denostar elementos persuasivos como las emociones o la belleza. Por eso Cicerón desarrolla un ideal humanista⁴⁰⁹ que ilustra este giro a lo que podríamos llamar «retórica de la virtud», que constituye un aumento de la importancia de los elementos psicológicos y, especialmente, del *ethos* de la persona abogada, entendido como configuración de un carácter enriquecido por múltiples virtudes y conocimientos intelectuales y morales. Cicerón destacó en el dominio de los elementos psicológicos y estilísticos, que tienen un importante papel en este giro de la retórica. Este

⁴⁰⁷ Ibid., p. 208.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 220.

⁴⁰⁹ Esta cuestión la desarrollo y la apoyo con referencias más adelante.

célebre orador enfatizó la importancia de las emociones⁴¹⁰ en la retórica y formuló un completo ideal intelectual y moral de la persona oradora, que debía dominar tanto el derecho como la filosofía, pasando por disciplinas como la lógica.

Quintiliano⁴¹¹, el gran sucesor de Cicerón, enfatizó la importancia de la educación y de la formación cultural dentro del modo de vida retórico. Para él la retórica es la esencia de la educación humanista, de la persona de letras que además se conduce por un ideal de virtud moral. La retórica de la virtud que defiende Quintiliano bebe del estoicismo romano y también de la retórica de Isócrates⁴¹², que había defendido el ideal republicano según el cual la retórica era la enseñanza central de la completa educación intelectual y moral que debía poseer cualquier ciudadano de la polis. Gorgias⁴¹³ también había sostenido que un orador debe comenzar por ser justo, de modo que, contra las acusaciones aristotélicas, la retórica sofística no era una mera técnica, sino que contenía una educación ética. Según Quintiliano⁴¹⁴ para ser un orador se debe ser dos cosas: una persona buena y una persona experta en hablar de modo persuasivo. En el modelo de Quintiliano, por consiguiente, la retórica consiste en dos cualidades: en ser una persona que se conduce de modo ético y en ser capaz de persuadir mediante la palabra. Este aspecto de la filosofía de Quintiliano es central y no debería pasar desapercibido: para Quintiliano la retórica no es simplemente el arte de persuadir, sino el arte de persuadir ejercido por una persona que posee una determinada educación moral e intelectual. Esta es la tesis central de la propuesta a la que he denominado «retórica de la virtud», que considero que es la que mejor retrata a la cultura de la retórica.

Ante la pregunta de Vega Reñón⁴¹⁵ ¿qué es una buena argumentación según este punto de vista?, Quintiliano respondería: la argumentación persuasiva realizada por una persona que ha construido un determinado

⁴¹⁰ Cicerón dedica unas líneas a describirse a sí mismo como orador, enunciado lo referido en este párrafo.

⁴¹¹ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

⁴¹² Isocrates. (1928). Antidosis. In *Isocrates* (G. Norlin, Trans., Vol. I). Cambridge: Harvard University Press. cfr.

⁴¹³ Platón. (1983). *Gorgias*. In *Diálogos* (J. Calonge, Trans.) Madrid: Gredos. § 456 d-e; 457 a; 460 c-e.

⁴¹⁴ Esta visión la había sostenido Catón el Mayor.

⁴¹⁵ Vega, L. (2003), *op. cit.* cfr.

carácter. No hay oratoria sin persona oradora. No hay retórica sin *ethos*. La retórica clásica resulta ser más compleja que la de la mirada que la reduce a un arte de la persuasión. López Eire explica que el orador de Quintiliano es alguien que ejemplifica el ideal ético e intelectual de su sociedad. La retórica requiere conocimiento de la poesía, la filosofía, la pedagogía, la ética, el derecho, la política, la teoría literaria y la gramática. La retórica es la asignatura fundamental de la formación humana total, provista de marcados perfiles morales. Es una retórica humanista que se estudia en la escuela romana⁴¹⁶.

López Eire señala que durante la Edad Media, sin embargo, en Europa la retórica quedó reducida a un conjunto de técnicas para lograr la persuasión. Esa era la lectura que se deducía de la *Invención Retórica*⁴¹⁷ de Cicerón y del tratado anónimo⁴¹⁸ *la Retórica a Herenio*; que fueron las dos obras de mayor difusión medieval y que consistían en una serie de consejos para persuadir, sin un sustrato intelectual ni ético. Por tanto considero que si durante este periodo, hubiéramos preguntado a alguien ¿en qué consiste una buena argumentación retórica?, nos hubiera respondido sin más: una buena argumentación retórica es la que logra persuadir. En la Edad Media se olvidó la cultura de la retórica. La retórica había quedado empobrecida durante la Edad Media, pues fue excesivamente pragmática y no dejaba ver el conjunto plenamente integrado en un sistema social inspirado por el anhelo de la antigua Grecia, de las ideas de democracia, libertad y educación entendida de manera total, incluyendo en ella a la formación ética⁴¹⁹.

Pero algo empezó a cambiar en el siglo XV, según relata López Eire⁴²⁰, ya que Poggio Florentinus descubrió en un monasterio un manuscrito de las *Instituciones Oratorias*⁴²¹ de Quintiliano, y esto permitió que Europa recuperase el espíritu de la retórica clásica, viendo que la retórica era mucho más que una serie de técnicas. La retórica era una forma de vida, un ideal pedagógico y moral. Este descubrimiento fue casi contemporáneo del de un manuscrito de *Diálogos del orador*⁴²² de Cicerón, otra obra

⁴¹⁶ López Eire, A. (1998), *op. cit.*, p. 237.

⁴¹⁷ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.

⁴¹⁸ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 247.

⁴²⁰ López Eire, A. (1998), *op. cit.*, p. 239.

⁴²¹ Quintiliano, M. (2001), *op. cit.*

⁴²² Cicerón, M. (1951), *op. cit.*

con contenido filosófico. Ambas obras han sido cruciales en la sistematización, en el presente trabajo, de la «retórica de la virtud». Las retóricas medievales, que eran manuales de enumeraciones de técnicas, dan paso a las retóricas renacentistas, que recuperan el humanismo clásico. El Renacimiento, como es sabido, quedó fascinado por el ideal de la persona clásica y en Florencia se ensayaron repúblicas democráticas inspiradas por los ideales del republicanismo cívico, en medio del apogeo del humanismo italiano. Desde las primeras producciones de la imprenta hasta el año 1700 proliferaron los libros de retórica escritos en muchas lenguas. La retórica se implantó con fuerza en las universidades y durante el renacimiento y el barroco la retórica clásica se enriqueció con la conquista de la poética y la estética, bajo la inspiración de las obras descubiertas de Cicerón y de Quintiliano. Este es el auge renacentista de la retórica.

La ciencia que pusieron en marcha Copérnico, Kepler, Galileo y Newton, que se consolidó en el siglo XVII dio lugar al comienzo de una nueva era que llega hasta nuestros días y que está marcada por el progreso indiscutible de la ciencia. En la era del método científico y de la búsqueda de la Verdad empírica no había sitio para la retórica, territorio de lo razonable, donde razón y emoción se entremezclan al igual que lo real y lo imaginario⁴²³. En resumen, como señala López Eire, con el esplendor de la ciencia renació la crítica platónica a la retórica, las mismas acusaciones y prejuicios, como el de la hermandad entre la retórica y la manipulación política, o el de la retórica como engaño y argucia. Este punto de vista científicista elimina de un plumazo el ámbito de lo aceptable y lo verosímil⁴²⁴. Sin embargo, resulta que las cuestiones más cotidianas y de más interés en las sociedades humanas no pueden someterse al rigor de la matemática. El racionalismo que persigue la verdad científica nada puede decir sobre las verosimilitudes basadas en los valores aceptados por la comunidad⁴²⁵.

En el siglo XVIII el antiguo dominio de la retórica es invadido por la lógica (la lógica se hace con el control de la antigua *inventio*, que se transforma en teoría de la argumentación), y la retórica, reducida a un compendio de figuras retóricas (antigua *elocutio*), se fusiona con la literatura. La retórica ahora hace alusión a las figuras retóricas o literarias, concebidas como ornamentación verbal y no queda ni rastro de la retórica

⁴²³ LópezEire, A. (1998), *op. cit.*p. 249.

⁴²⁴ LópezEire, A. (1998), *op. cit.*p. 254.

⁴²⁵ LópezEire, A. (1998), *op. cit.*p. 255.

como cultura, como forma de vida de la antigüedad clásica. Los efusivos intentos que Vico hace en este siglo para rescatar esa retórica del sentido común, de la pasión y de la imaginación, no tienen demasiado éxito⁴²⁶. En el siglo XX⁴²⁷, de la mano de la pragmática y la hermenéutica, renace el interés por la retórica y es en este contexto donde surge mi propuesta hermenéutica de la «retórica de la virtud».

En *The Art of Persuasion in Greece*, Kennedy⁴²⁸ señala que los lectores y lectoras actuales tienden a simpatizar con la filosofía en su disputa con la retórica. En la filosofía ven una devoción a la verdad y honestidad. En la segunda ven habilidad verbal, pomposidad vacía, debilidad moral y un deseo de obtener fines mediante cualquier medio. Soy consciente de que existe la impresión generalizada de que la retórica se dirige a la persuasión al precio que sea, incluso engañando y mintiendo. Además, es posible que mucha gente crea que el problema está en la apelación a las emociones como la compasión o el miedo, y esa apelación a las emociones ocupa muchísimas páginas de la retórica clásica. Considero que, si a la retórica clásica se le quita el lugar relevante concedido a las emociones, como en mi opinión ha intentado la teoría estándar, nos queda una especie de lógica informal muy alejada del carácter de la retórica clásica. Sin embargo, como señala Kennedy, tal vez merezca la pena revisar nuestra opinión sobre la retórica clásica poniéndola en su contexto, pues veremos que la retórica tiene un intenso espíritu democrático y que se opone a las verdades absolutas, pues está abierta a ver los dos lados de cada cuestión; la retórica, además, nos proporciona una disposición a prestar atención a las opiniones de otras personas. Es decir, la retórica fue imprescindible para la democracia y para la intelectualidad clásica que tanto elogiamos.

Desde mi punto de vista las técnicas retóricas dan la impresión de ser manipuladoras cuando se presentan descontextualizadas, es decir, cuando se las purga del armazón filosófico que les da sentido. Aunque se ha de admitir que es muy fácil olvidar tal armazón intelectual y quedarse solo con las técnicas. Así, Quintiliano, el gran defensor de ese armazón intelectual de la retórica, sostiene que ninguna retórica puede ser mejor que el carácter de su orador y la retórica a veces seduce a las

⁴²⁶ LópezEire, A. (1998), *op. cit.*p. 256.

⁴²⁷ LópezEire, A. (1998), *op. cit.*p. 263.

⁴²⁸ Kennedy, G. (1963). *The Art of Persuasion in Greece*. Nueva Jersey: Princeton University Press. p. 23 y ss.

personas oradoras hasta el punto de centrarse solo en la calidad técnica, en el poder del discurso. Resulta evidente, critica Quintiliano, la seria carencia de responsabilidad moral en algunos de los últimos oradores áticos, que persiste en la mayoría de la oratoria latina, de manera que incluso Cicerón puede jactarse con satisfacción de confundir a un jurado cuando defendía a un cliente indigno.⁴²⁹ El saber retórico contiene en sí la tentación del desafío intelectual técnico, de defender lo indefendible o de hacer que la peor causa parezca la mejor. Pero esto no puede conducirnos a olvidar que la retórica que Cicerón y Quintiliano enseñaban no consistía en un conjunto de técnicas para el logro de la persuasión, sino que se trataba de un modo de vida y de una visión intelectual y comprometida de la práctica del derecho que tiene mucho que aportar a las profesiones jurídicas del mundo actual.

⁴²⁹ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca. 2-17-21.

CAPÍTULO 6

PERSPECTIVAS EN LA RETÓRICA CLÁSICA

1. EL DEBATE CLÁSICO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA RETÓRICA Y LA VIRTUD

En este trabajo he reivindicado la recuperación, por parte de la teoría de la argumentación jurídica actual, del legado de la retórica clásica. En concreto, he sostenido el interés que presenta el punto de vista al que he denominado «retórica de la virtud». Pero resulta necesario poner de manifiesto que la retórica clásica, como todo momento histórico, posee múltiples lecturas e interpretaciones, de modo que la que he denominado «retórica de la virtud» constituye solo una de dichas posibles aproximaciones. Es sabido que no toda la filosofía clásica suscribió la vinculación entre la retórica y la búsqueda de la virtud. La más célebre crítica que se ha dirigido contra la retórica fue la expuesta por el filósofo Platón⁴³⁰

⁴³⁰ Tovar considera que la posición tan beligerante con la retórica que adopta Platón fue, en parte, consecuencia del intento de defenderse a la amenaza de Isócrates, un orador prestigioso y brillante que enseñaba retórica y que podía desviar a la juventud hacia un ideal más mundano que el de la filosofía. Platón temía que la cultura griega se orientase hacia el brillo y el éxito práctico del individuo, hacia el poder y el dinero, sin atender a lo que al filósofo le parecían valores superiores, como la búsqueda del conocimiento y del bien. La retórica, que en aquel entonces era algo muy distinto a una técnica para lograr el poder, podía sin embargo, convertirse en una fortísima aliada de un pragmatismo carente de ética e interesado únicamente en el dinero y la fama. Sin embargo, matiza Tovar, con los años Platón fue moderando su animadversión a la retó-

en su diálogo *Gorgias*⁴³¹. En dicha obra Platón (alarmado por el éxito de una retórica frívola que se había extendido y de la que se estaban lucrando charlatanes variopintos) expresó que el lenguaje persuasivo es esencialmente incompatible con la ética, y no solo porque la persuasión se produzca fundamentalmente mediante la apelación a las emociones y a la estética, sino fundamentalmente porque al público le gusta que le mientan y que le digan lo que quiere escuchar⁴³². Platón consideraba que la sociedad de su tiempo era corrupta e inculta y que dicha sociedad mostraba recelo ante las personas honestas. Por eso Platón creía que el triunfo social (o el logro de la persuasión) de una persona honrada era un oxímoron. El punto de vista de Platón es opuesto al ideal de la «retórica de la virtud» porque esta última perspectiva de la retórica considera que el éxito en la litigación y la búsqueda de la excelencia moral deben ir de la mano. Dicho punto de vista fue acogido por parte de la tradición sofística (a pesar de su mala fama, debida en gran parte a Platón). Gorgias creía que la persona oradora no solo ha de intentar ser persuasiva sino, además, ser justa. El modelo retórico de Gorgias (como puede constarse en el mismo diálogo platónico) no tiene como metas principales el poder y el dinero, y ni siquiera la victoria. Las palabras de Gorgias al

rica, a la que fue tomando más estima cautivado por la belleza de algunos discursos de Isócrates. Primero, en el *Fedro*, comparó a la retórica con la poesía, valorando el elemento estético que poseía la retórica y la armónica perfección del discurso, que lograba imitar a la naturaleza. Un buen discurso es una obra de arte, es poesía. Isócrates no quedó del todo complacido con la rectificación platónica, pues él consideraba que la retórica formaba parte, legítimamente, de la filosofía y se oponía a la postura platónica de que existía una ciencia de la virtud. Isócrates en *El elogio a Helena* criticó la posición platónica del *Menón* de que no solo había una ciencia de la virtud, sino que además esta se podía enseñar. Isócrates agradeció los elogios platónicos, pero en el fondo le disgustó que Platón le negase el nombre de filósofo. Platón, en *El político* reconoció que la retórica era una ciencia, una episteme, aunque una de segunda clase que operaba mediante mitología y no alcanzaba la verdad; y en el *Filebo* mantuvo esta misma concepción. Tovar, Antonio; Prólogo a la Retórica de Aristóteles, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1971; p. III-XLVIII. Platón. (1988). *El Político*. In Platón, *Diálogos* (Vol. V). Madrid: Gredos. Platón. (1986). *Fedro*. In Platón, *Diálogos* (Vol. III). Madrid: Gredos. Platón. (1992). *Filebo*. In Platón, *Diálogos* (Vol. VI). Madrid: Gredos. Platón. (1983). *Gorgias*. In Platón, *Diálogos* (J. Calonge, Trans., Vol. II). Madrid: Gredos. Platón. (1983). *Menón*. In Platón, *Diálogos* (Vol. II). Madrid: Gredos. Posner, R. (2011). *Cómo piensan los jueces*. (V. Roca, Trans.) Madrid: Marcial Pons. Isócrates. (1979). *Elogio a Helena*. In *Discursos, Obra completa* (J. Guzmán, Trans.). Madrid: Gredos.

⁴³¹ Platón. (1983), *op. cit.*

⁴³² *Ibid.* § 502 e.

hablar de la retórica destilan pasión, pues en efecto, la retórica clásica se consideraba una forma de vida llena de dignidad.

A pesar de lo expuesto, en el citado diálogo Platón deja la puerta abierta a una retórica unida a la virtud, pero dicha retórica ideal se apartaría por completo de la tradición retórica. La retórica del ideal platónico sería pedagógica y paternalista, orientada a educar al auditorio y no a satisfacerlo. Platón desconfía profundamente de la racionalidad popular y de su capacidad de decidir moralmente sin una guía intelectual. En la teoría platónica las emociones se perciben como malas y como enemigas de la razón, y la ciencia se concibe como el ideal epistemológico capaz de conducir a una Verdad con mayúsculas⁴³³. Donde caben las pasiones, impredecibles, parece no tener cabida la Verdad. Para llegar a la Verdad única hay un único camino, de modo que la variedad de opiniones de un auditorio no puede ser vista, en este esquema platónico, más que como una variedad de visiones erróneas. Solo un lenguaje capaz de eliminar toda ambigüedad o pluralidad de opiniones sería capaz de satisfacer el ideal discursivo esbozado por Platón⁴³⁴. Por eso, el lenguaje de la retórica virtuosa del ideal platónico sería el lenguaje de la lógica, orientado a eliminar toda ambivalencia y desprovisto de estilo y de emoción. La retórica platónica virtuosa sería (en el lenguaje actual) teoría de la argumentación reducida a su dimensión de lógica formal.

Aristóteles⁴³⁵, discípulo de Platón, quiso combatir también a la vertiente más frívola de la retórica, pero consideró que no toda la tradición retórica era igualmente censurable. En su célebre obra *La Retórica* Aristóteles señala que hemos de diferenciar a quienes, estudiando la retórica, se centran en la forma más efectiva de influir sobre las pasiones de la judicatura, de quienes prestan atención a los argumentos retóricos, es decir, a los aspectos internos de la argumentación. Por tanto, Aristóteles condena a quienes se interesan por el papel de las emociones que,

⁴³³ Ibid. § 454 d-e.

⁴³⁴ Ibid. § 448 c.

⁴³⁵ Aristóteles estudió en la Academia de Platón y, en un diálogo de juventud que escribió Aristóteles, el «Grilo», sostuvo las mismas tesis que Platón expuso en el «Gorgias». Es decir, que la finalidad de la retórica era ejercer el poder, mientras que la filosofía se basaba en el amor a la verdad y no en la utilidad práctica; que la retórica no era un arte y que las personas oradoras no buscan otra cosa que agrandar mediante manipulación. Aristóteles, en el «Grilo» señala que la retórica sostiene que puede haber dos puntos de vista verdaderos sobre un mismo asunto, y eso, dice el Estagirita, es incompatible con la verdad. Tovar, A. (1971), *op. cit.* Aristóteles. (1990), *op. cit.*

sostiene el autor, pueden desviar a la persona juzgadora, mientras que lo que hay que promover es un derecho argumentativo y de decisiones fundadas en la razón y no en las emociones. La función de la retórica es probar los hechos, es decir, servir a la verdad fáctica⁴³⁶. La persuasión de la retórica debe lograrse mediante la demostración, mediante la solidez probatoria y argumentativa.

A pesar de la afinidad de estas tesis con el punto de vista platónico, Aristóteles rebaja la dureza de la propuesta platónica y salva múltiples aspectos de la tradición retórica. El Estagirita señala que aunque en los asuntos jurídicos y éticos no sea posible alcanzar verdades absolutas, sí es posible aspirar a la verosimilitud, a demostrar que algo es probable. Por ello son las personas estudiosas de los argumentos lógicos quienes serán también mejores en retórica. Así, la lógica se refiere a los silogismos, la retórica a los argumentos retóricos, y el saber dialéctico los estudia a ambos. Sin embargo los argumentos de la retórica no son iguales que los de la lógica, porque los primeros se basan en el conocimiento popular, que posee menor grado de certeza que el científico. A pesar de su menor grado de certeza la retórica es necesaria porque, aunque la verdad y la justicia brillan por sí mismas, hay que dar lugar a que se las vea y se las pueda comparar con sus contrarias; de modo que si se las expone con los mismos medios, la verdad saldrá victoriosa. Además, es necesaria la retórica porque la ciencia no logra persuadir a quienes no tienen un alto nivel cultural y es necesario hacerles llegar, de modo divulgativo, mediante nociones comunes (tópicos) las conclusiones complejas⁴³⁷. Aristóteles admite que es posible hacer de la retórica un uso desviado y utilizarla para lo injusto, pero dice, esta crítica puede hacerse a todos los bienes, salvo la virtud, por ejemplo podría decirse de la fuerza, la riqueza o incluso de la salud. Como vemos, Aristóteles teoriza sobre una retórica más restringida que recibe su legitimidad de su analogía con la lógica, es decir, con el arte de los silogismos; así como de su carácter instrumental con respecto a las finalidades de divulgar la verdad y de promover la justicia.

El terreno de la verosimilitud y de lo probable es la nueva área de legitimidad de la retórica, fundada por Aristóteles, donde la recopilación de lugares comunes se vuelve central para su consolidación como disciplina seria. En las fronteras de este arte quedan el carácter de la persona

⁴³⁶ Aristóteles. *Retórica*, *op. cit.* § 1354 b.

⁴³⁷ *Ibid.* §1355 b.

oradora y las pasiones, fuente de la manipulación, a las que Aristóteles no excluye pero sí trata con cautela. Para Aristóteles, la retórica se ocupa, ante todo de los lugares comunes (tópicos), y es una disciplina paralela a la dialéctica. Aristóteles intenta situarse en un prudente punto medio entre la retórica propagandística más banal y la férrea lógica de las verdades empíricas (que no logra dar cabida al amplio terreno de lo verosímil). La retórica aristotélica basa su legitimidad en un delicado equilibrio de semejanzas y exclusiones muy parecido al que hoy sostiene a la teoría estándar.

A diferencia de Platón y de Aristóteles, Cicerón valorará positivamente todas las aportaciones de la retórica clásica, incluyendo la variada tradición sofística. Por tanto, adopta una perspectiva más amplia de la retórica, cuya legitimidad no procede de su semejanza con el silogismo sino de sus cualidades propias. Cicerón ostenta una visión acogedora de la tradición retórica, a la que considera madre de la paz y del derecho, y atributo de la dignidad humana, capaz de igualar a las personas. La lectura ciceroniana de la retórica clásica es una de las piedras angulares de la «retórica de la virtud». Cicerón sostiene, al comienzo de su obra *La invención retórica*⁴³⁸: «es evidente que sólo un discurso grave y elegante puedo convencer a los hombres dotados de gran fuerza física para que, sometándose a la justicia sin recurrir a la violencia, aceptaran ser iguales que aquellos a los que podían dominar, y renunciaran voluntariamente a unas costumbres tan agradables a las que el tiempo les había conferido el carácter de un derecho natural»⁴³⁹.

El autor admite que hay personas que han utilizado la retórica para perseguir sus propios intereses desde la política. Eso provocó que las personas sabias se alejasen de la vida pública, copada por los oradores malvados, para refugiarse en la calma del estudio y el cultivo de la investigación científica. Pero esta no es una buena estrategia, según Cicerón. El autor considera que las personas honestas y estudiosas deben ser elocuentes para arrebatar el poder de las manos de las personas descaradamente corruptas. La retórica que reclama Cicerón va acompañada por la sabiduría que se despliega en la totalidad de la actividad humana y que lleva consigo gloria, honor y dignidad. La retórica es la fuente de la dignidad humana, pues dice Cicerón, «aunque en mi opinión los hombres son en muchos aspectos inferiores y más débiles que los animales, los superan

⁴³⁸ Cicerón, M. (1997), *op. cit.*

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 88.

especialmente por la capacidad de hablar»⁴⁴⁰. La retórica es, según Cicerón, un elemento definitorio de naturaleza política del ser humano (naturaleza que se desenvuelve en la participación activa de la vida cívica)⁴⁴¹.

Como vemos, en el modelo ciceroniano, la legitimidad de la retórica no procede de su analogía con la lógica ni de su tratamiento de lo verosímil (es decir, de una verdad de segunda clase); sino que procede de la dignidad inherente al habla, como cualidad característica y distintiva del ser humano. El habla, unida al cultivo de la sabiduría y orientada hacia la acción en la esfera pública, da lugar a la retórica. Las personas sabias y honestas no deben recluirse en la ciencia especulativa, sino que han de tener compromiso político, pues en la política también cabe la dignidad, según sostiene Cicerón. La intelectualidad no ha de permitir que la política se vuelva la patria de la corrupción. Por tanto, Cicerón desarrolla una noción de retórica que explica bien el significado primigenio de la misma: la retórica expresa el ejercicio de la ciudadanía y el cultivo de las virtudes que permiten alcanzar una vida óptima en el seno de la sociedad. En esta filosofía ciceroniana la sabiduría se pone al servicio de la praxis y es un elemento necesario de la figura del «orador».

2. EL ARISTÓTELES DE LA POÉTICA

En el epígrafe anterior he explicado que Aristóteles vincula a la disciplina retórica más a la lógica que al arte⁴⁴², alejándose de la doctrina de los sofistas como Isócrates que tenían una visión de la retórica más centrada en las emociones y en el estilo. He explicado que, en *la Retórica*⁴⁴³, Aristóteles se aleja de la concepción despectiva de la retórica que sostenía Platón y se acerca a una visión más lógica, más vinculada al concepto de «entimema» (un silogismo menos riguroso), reconociendo así la legitimidad del estudio de la retórica al hacerla compatible con las nociones platónicas de la verdad y el bien. Esta exposición podría conducirnos a pensar que Aristóteles, como él mismo afirma, se ubica en una

⁴⁴⁰ Ibid., p. 91.

⁴⁴¹ Ibid., p. 93.

⁴⁴² . Tovar, A. (1971), *op. cit.* En este estudio preliminar, Tovar expone cómo Aristóteles se enfrenta a la tradición Isocrática, primero denostando la disciplina retórica y, posteriormente, iniciando una nueva tradición retórica mucho más vinculada a la dialéctica y a la lógica que la tradición de los sofistas.

⁴⁴³ Aristóteles (1999), *op. cit.* cfr.

tradición retórica muy vinculada a la lógica y que no presta atención a los «aspectos exteriores» como las pasiones. Sin embargo, no cabe duda de que este juicio estaría muy alejado de la realidad, pues más de la mitad de *la Retórica* está dedicada a esos aspectos que él considera «exteriores».

El Libro II de *la Retórica* es el estudio más detallado de la retórica clásica dedicado a las pasiones y, tampoco es anecdótico el interés que presta a aspectos pragmáticos como el estilo, o a aspectos poéticos como la metáfora. La impresión que me quedó tras leer *la Retórica* fue que la concepción retórica del Estagirita bebe mucho más de sus rivales de lo que está dispuesto a admitir, dado que manifiesta una extraordinaria sensibilidad hacia las emociones humanas y hacia la belleza, y que estos elementos, tanto por cantidad de páginas como por profundidad en el contenido, están lejos de constituir un elemento periférico o secundario de la obra. En este sentido puedo permitirme constatar que la *Nueva Retórica*⁴⁴⁴ de Perelman, obra que sin duda se inspira brillantemente en el espíritu aristotélico, dedica mucha menos atención y muchísimo menos espacio a estas cuestiones del «ethos» (carácter), del «pathos» (emociones) y del estilo que aquel, y que aunque Aristóteles afirme que son inferiores a las cuestiones del «logos», se manifiestan imprescindibles en la retórica del Estagirita. Y es que, sencillamente, la retórica clásica no sería la misma sin conceder un lugar central a dichos elementos. El resultado es que la *Nueva Retórica*, considerada la propuesta retórica más solvente de nuestros días, resulta demasiado racionalista y logocéntrica (en el sentido de hacer excesivo hincapié en las cuestiones del logos) en relación con los tratados de la retórica clásica.

Muchos temas de la retórica de Aristóteles son tratados también en su obra *Poética*, precursora de la teoría literaria⁴⁴⁵. Si leemos con minucia ambas obras encontramos que tanto la retórica como la poética tienen múltiples elementos comunes⁴⁴⁶: ambas conceden un papel muy signifi-

⁴⁴⁴ Perelman (1979), *op. cit.* cfr.

⁴⁴⁵ Aunque la retórica se centra en el convencimiento que se produce mediante el lenguaje y prioriza la convicción racional lograda mediante formas lógicas susceptibles de análisis y sistematización. No obstante la distancia entre ambas obras no es tanta. En primer lugar ambas se mueven en un terreno intermedio entre la verdad y la opinión, que es el ámbito de lo «verosímil», que en la poética se manifiesta en la capacidad de la metáfora de captar relaciones de semejanza.

⁴⁴⁶ En *la Retórica* Aristóteles señala que la metáfora es el principal artífice de la claridad y el agrado de un discurso, porque mientras que en la prosa literaria se pueden utilizar muchos recursos estilísticos, el discurso retórico es más sobrio y su belleza depende en

cativo a la metáfora, a las pasiones, al papel del auditorio o las personas espectadoras, y al placer estético. También vemos que, aunque ambas

gran medida del buen uso de la metáfora., que ambas destacan la enorme trascendencia de las pasiones, que en ambas son importantes los ritmos y metros, y que en ambas es fundamental el papel del espectador. El espectador/oyente es tan importante que los dos estudios se dirigen en gran medida a obtener su aquiescencia: mediante la tópica en la retórica y mediante el estudio de lo que produce agrado., en la poética. En *La Poética* Aristóteles destaca una diferencia entre el ámbito de la retórica y la poética, pero no nos permite arrojar suficiente luz sobre la frontera entre dichas disciplinas. Dice el Estagirita que en la tragedia tienen crucial importancia aspectos que son tratados por la retórica, que son todos aquellos que se realizan mediante el lenguaje: el demostrar, el rebatir, el excitar las pasiones como la compasión, el temor, la cólera, etc, pero que en la retórica estas emociones se transmiten por medio de un discurso. Puede arrojarse más luz si se acude a § 1354 a de *la Retórica*, pues aquí Aristóteles describe dos tradiciones de la retórica: la de los estudiosos que se fijan en la forma más efectiva de influir en las pasiones de los jueces y la de aquellos (postura del propio Aristóteles) que estudian los entimemas, que son el cuerpo de la argumentación. Los primeros tratan más sobre las cosas exteriores que sobre la argumentación. Así, se interesan más por la compasión, la ira o las demás emociones que pueden inclinar al juez en una determinada dirección; mientras que para Aristóteles lo que hay que promover es que se tomen las decisiones según los argumentos y no de acuerdo con las pasiones. Continúa en § 1354 b: es fundamental ocuparse de la calidad interna de los argumentos. Lo afirmado en esta nota puede comprobarse en: (Metáfora en *La Retórica*, § 1405 a-1406 a; Aristóteles expone algunos usos de la metáfora en el discurso. Metáfora en *La Poética*, § 1457 a-1457 b.), (Pasiones en *La Retórica*, libro II. Pasiones en *La Poética*: §1451 b/1452 a, 1452 b/1453 a, 1453 a/1453 b, 1454 a/1454 b.), (El papel de los tópicos se justifica en *La Retórica* en §1396: los tópicos son conocimiento desarrollado sobre lo justo y lo injusto, lo oportuno, lo noble y lo vergonzoso. Los tópicos utilizan los hechos comúnmente admitidos para lograr una argumentación más eficaz), (El «agrado» en *La Poética*: §1448, la imitación produce agrado y nos produce placer contemplar la imagen de los seres cuyo original resulta triste, los produce agrado reconocer el objeto al que la obra representa; §1449, es agradable el lenguaje que posee ritmo, musicalidad y belleza; §1450, la trama de la tragedia es la principal fuente de placer para el espectador, la escenografía tiende a seducir al público pero no es lo más propio de la poética; §1459, en la epopeya pueden representarse simultáneamente varias situaciones y esto provoca agrado, también es placentero al público la presencia sutil de «lo maravilloso»; §1461, la escenografía y la música provocan placer; §1451/1452, son hermosos la unidad de acción de la tragedia y el paso de la felicidad a la desdicha, junto con temor o compasión; §1454 a/1454 b, cuando los que son malos e ingeniosos son engañados se suscita una emoción trágica y humanitaria), (*La Poética*, §1452: las genuinas tragedias son pues las que acaban mal, aunque los espectadores prefieran a menudo las tragedias de doble desenlace, que también son buenas, pero son más parecidas a las comedias, en estas se reconcilian amigos y enemigos, y nadie muere), (El orador no solo debe parecer virtuoso sino también serlo *La Retórica*, § 1378 a.).

persiguen convencer y agradar, respectivamente, como fines intermedios, ambas tienen como fines últimos la verdad y el bien. Samaranch⁴⁴⁷ explica, en este sentido, que la retórica aristotélica habla de la metáfora, y del leve exotismo mágico que debe exhibir la forma, así como de los metros y ritmos que deben acompañar al discurso; aunque por supuesto el papel de la imaginación y de la fantasía en la poética es mayor, así como la apertura a las sensaciones. La retórica introduce una racionalidad más rígida por la vía del entimema.

A lo que quiero llegar con esta reflexión sobre el carácter poético de la retórica de Aristóteles es a que parece existir una línea en la que se encuentra la retórica, un extremo de esta línea estaría gobernado por el preciso y cerrado lenguaje de la ciencia y la lógica; y el otro por el abierto y emotivo lenguaje de la poética. Aristóteles, a fin de defender a la retórica de los envites recibidos desde el ideal científico que profesaba Platón, optó por desplazar a la retórica por esa línea, tratando de acercarla hacia la lógica en la medida de lo posible, teniendo en cuenta su casi total unión con la Poética en los sofistas como Isócrates o Gorgias. El resultado es una retórica aristotélica que está a medio camino entre la lógica y la estética, entre la argumentación y la pasión imaginativa.

Cicerón⁴⁴⁸ explica, en este sentido, que hay una importante diferencia entre el arte de los argumentos y el de la retórica, y a causa de esto los estoicos (expertos en lógica) eran, por lo general, grandes argumentadores pero insípidos oradores. Frente a la lógica, la retórica es un modo de hablar más vago, abundante y complejo. El estilo de la lógica es demasiado duro y reglamentado para que lo puedan soportar los oídos populares. De las escuelas filosóficas Cicerón dice que la mejor para la retórica era precisamente la aristotélica, porque no se limitaba a las habilidades argumentativas, sino que a ello unía la belleza de la palabra, la sensibilidad estética. Barilli⁴⁴⁹ expone que hasta el Renacimiento el campo del arte y el de la retórica se confundían, y que solo voces muy críticas y minoritarias, como Platón, insistieron en distinguirlas, pero en sus palabras se advierte la rebeldía frente a la opinión de la época. Baumgarten concibió a la estética como un consorcio que unificaba a las artes mecánicas, las

⁴⁴⁷ Samaranch, F. (1967). Nota previa a La poética. In Aristóteles, *Obras* (pp. 73-76). Madrid: Aguilar. cfr.

⁴⁴⁸ Cicerón, M. (2004), *op. cit.*

⁴⁴⁹ Barilli, R. (1993). *A Course on Aesthetics*. (K. Pinkus, Trans.) Minneapolis: University of Minnesota Press. p. 4 y ss.

poéticas y las retóricas. Esta línea fue continuada por Vico y Croce. Esa solución fue la hegemónica en la antigüedad y en la Edad Media, y contó después con defensores de gran talla intelectual como Kant y Schiller. Kant consideró que las bellas artes son la oratoria, la poesía, la plástica y la música. Según Barilli, la disolución se produjo en la modernidad, con la exclusión de la retórica del ámbito de la estética⁴⁵⁰.

3. LA PLURIVOCIDAD EN LOS CONCEPTOS DE ETHOS Y AUDITORIO

La propuesta de este trabajo, la «retórica de la virtud», se basa en una concreta interpretación de la noción de «ethos» que no es unívoca en la retórica clásica. Asimismo, recojo la noción empírica de auditorio presente en la retórica clásica apartándome de una noción transcendental de auditorio universal, con origen en postulados de la filosofía moderna y alejada del sentir de la retórica clásica. Considero necesario realizar un breve apunte sobre el significado de dichas nociones porque esto contribuirá a clarificar mi propuesta y a diferenciarla de la teoría estándar de la argumentación.

Una de las clasificaciones centrales en el corpus teórico de la retórica clásica (presente en sus principales tratados) es la que responde a la pregunta: ¿cómo logramos convencer a la persona juzgadora?; hay tres grandes vías para el logro de la persuasión: el «logos», el «ethos» y el «pathos». Estas tres vías nos proporcionarán los argumentos que necesitamos. El «logos» es la racionalidad lógica, organizativa, clasificatoria, probatoria, comparativa, etc. El «pathos» haría alusión a la racionalidad emocional, a la empatía, a la sensibilidad que nos permite saber qué debemos decir y qué no para no herir a nadie, así como al conocimiento sobre cuándo será adecuado introducir una pizca de humor que relaje el ambiente, y la capacidad de identificar las tesis que suscitarán apoyo rápido en un auditorio concreto y las que requerirán de mayor esfuerzo argumental. El «ethos» hace referencia a una racionalidad ética y creativa, a la configuración de un carácter propio, repleto de virtudes morales e intelectuales que se pondrán en práctica cada día. El «ethos» se refiere

⁴⁵⁰ Este cambio puede verse en Hegel, que no incluye a la retórica en su sistema del arte, y sobre todo, en la eliminación de la retórica como materia artística en los programas universitarios, a favor de la teoría literaria.

a la coherencia con una misma (o mismo), que permitirá formar unos hábitos de trabajo. El «ethos» nos conduce a las preguntas: ¿qué objetivos persigo con mi trabajo?, ¿qué rasgos caracterizan a mi manera de trabajar?, ¿cuál es mi estilo?, ¿cuál es mi sello? No solo la persona abogada o la jueza tienen un carácter, también tienen carácter las y los testigos, así como las partes litigantes. La abogacía, que siempre debe tomar causas en las que cree, ha de tener la virtud de captar ese «ethos» de su cliente y aconsejarle vestirse y comportarse del modo más adecuado para el logro de la persuasión, de modo que la persona juzgadora pueda ver el caso a la misma luz a la que lo vio el abogado o la abogada cuando decidió aceptar la causa. La retórica clásica nos ofrece multitud de consejos prácticos basados en la sabiduría común (tópicos) que nos ayudan a servirnos de las tres vías que conducen al logro de la persuasión.

Aristóteles⁴⁵¹, en *la Retórica*, explica estas tres vías para lograr la persuasión. Señala que dentro de los argumentos dispuestos por nuestra habilidad discursiva tenemos en primer lugar aquellos que se basan en ensalzar el carácter del orador para hacerlo digno de crédito. Aristóteles asegura que la credibilidad de quien habla constituye una importante prueba a favor de lo que se dice. En segundo lugar tenemos aquellos argumentos que provocan pasiones capaces de mover el ánimo del auditorio como la pena, la alegría, el amor y el odio. Por último y en el papel más importante, están los argumentos que pretenden probar algo que consideran que es verdadero. Aristóteles considera, por tanto, que se puede convencer de tres formas. La más fuerte es la argumentación del que argumenta de modo lógico, tratando de probar con hechos y deducciones que algo es cierto, en segundo lugar tenemos a la persona que conoce bien los caracteres y virtudes que son dignos de crédito, y en tercer lugar tenemos a la persona argumentadora capaz de suscitar pasiones. Aristóteles considera que es más elevada la forma de argumentación basada en el «logos», que en segundo lugar se encuentra la del «ethos», y en tercer lugar la del «pathos». El Estagirita habla con desprecio de aquellos maestros de retórica que solo prestan atención a las pasiones, pues considera que esos maestros persiguen la burda manipulación.

Como he expresado en este trabajo, una parte importante de la tradición retórica ha sostenido una visión del *ethos* más amplia que la aristotélica. En esa visión, el *ethos*, entendido como el desarrollo de virtudes éticas e intelectuales, se consideró tan importante que constituía la

⁴⁵¹ Aristóteles. (1990). *Retórica*. § II-1357a 31-32.

piedra angular de una visión distinta de la retórica (que yo he suscrito y denominado «retórica de la virtud»). Ello se refleja, en especial, en el principal consejo de Cicerón con respecto al *ethos*: si queremos parecer personas cultas, elegantes y que poseen gran conocimiento de la causa que defienden, lo mejor que podemos hacer es ser, efectivamente, cultas, elegantes y estudiar a fondo las causas. Cicerón enfatiza que la cultura, la elegancia y el estudio son difíciles de fingir, por lo que recomienda una transformación personal, una adquisición de virtudes que nos aproxime al ideal de la elocuencia⁴⁵². Quintiliano hereda de Cicerón ese modelo ideal al que las personas oradoras deben aspirar. Por eso se aleja de la visión aristotélica que concibe a la retórica como una técnica que puede usarse para persuadir de lo justo o de lo perverso. Quintiliano solo llama «orador» a la persona que ha alcanzado amplias virtudes intelectuales y morales, y por tanto, rechaza llamar «orador» a quien solo ha memorizado unos cuantos consejos. Una persona corrupta no es, según Quintiliano, un «orador», por muy bien que hable. La retórica, en Quintiliano, no es una mera técnica, sino un camino de la virtud, un proceso educativo que comienza en la infancia y que jamás concluye. La retórica es un ideal de vida que conduce a la persona humana a alcanzar las cotas más altas de desarrollo personal⁴⁵³. Teniendo esto en cuenta, podemos destacar algunos consejos de Quintiliano para transmitir credibilidad. Quintiliano aconseja a la persona oradora que se exprese de modo pacífico, carente de ira, natural, seguro y enérgico. Es decir, que hable de modo suave y tranquilo⁴⁵⁴, de modo que la parte contraria sea la que parezca prepotente, poderosa y agresiva. Quintiliano aconseja, no solo que parezcamos libres de ira, sino que realmente lo estemos, ya que la ira nos conduce a decir cosas inadecuadas y a cometer errores. La paciencia y la contención son virtudes a entrenar. Además de estas virtudes morales, la persona oradora se esforzará en parecer natural⁴⁵⁵ y no artificiosa, evitando hablar de modo robótico o con un tonillo repetitivo. La persona oradora manifestará confianza y seguridad⁴⁵⁶, dando a entender que la causa ofrece buenas esperanzas. En esto, dice Quintiliano, fue Cicerón

⁴⁵² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, *op. cit.* § 2-15; 2-17-1,2

⁴⁵⁴ *Ibid.* § VI-II-I

⁴⁵⁵ *Ibid.* § V-XII.

⁴⁵⁶ *Ibid.* § V-XIII-VIII.

aventajado, pues daba tanta autoridad a lo que decía que su palabra era como una prueba. También será la persona oradora enérgica en el discurso, transmitiendo vitalidad y energía. Para transmitir buena imagen en el ejercicio de la abogacía es vital evitar ofender a alguien⁴⁵⁷ o parecer personas malintencionadas. Especialmente debe evitarse ofender a clases o categorías de personas (hemos de dejar de lado los prejuicios). El buen discurso, señala Quintiliano, no es el que resulta espectacular, sino el que parece fácil, sencillo y verdadero.

El *ethos*, como he explicado, es la imagen de sí, de su carácter, que transmite la persona oradora. Es una imagen que no se construye solo en el momento del juicio, sino que se construye a lo largo de la vida, dado que la imagen está asociada a la buena fama y al conocimiento previo. Para transmitir una buena imagen, decía el sofista Anaxímenes de Lámpsaco⁴⁵⁸, hemos de prestar atención a nuestra propia vida, porque una vida bondadosa contribuye a la persuasión y a la obtención de buena fama. Anaxímenes aconseja, para construir un buen *ethos*, cumplir las promesas, valorar y cuidar a las amistades, y mostrar coherencia en los hábitos vitales. Y para construir un *ethos* excelente, lo mejor es llevar a cabo acciones grandes y nobles⁴⁵⁹. A lo largo de la vida, continúa Anaxímenes de Lámpsaco, el cultivo del *ethos* aconseja procurar el bien de las demás personas, aportar felicidad y hacer múltiples amistades, especialmente la amistad de las personas más sobresalientes de la sociedad.

La visión de Anaxímenes de Lámpsaco es utilitarista, a diferencia de la de Quintiliano, pues aconseja hacer amistades poderosas y proporcionar cosas útiles a las demás personas (para provocar que se sientan en deuda). La finalidad de Anaxímenes parece ser la de construir una buena imagen que nos sea personalmente beneficiosa, y no la de transformar nuestra personalidad y nuestros hábitos de vida para alcanzar el estado de excelencia al que aspira Quintiliano. Sin embargo, ya se encuentra en la posición de Anaxímenes la noción del *ethos* como algo que influye sobre los hábitos cotidianos de la persona oradora. Anaxímenes define la buena ciudadanía como la que paga más de lo que recibe, persigue los delitos contra la comunidad, y respeta las leyes, los contratos y las costumbres⁴⁶⁰. Una vida que cultive el *ethos* es, en su opinión, la que

⁴⁵⁷ Ibid. § IV-Proemio.

⁴⁵⁸ De Lámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. Madrid: Gredos. p. XXXVIII. 3.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 5.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 24.

cuida la mente y el cuerpo. El cuerpo se cuida mediante el cuidado de la belleza, la realización de ejercicio físico y los hábitos saludables. La mente se cultiva mediante el estudio, la reflexión inteligente, el comportamiento valiente, el desarrollo de la prudencia, y la lucha por la justicia. Además es positivo para nuestra vida cuidar la propia economía y a las amistades. Estas virtudes, sostiene Anaxímenes, son positivas tanto para la persona como para la comunidad⁴⁶¹.

Este breve recorrido por la noción de *ethos* nos permite apreciar su complejidad, dado que puede adoptarse una noción restringida o una interpretación extensiva del mismo. La interpretación restringida del *ethos* es instrumental, el *ethos* se comprende como el conjunto de técnicas destinadas a hacernos parecer simpáticos y sinceros en el discurso. La interpretación extensiva del *ethos*, en cambio, alude a un ideal educativo y moral que se cultiva en la praxis diaria y que, más allá de la persuasión, tiene como objetivo el logro de la felicidad o de otras metas últimas vinculadas a una forma de vida. La noción extensa del «ethos» es central en la «retórica de la virtud» y da lugar a una relación distinta con la verdad. Esto posibilita definir a la «retórica de la virtud» como un modelo de retórica sincera, pues los rasgos positivos no se fingen para caer mejor, sino que se toman como orientación vital.

Otro concepto de interés para la comprensión de la «retórica de la virtud» es el de «auditorio». En la retórica clásica el auditorio se entiende como compuesto por personas de carne y hueso, y que reaccionan tanto de modo racional como emocional ante las palabras y la actuación de un orador, que también es de carne y hueso. Cicerón, a diferencia de Perelman en la «Nueva Retórica», no aspiraba a sustituir al auditorio particular y popular por uno racional e ilustrado, sino que, por el contrario, parece tener una extraordinaria confianza en la capacidad que poseen todas las personas para reconocer emocionalmente qué discurso contiene mayores dosis de verdad. Así, dice: «si el gran Demóstenes se hubiera visto abandonado por el pueblo sin tener más oyente que Platón, no hubiera dicho ni una sola palabra»⁴⁶². Cicerón añade que, al igual que quien toca la flauta debe arrojar el instrumento si no suena, la persona oradora debe cesar si el pueblo no le sigue. Cicerón admite⁴⁶³ que a veces el pueblo aplaude discursos mediocres o incluso malos, pero señala que eso solo ocurre cuando

⁴⁶¹ Ibid., p. 25.

⁴⁶² Cicerón, M. (2004). *Bruto, o de los ilustres oradores*. p. 44.

⁴⁶³ Ibid., p. 44 y ss.

no escuchan nada mejor. Sin embargo, dice que el pueblo tiene la misma capacidad para distinguir la excelencia que las personas más cultas. La única diferencia entre una persona ilustrada y una no ilustrada es que la persona ilustrada es capaz de explicar por qué un discurso ha sido mejor que otro. Lo que no le gusta a la gente corriente, no le gustará tampoco a las personas más cultas. Observar la reacción emocional del auditorio es una estupenda manera de conocer cuál ha sido el mejor discurso.

A pesar de que el criterio de calidad del discurso está definido por el auditorio real y no por uno hipotético e ilustrado, sí existe en Cicerón una cierta preferencia por la adhesión del auditorio que se produce mediante argumentaciones. En las *Particiones Oratorias*, Cicerón⁴⁶⁴ habla de dos tipos posibles de adhesión del auditorio: la convicción y la persuasión. La convicción es una «opinión firme», mientras que la persuasión es una adhesión lograda a través de las emociones de alegría, miedo, dolor o codicia. Tal vez, aunque Cicerón no lo señale con claridad, quiera expresar que la convicción es producto del intercambio de información, mientras que la persuasión es resultado de las emociones. Una división parecida, como vimos, ha sido sostenida por Perelman⁴⁶⁵. Sin embargo, mientras que en Perelman, la convicción es más elevada que la persuasión y puede imaginarse como un discurso dirigido a un auditorio que posee una racionalidad acorde con la visión kantiana del ser humano, Cicerón deja muy claro que en la mayoría de las causas se dan simultáneamente la convicción y la moción de afectos, sin que quepa desvincularlas, y por tanto, sin que quepa entender una racionalidad no emotiva, ni situar a la convicción por encima de la persuasión⁴⁶⁶.

Quintiliano⁴⁶⁷ explica que entre las personas célebres en el estudio de la retórica hay dos posiciones con respecto a las emociones: una posición que las rechaza y otra posición que las considera un elemento legítimo. La primera de ellas está representada por quienes dicen que la única tarea de la persona oradora es enseñar (transmitir información). Según este punto de vista la emoción debe ser desterrada, en primer lugar porque toda pasión es vicio, y en segundo lugar porque no conviene desviar a la persona juzgadora hacia la misericordia, la ira y otras emociones. Deleitar

⁴⁶⁴ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico. p. 9.

⁴⁶⁵ Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

⁴⁶⁶ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁷ Quintiliano (1887), *op. cit.* § V-Proemio.

mediante un discurso hermoso es ocioso y es indigno, pues desvela afán manipulador y no lo que debería ser el fin de la retórica: triunfar con la verdad. Frente a esta posición, Quintiliano señala que la postura más frecuente entre los más célebres estudiosos de la retórica es la de sostener que hay tres operaciones retóricas: enseñar, deleitar y emocionar, y que de las tres la más importante es enseñar, es decir, utilizar argumentos que nos permitan defender nuestra tesis y refutar la contraria. Pero las emociones y el deleite son vías legítimas y complementarias que no deben rechazarse.

Cicerón explica en este sentido en sus *Diálogos del orador* que hay tres fines por los que practicamos la retórica: para transmitir información, para provocar placer con nuestro discurso, o para lograr adhesión emocional a nuestra tesis. Señala Cicerón que, aunque nuestro principal interés sea transmitir una información y, por tanto, eso es lo más importante de un discurso, el placer y la persuasión deben acompañar a todo discurso y, en algunas partes será positivo que las emociones tomen las riendas del discurso⁴⁶⁸. Quintiliano sintetiza esta teoría de Cicerón, afirmando en sus *Instituciones*: «Tres cosas debe hacer el orador: enseñar, deleitar y emocionar»⁴⁶⁹. Luego aclara que, aunque hay asuntos en los que las emociones no intervienen, en la mayoría de los asuntos no solo intervienen, sino que son cruciales.

Agustín de Hipona también recoge la teoría de Cicerón y la desarrolla de manera didáctica. Dice que quien emite un discurso debe hablar de modo que enseñe, deleite y emocione. Aunque de los tres fines el de enseñar es el principal, los otros dos también son importantes. Deleitar es muy importante, porque si el discurso no resulta agradable, no nos prestarán atención, y si no nos atienden es imposible que nos comprendan. También es fundamental que emocionemos, pues si no emocionamos, nuestras enseñanzas tal vez no sean puestas en práctica⁴⁷⁰. El autor relaciona esta teoría de Cicerón con la teoría ciceroniana de los tres estilos (que expusimos anteriormente): explica que, para enseñar, es conveniente hablar con sencillez; para deleitar, hacer gala de moderación de carácter; y para emocionar, conviene hablar de modo apasionado⁴⁷¹.

Un estudio de los conceptos de *ethos* y de auditorio en la retórica clásica nos permite constatar que, si bien la posición hegemónica soste-

⁴⁶⁸ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁶⁹ Quintiliano (1887), *op. cit.* § V-Proemio.

⁴⁷⁰ De Hipona, A. (1958). *Sobre la doctrina cristiana*. p. 27.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 34.

nía que la argumentación era una parte muy importante de la retórica, los elementos emocionales del discurso y las actitudes del orador eran también partes fundamentales del corpus retórico, imprescindibles para evaluar la legitimidad o la calidad de un discurso. Lo mismo puede decirse de los elementos estéticos relativos al estilo y a la declamación oral. Baste como ejemplo la célebre anécdota de la retórica clásica que Cicerón narra en los *Diálogos del orador*⁴⁷²⁻⁴⁷³. La anécdota dice que preguntaron al famoso orador griego Demóstenes cuál era la principal habilidad de una persona oradora. Demóstenes contestó que la *actio* (exposición oral del discurso), y le preguntaron que cuál era la segunda habilidad más importante. Demóstenes contestó que era la *actio*, y, cuando le preguntaron por la tercera dote de la persona oradora, Demóstenes volvió a contestar: la *actio*. Cicerón señala que la *actio* es la reina de la oratoria y lamenta que la oratoria haya dejado bastante abandonado el cultivo de la representación, como si se tratase de una materia exclusiva de actores. Considera que tal vez la causa de ese abandono radique en la creencia extendida de que la verdad interna del discurso es suficiente para la victoria. Sin embargo, señala que las emociones que debería despertar esa verdad se encuentran a veces adormecidas y confusas y por eso es necesario escoger la expresión más idónea para lograr transmitir las.

En conclusión, considero que la «retórica de la virtud» logra enfatizar aspectos de la tradición clásica que han quedado relegados por la teoría actual de la argumentación pero que son de gran interés para la praxis jurídica contemporánea. En particular, el interés por los aspectos estéticos y emocionales. También es fundamental la inserción del desarrollo de la profesión jurídica dentro de un proyecto de vida más amplio, en el que se fomenta el desarrollo de la vida en todas sus dimensiones, incluyendo la afectiva, la cívica, la intelectual y la moral. La noción extensa de «ethos» contenida en la «retórica de la virtud» permite la inclusión de estos aspectos en la teoría de la argumentación jurídica.

⁴⁷² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁷³ Quintiliano narra la misma anécdota. Señala que la representación puede hacer parecer brillar a un discurso mediocre y que por eso el gran Demóstenes dijo que la representación ocupa, no solo el primer lugar el podio de la retórica, sino también el segundo y el tercero. Demóstenes le habría dado también el cuarto y el quinto lugar si le hubieran seguido preguntando, sostiene Quintiliano. Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, *op. cit.* § XI-III-I.

CONCLUSIONES

Las personas que ejercen profesiones jurídicas pueden transformar la sociedad, ya que el derecho no es una entidad inamovible ni propiedad exclusiva del poder legislativo. El derecho no es un objeto formado por normas y principios sino un lenguaje en acción que se despliega en la praxis argumentativa de la comunidad, y considero que una concepción retórica y hermenéutica como la que aquí defiendo permite enfatizar las posibilidades de una praxis socialmente comprometida de las profesiones jurídicas. El estudio actual del derecho en su dimensión lingüística y argumentativa debe mucho a la teoría de la argumentación jurídica, en su triple enfoque lógico, dialéctico y retórico. Sin embargo, considero (sin demérito de sus muchas aportaciones teóricas) que el sustrato filosófico de la «teoría estándar» (paradigma que actualmente ostenta la hegemonía en el ámbito de la argumentación jurídica) es logocéntrico, porque se preocupa en exceso por la estructura de los argumentos (*logos*) y deja en la periferia teórica aspectos discursivos como las emociones (*pathos*), el carácter de la persona oradora (*ethos*), la expresión no verbal y el estilo. Estos aspectos mencionados eran centrales en la tradición de la retórica clásica. Mi tesis es que es posible construir una teoría de la argumentación jurídica que otorgue un lugar relevante a estos aspectos sin caer por ello en la defensa de una retórica propagandística, carente de ética y preocupada únicamente por la persuasión.

Hoy existe una idea distorsionada de la retórica, ya que se la percibe como un instrumento para la persuasión, como un vulgar ejercicio de mercadotécnica. Sin embargo, en la época clásica existía un ambiente

cultural que daba lugar a una «cultura de la retórica». La retórica es hija de la democracia y del derecho, pues su origen histórico está vinculado a la litigación entre personas libres mediante la palabra. La palabra, para Cicerón, era la más alta expresión de la dignidad humana y la artífice de la paz de los pueblos. El espíritu retórico no aspira a la verdad absoluta, sino a generar mayorías sociales, acuerdos, relatos públicos verosímiles y emociones compartidas. Cicerón y Quintiliano desarrollaron una concepción de la retórica que yo reivindico y a la que denomino «retórica de la virtud» (o retórica aretáica). Aquella concepción de la retórica otorgaba gran importancia a las emociones, a los auditorios reales (con sus particularidades) y a los elementos no verbales y estilísticos. El elemento central de dicha concepción es la noción de «*ethos*» (desarrollo del carácter). La clave de dicha concepción clásica está en que la retórica no es simplemente el arte de persuadir, sino el arte de persuadir ejercido por una persona que posee una determinada educación moral e intelectual. La persona oradora es alguien que ejemplifica el ideal ético e intelectual de su sociedad, pues la retórica requiere de amplios conocimientos humanísticos (Quintiliano justifica la utilidad para la retórica de materias hoy muy denostadas como la literatura, la filosofía, la danza, la música, el arte dramático y la historia; y de otras aparentemente alejadas de la retórica como las matemáticas o el deporte) y del desarrollo de virtudes morales. La retórica expresa el ejercicio de la ciudadanía y el cultivo de las virtudes que permiten alcanzar una vida óptima en el seno de la sociedad.

Para Quintiliano «el orador es el hombre bueno, perito en el decir». «*Vir bonus*» significa ser persona de bien, que se conduce de modo ético y educado (en el sentido bondadoso, pero también ilustrado y cultivado) de acuerdo con un modelo virtuoso que puede aprenderse. «*Dicendi peritus*» se refiere a la parte técnica de la retórica, es decir, a las reglas específicas para hablar bien. A pesar del «pragmatismo» que contienen los consejos para la abogacía que nos proporcionaron Cicerón y Quintiliano, la «retórica de la virtud» puede ser considerada un modelo de retórica sincera. Cicerón recomienda que, si queremos parecer personas cultas, elegantes y que poseen gran conocimiento de la causa que defienden, lo mejor que podemos hacer es, efectivamente ser personas cultas, elegantes y estudiar a fondo las causas. Cicerón señala que la cultura, la elegancia y el estudio son difíciles de fingir, por lo que recomienda una transformación personal, una adquisición de virtudes que nos aproxime al ideal de la elocuencia.

La filosofía hermenéutica recupera hoy el ideal retórico de la época clásica y nos conduce a un giro en nuestro modo de relacionarnos con el derecho. Si la pregunta tradicional de la teoría del derecho era ¿cómo nos obliga el derecho?; la pregunta más importante en un paradigma hermenéutico es ¿qué aspectos del derecho nos permitirán hacer eso que queremos? Esta pregunta implica pensar en el derecho como actividad lingüística y cultural en la que somos sujetos activos. Este punto de vista se opone a la perspectiva gerencial del derecho. El «gerente» es un personaje contemporáneo clave porque a través del mismo se plasman los valores morales de nuestro tiempo, considera que su trabajo es técnico y que eso deja su actuación al margen de consideraciones morales. Justifica su egoísmo sobre una tesis que constituye un lugar común: los desacuerdos sobre valores no pueden resolverse porque no existe una moral verdadera. Vemos por doquier a profesionales de la abogacía que asumen este punto de vista gerencial y el positivismo jurídico se ha transformado en un aliado impagable del utilitarismo gerencial, ya que considera que solo es posible un uso científico de la razón y, por ello, deja las teorías éticas fuera del campo del derecho. La ética se considera ideología, y es equiparada a los intereses egoístas. La justicia, la equidad y el bien común se vuelven conceptos sospechosos por su carácter no científico. La tesis positivista deja campo abierto al «gerente», que está deseoso de suscribir el relativismo moral para, acto seguido, dividir al mundo en perdedores y triunfadores. Frente a la visión gerencial, la ética de la virtud sostiene que todas las prácticas sociales (como el juicio ante un tribunal de justicia) implican modelos de excelencia (como la idea de imparcialidad judicial). Los modelos de excelencia pueden cambiar porque están sujetos a la historia, pero no podemos realizar una práctica sin asumir ciertos modelos de excelencia (ideales de vida). La ética de la virtud, por tanto, se opone a la noción liberal que percibe la comunidad como un terreno neutral y carente de concepciones valorativas en el que cada individuo persigue su concepto del buen vivir que ha elegido por sí mismo.

Soy consciente de que apelar a los valores de la comunidad puede resultar problemático ya que la persona juzgadora puede tener dudas acerca de cómo identificar los valores de la comunidad. Puede preguntarse si debe seguir el criterio de la jurisprudencia dominante o bien adoptar la interpretación que ella considere más acorde con el ideal de dignidad humana que defiende la comunidad (desarrollado en los derechos humanos). Considero que la segunda opción responde al paradigma

hermenéutico, consistente en una aproximación crítica a los ideales culturales de la comunidad. Esta actitud puede calificarse de «activismo judicial» pero no de arbitrariedad, ya que la persona juzgadora busca la respuesta en los ideales de la comunidad. No da esquinazo a dichos valores basándose en una hipotética racionalidad técnica imparcial, ni adopta de modo acrítico la línea jurisprudencial dominante. La persona juzgadora efectúa un diálogo sincero y holístico con los valores de la comunidad y además espera lograr un consenso fáctico convenciendo a la comunidad de que la solución adoptada es la que mejor expresa dichos valores, por medio de la argumentación jurídica. Aunque no existe una sola respuesta correcta para cada asunto, sí existen unas soluciones más razonables que otras si las valoramos desde el punto de vista de los derechos humanos. Hay algunas decisiones que son completamente contrarias a los valores últimos del ordenamiento y que, por tanto, no deberían tener cabida. La persona juzgadora debe interpretar las normas en el sentido más favorable a la promoción de los derechos humanos, pues estos son los principios fundamentales de las democracias parlamentarias actuales.

Los derechos humanos promueven un ideal del bienestar humano que apela al desarrollo de las personas como seres sociales y políticos. Hay virtudes judiciales que pueden promover ese ideal de vida, tales como la disposición a la compasión (sentirse afectado por la otra persona, ponerse en su lugar), pero más allá del establecimiento de una lista de virtudes, el paradigma de la «retórica de la virtud» conduce a la persona juzgadora a promover tanto en sí misma, como en el resto de personas, el ideal de una vida digna contenido en la moral de los derechos humanos (que es la moral más avalada de nuestro tiempo). La noción de «virtud» nos ayuda a hacer hincapié en la idea de que el comportamiento ético no consiste en actuar puntualmente de manera acorde con normas y principios, sino en orientar cotidianamente nuestra vida personal y profesional hacia ese ideal de vida que amamos. En particular, a fomentar una forma de vida cultivada, sociable, participativa, llena de amor y amistad.

Aunque esta conexión no ha sido explorada en este trabajo, la «retórica de la virtud» conecta con una filosofía política republicana. El republicanismo es una concepción filosófica que se inspira en la filosofía romana y en las repúblicas italianas del humanismo renacentista. Esta filosofía reivindica una ciudadanía activa y apuesta por el desarrollo de virtudes cívicas que expresen el amor a la comunidad. El republicanismo fue una de las teorías que dio lugar al paradigma de los derechos

humanos y estaba presente en el lema «libertad, igualdad, fraternidad». Hoy en día la recuperación del republicanismo pasa por el rechazo de una visión legalista de la democracia y por la apuesta por formas de democracia participativa. A pesar de no ser la materia de este estudio, tener presente esta conexión es relevante dado que ayuda a discernir el significado de la dignidad ciceroniana de la palabra y da sentido a la idea del profesional que es a la vez intelectual y comprometido. También permite entender el modo en el que se compaginan en la «retórica de la virtud» el respeto por los valores de la comunidad con la mirada crítica de los mismos.

Mi propuesta de la «retórica de la virtud» destaca el importante papel que desempeñan las emociones en la argumentación jurídica y considero que las emociones, lejos de estar divorciadas de la razón, nos aportan información necesaria para experimentar reacciones racionales en la vida social. También son fundamentales para el logro de una persuasión efectiva, dado que como señaló Cicerón hay que saber emocionarse para poder emocionar. La clave para persuadir no radica en fingir emociones sino en aprender a experimentarlas (tanto la alegría como el dolor ajenos), desarrollando la imaginación compasiva. Otro aspecto que reivindica el presente trabajo es la relevancia de lo estético. En la «teoría estándar» de la argumentación y también en la retórica clásica encontramos una visión peyorativa del estilo, que se identifica con lo accesorio, lo cosmético, la floritura y el hogar de la falacia. Sin embargo el pensamiento no existe sin las palabras, y los argumentos no pueden presentarse sin ellas. Baltasar Gracián sostuvo que las figuras del estilo son la arquitectura de las ideas. Los recursos literarios son estructuras conceptuales. Por consiguiente, no existe argumentación sin estilo, porque el estilo no es como la vestimenta que podemos quitarnos, sino como el cuerpo, que es la casa de nuestro ser. El estilo expresa valores y deja traslucir ideologías.

Por consiguiente, recapitulando lo expuesto en este estudio, la «Retórica de la virtud» es el término con el que denomino a una teoría clásica, desarrollada por Cicerón y Quintiliano, que promueve la adquisición por parte de la abogacía de una amplia cultura y de un firme compromiso moral. Dicha teoría sostiene que la riqueza ética e intelectual es el camino más seguro para convertirnos en personas persuasivas. Emocionarnos primero es la vía más eficaz para emocionar a otras personas. Ser cultos y elegantes, es el modo más certero de parecer cultos y elegantes. Sin embargo, la persuasión no es el objetivo central de la «retórica de la

virtud», ya que el desarrollo de un carácter ético y complejo nos conducirá a plantearnos los fines últimos de nuestra profesión, anteponiendo otros objetivos por encima del lucro económico o de la victoria efectiva. La asunción de la «retórica de la virtud» conduciría a una práctica de la abogacía o la judicatura comprometida con la dignidad humana y con los derechos humanos que la expresan. Las retóricas de Cicerón y Quintiliano proporcionaron abundantes técnicas de utilidad para el logro de la persuasión eficaz en los Tribunales, pero dichas técnicas se presentaban dentro de un cuerpo teórico más complejo que les aportaba un sustrato ético. La «retórica de la virtud» acoge sin temor la retórica de las pasiones, la elegancia del estilo y la capacidad persuasiva de las imágenes. No se rechaza ninguna técnica persuasiva, dado que el carácter razonable de la argumentación descansa en los valores e intenciones del orador y en su compromiso con la promoción del bienestar humano.

BIBLIOGRAFÍA

- Abraham, H. (1998). *The Judicial Process: An Introductory Analysis of The Courts of United States, England and France*. Oxford: OUP.
- Acaso, M. (2006). *El lenguaje visual*. Barcelona: Paidós.
- Adorno, T. (2004). *Teoría estética*. (J. Navarro, Trans.) Madrid: Akal.
- Aguiló, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Jurídica de les Illes Balears* (10).
- Alberti, L. (1988). *De re aedificatoria. On the art of building in ten books*. Cambridge (Mass): MIT Press.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. In Id. (Ed.), *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: CEC.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, Trans.) Madrid: Espejo C.E.C.
- Amaya, A. y Hock Lai, H. (2012). (Eds.), *Law, Virtue And Justice*, Oxford, Hart Publishing.
- Amalia, A. (2013). «Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica» en González de la Vega, René y Lariguet, Guillermo, *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Bogotá, Temis.
- Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.
- Aránguez, T. (2013). Estética en la argumentación: retórica visual. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (27).
- Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. Londres: Oxford University Press.
- Aristóteles. (1970). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- (2011). *Ética Eudemia*. Madrid: Gredos.

- (1978). *Acerca del alma [De anima]*. (T. Calvo, Trans.) Madrid: Gredos.
- (1970). *Metafísica*. (V. GarcíaYebra, Trans.) Madrid: Gredos.
- (2001). *Parts of Animals*. (J. Lennox, Trans.) Oxford: Oxford University Press.
- (1974). *Poética*. (V. GarcíaYebra, Trans.) Madrid: Gredos.
- (1988). *Política*. (M. GarcíaValdés, Trans.) Madrid: Gredos.
- (1990). *Retórica*. (Q. Racionero, Trans.) Madrid: Gredos.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.
- (2011). Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci. In J. Ferrer, & G. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M., & Lozada, A. (2009). *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos.
- Ausín, F., & Peña, L. (1998). Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? *Anuario de Filosofía del Derecho* (XV).
- Austin, J. (2008). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- Bacon, F. (1988). *El avance del saber*. Madrid: Alianza.
- Barilli, R. (1993). *A Course on Aesthetics*. (K. Pinkus, Trans.) Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Barthes, R. (1961). Retórica de la imagen. *Comunicaciones* (1).
- (1978). *Roland Barthes*. (T. Sucre, Trans.) Barcelona: Kairós.
- Beltrán, L. (1998). El debate sobre la naturaleza estética de la retórica. In AAVV, & T. Albadalejo (Ed.), *Quintiliano: historia y actualidad de la retórica* (Vol. I, pp. 473-485). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires: Claridad.
- Birdwhistell, R. (1970). *Kinesics and Context: Essays on Body Motion Communication*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Boyd, J. (2000). *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. University of Michigan Press.
- (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- (1982). Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*, 6, 415-445.
- (1990). Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *University of Chicago Law Review*.
- (1973). *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown & Co.
- Brinton, A. (1983). Quintilian, Plato and the Vir Bonus. *Philosophy and Rhetoric* (16), 167-184.
- Bulygin, E. (2007). Manuel Atienza: Análisis conceptual versus teoría de la argumentación jurídica. In J. Moreso, & C. Redondo (Eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.
- Burke, E. (2005). *De lo sublime y de lo bello*. Madrid: Alianza Editorial.
- Capella, J. (1985). El trabajo como dato prejurídico. *Doxa* (2).

- Castillo, P. G. (1998). Influencias filosóficas en la definición del *vir bonus* de Quintiliano. In AAVV, T. Albadalejo, E. delRío, & J. Caballero (Eds.), *Quintiliano: historia y cualidad de la retórica* (pp. 891-899). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.
- Chapman, J. Y Galston, W. (1992). *Virtue, NOMOS XXXIV*, New York, New York University Press, 1992
- Chiassoni, P. (2011). Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. In J. Ferrer, & G. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Ciceron, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial.
- Cicerón, M. (2004). *Bruto, o de los ilustres oradores*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. In M. Cicerón, *Obras escogidas* (M. MenéndezyPelayo, Trans.). Buenos Aires: Librería «El Ateneo».
- Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.
- Cook, N. (1991). Shakespeare Comes to the Classroom. *Denver University Law Review* (68), 387-401.
- De Elea, A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. Madrid: Gredos.
- De Hipona, A. (2003). *Confesiones*. Madrid: Ciudad Nueva.
- (1958). Sobre la doctrina cristiana. In *Obras de San Agustín*. Madrid: B. A. C.
- De Lámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. Madrid: Gredos.
- De Páramo, J. R. Convenciones y convicciones (una defensa del valor de las convenciones pragmáticas frente a las convicciones consensuadas en los procedimientos de toma de decisiones para la resolución de conflictos). *Anuario de Filosofía del Derecho* (24).
- Descartes, R. (1987). *Discurso del método*. Madrid: Tecnos.
- De Sevilla, I. (1951). *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Douzinas, C. (1999). Prosopon and antiprosopon. Prolegomena for a legal iconology. In C. Douzinas, & L. Nead (Eds.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. Londres: The University of Chicago Press.
- Douzinas, C., & Nead, L. (1999). Introduction. In *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law* (C. Douzinas, & L. Nead, Trans.). London: The University of Chicago Press.
- (1999). *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press.
- Douzinas, C., & Warrington, R. (1994). *Justice Miscarried. Ethics, aesthetics and the law*. New York: Harvester .
- Dworkin, R. (1980). ¿Es el derecho un sistema de normas? In R. Dworkin (Ed.), *La Filosofía del derecho* (pp. 75-127). México D.F.: Breviarios Fondo de Cultura Económica.
- Eisele, T. (1992). The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 178-204). Nueva York: Peter Lang Publishing.

- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Barcelona: Bosch.
- Farrelly, C. y Solum, L. (2008) *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin.
- Fitzpatrick, P. (2004). Juris-fiction: literature and the law of the law. *ARIEL: A Review of International English Literature* (35), 215-229.
- Frank, J. (1947). Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation. *Faculty Scholarship Series* (4100), 1263.
- Freud, S. (2002). *Introducción al psicoanálisis*. Madrid: Alianza Editorial.
- Frost, M. (2005). *Introduction to Classical Rhetoric. A lost Heritage*. Aldershot: Ashgate.
- Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme.
- Getman, J. (1988). Voices. *Texas Law Review* (66), 577—78.
- Goodrich, P. (1994). Jani Anglorum: Signs, Symptoms, Slips, and Interpretation in Law. In C. Douzinas, & P. Goodrich (Eds.), *Politics, postmodernity and Critical Legal Studies*.
- (1990). *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. Londres: Routledge.
- (1995). *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law*. Hardcover: University of California Press.
- (1992). Specula Laws: Image, Aesthetic and Common Law. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 205-226). Nueva York: Peter Lang Publishing.
- (1999). The Iconography of Nothing. In C. Douzinas, & L. Nead (Eds.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. Londres: The University of Chicago Press.
- Gracián, B. (1929). *Arte de ingenio, tratado de la agudeza*. Madrid: Espasa Calpe.
- Häberle, P. (2004). Fragmentos de La Constitución de los Literatos. *Punt de vista* (17), 31-74.
- Häberle, P., & López, H. (2004). «Poesía y derecho constitucional: una conversación». *Punt de vista* (17), 6-30.
- Habermas, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- (1989). Teorías de la verdad. In *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra.
- Haldar, P. (1999). The function of the ornament in Quintilian, Alberti, and Court architecture. In C. Douzinas, & L. Nead (Eds.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press.
- Hall, E. (1982). *The Hidden Dimension*. Nueva York: Doubleday Anchor Books.
- Hare, R. (1972). *The Language of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press.

- Hobbes, T. (2012). *Leviatán*. In J. Hernández (Ed.), *Tratado sobre el ciudadano. Leviatán. Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo*. Madrid: Gredos.
- Huarte, J. (1989). *Examen de ingenios para las ciencias*. Madrid: Cátedra.
- Igartua, J. (2009). Los indicios tomados en serio. In S. Ortega (Ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara.
- Ihering, R. (1974). *Bromas y veras en la Jurisprudencia*. (T. Banzhaf, Trans.) Buenos Aires: EJEA.
- Isocrates. (1928). *Antidosis*. In *Isocrates* (G. Norlin, Trans., Vol. I). Cambridge: Harvard University Press.
- (1979-1980). *Contra los sofistas*. In *Discursos. Obra completa* (J. Guzmán, Trans.). Madrid: Gredos.
- (1979). *Elogio a Helena*. In *Discursos, Obra completa* (J. Guzmán, Trans.). Madrid: Gredos.
- Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe.
- (2010). *Crítica de la Razón Pura*. In *Obras completas I*. Madrid: Gredos.
- (1961). *Crítica del Juicio*. (J. Rovira, Trans.) Losada.
- (1986). En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica». In *Teoría y Práctica*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2006). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.
- (1983). *Teoría Pura del Derecho*. México: Unam.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication (Fin de Siecle)*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kennedy, G. (1969). *Quintilian*. New York: Twayne Publishers.
- (1963). *The Art of Persuasion in Greece*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Kronman, A. (1993). *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University.
- Kuhn, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica.
- Legendre, P. (1997). *Law and the Unconscious*. (P. Goodrich, Ed.) Palgrave Macmillan.
- Locke, J. (1994). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, Trans.) México: Gernika.
- LópezEire, A. (1998). La retórica clásica y la actualidad de la retórica. In AA.VV, *Quintiliano: Historia y actualidad de la retórica* (Vol. I, pp. 203-315). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. Barcelona: Austral.
- Maillard, C. (1999). La razón estética: una propuesta para próximo milenio. *Contrastes* (Suplemento 4. Estética y hermenéutica), 121-133.
- Martínez, J. (1999). *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.

- Martínez, P. (2015). El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente al problema de la ética animal. *Veritas* (33).
- Marx, C. (1959). Tesis sobre Feuerbach. In C. Marx, & F. Engels, *La ideología alemana* (W. Roces, Trans.). Montevideo: EPU.
- Meador, P. (1970). Quintilian and the Good Orator. *Western Speech* (34), 162-169.
- (1983). Quintiliano y la Institutio oratoria. In J. Murphy, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*. Madrid: Gredos.
- (1989). Quintiliano y la Institutio Oratoria. In J. Murphy (Ed.), *Sinopsis histórica de la retórica*. Madrid: Gredos.
- Mitchell, W. (2013). Image, Space, Revolution. In B. Harcourt, & M. Taussig (Eds.), *Occupy. Three Inquiries in Disobedience* (pp. 93-130). The University of Chicago Press.
- Moore, G. (2002). *Principia Ethica*. Barcelona: Crítica.
- Moratalla, A. (1999). Esperanzas de libertad: ética y política en la hermenéutica de Gadamer y de Rorty. *Contrastes* (Suplemento 4. Estética y hermenéutica.), 193-212.
- Moreso, J. (2001). Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa* (24).
- Murphy, W. (1962). Leadership, Bargaining, and the Judicial Process. In G. Schubert, & R. McNally (Eds.), *Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research*. Chicago.
- Núñez, S. (1997). Introducción. In Anónimo, *Retórica a Herenio* (pp. 8-45). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
- Nava, A. (2015). *La Institucionalización de la razón*. México DF: Anthropos.
- Nead, L. (1999). Bodies of judgement. In C. Douzinas, & L. Nead (Eds.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press.
- Nietzsche, F. (2000). *La voluntad de poder*. Madrid: Edaf.
- (1973). *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Alianza.
- (1996). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. In *Sobre verdad y mentira* (p. 1990). Madrid: Tecnos.
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona : Paidós .
- (2005). *El conocimiento del amor: ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: A. Machado Libros.
- (1995). *Justicia poética*. (C. Gardini, Trans.) Barcelona: Editorial Andrés Bello.
- (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado.
- Olivecrona, K. (1968). *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro editor de América Latina.
- Ost, F. (1990). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revue de l'École nationale de la magistrature* (3).

- Otero, M. (2009). Retórica versus argumentación. Perspectivas en el nuevo espacio de educación superior. *Dereito*, XVIII (2), 149-180 .
- Peña, L. (1991). *Rudimentos de lógica matemática*. Madrid: CSIC.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- (1982). *The Realm of Rhetoric*. (W. Kluback, Trans.) University of Notre Dame Press.
- Pérez, C. (1987). *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*. Madrid: Tecnos.
- Perry, E. (1988). Writing in a Different Voice. *Texas Law Review* (66), 629-632.
- Platón. (1988). El Político. In Platón, *Diálogos* (Vol. V). Madrid: Gredos.
- (1986). Fedón. In *Diálogos* (Vol. III). Madrid: Gredos.
- (1986). Fedro. In Platón, *Diálogos* (Vol. III). Madrid: Gredos.
- (1992). Filebo. In Platón, *Diálogos* (Vol. VI). Madrid: Gredos.
- (1983). Gorgias. In Platón, *Diálogos* (J. Calonge, Trans., Vol. II). Madrid: Gredos.
- (1983). Menón. In Platón, *Diálogos* (Vol. II). Madrid: Gredos.
- (1986). República. In *Diálogos* (Vol. IV). Madrid: Gredos.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca, Trans.) Madrid: Marcial Pons.
- (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.
- Puy, F. (2006). *Tópica Jurídica. Tópica de expresiones*. México: Porrúa.
- Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.
- Radbruch, G. (1933). *Filosofía del Derecho*. (J. Media, Trans.) Madrid: Editorial Revista de derecho privado.
- (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1980). Teoría de la desobediencia civil. In R. Dworkin (Ed.), *La Filosofía del derecho* (pp. 169-210). México D.F.: Breviarios Fondo de Cultura Económica.
- (1995). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- (1995). *Teoría de la Justicia*. (M. González, Trans.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivera, J. (2011). «Actualidad de Hegel en la estética contemporánea». In AA.VV., *G.W.F. Hegel: Contemporary Readings. The Presence of Hegel's Philosophy in the Current Philosophical Debates* (pp. pp. 89-116). Hildesheim: Olms.
- (1994). La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica. In F. Martínez (Ed.), *Romanticismo y marxismo* (pp. 145-212). Madrid: Fundación de Investigaciones marxistas.
- Rorty, R. (1996). *Consecuencias del pragmatismo*. (J. Cloquell, Trans.) Madrid: Tecnos.
- (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós Ibérica.
- Rosenbaum, S. (1975). *The Bloomsbury Group*. Toronto: University of Toronto Press.
- Rousseau, J. (2005). *El Contrato Social – Discursos*. Buenos Aires: Losada .

- (2005). *Emilio: o la educación*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ruiz-Resca, J. (2013). Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos. *Criterio y conducta* (13), 107-159.
- Saldaña, J. (2007). *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Said, E. (1978). *Orientalism*. New York: Pantheon.
- (1983). *The World, the Text and the Critic*. Cambridge: Harvard University Press.
- Salguero, M. (2011). *La benevolencia. Genealogía de una virtud política ilustrada*. Granada: Eug.
- Samaranch, F. (1967). Nota previa a La poética. In Aristóteles, *Obras* (pp. 73-76). Madrid: Aguilar.
- Salguero, M. (2002). *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons.
- (2011). «Limitaciones del contractualismo y dimensión transnacional de los derechos humanos», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. n° 28. México. pp. 39-67.
- (2015). «Los deberes del vínculo social en la filosofía jurídica de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y John Locke». En AA.VV. *Una Filosofía del Derecho en Acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los Diputados. Madrid. pp. 933-956.
- Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho romano actual*. (J. Mesía, & M. Poley, Trans.) Madrid: Centro Editorial Góngora.
- Schiller, F. (1969). *Cartas sobre la educación estética del hombre*. (V. Romano, Trans.) Madrid: Aguilar.
- Schopenhauer, A. (2002). *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas*. (F. Volpi, Ed., & J. Alborés, Trans.) Madrid: Alianza.
- (1960). *El mundo como voluntad y representación* (Vol. III). (E. OvejeroMauri, Trans.) Buenos Aires: Aguilar.
- Searle, J. (2001). *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Shauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Sidgwick, H. (1981). *The Methods of Ethics*. Indianapolis: Hackett.
- Stevenson, C. (1984). *Ética y Lenguaje*. (E. Rabossi, Trans.) Barcelona: Paidós.
- StuartMill, J. (2008). *Sobre la libertad*. (C. Rodríguez, Trans.) Madrid: Tecnos.
- Summers, R. (1978). Two Types of Substantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification. *Cornell Law Review* (63).
- Talavera, P. (2006). *Derecho y literatura*. Granada: Comares.
- Tarello, G. (1972). Die juristische Argumentation. *Archiv für Rechtsund sozialphilosophie* (Actas del Congreso de Bruselas de 1971). Beiheft 7, pp. 103-124. Wiesbaden: Neue Folge.
- Toulmin, S. (1950). *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Tovar, A. (1971). *Prólogo a la Retórica de Aristóteles*. Madrid: Instituto de Estudios políticos.
- Van Eemeren, F., & Grootendorst, R. (2004). *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: CUP.
- (1984). *Speech Acts in Argumentative Discussions. A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed toward Solving Conflicts of Opinions*. Dordrecht: Foris Publications.
- Van Eemeren, H., & Houtlosser, P. Rhetoric in pragma-dialectic. *Argumentation. Rethorical analysis within a pragma-dialectical framework* , 14 (3), 293-305.
- Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural.
- Vega, L., & Olmos, P. (Eds.). (2012). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Von Foerster, H. (1997). Principios de autoorganización en un contexto socio-administrativo. *Cuadernos de Economía* (26), 131-162.
- Walton, D. (1989). *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*. Cambridge: CUP.
- Winterbottom. (1964). Quintilian and the vir bonus. *The Journal of Roman Studies* (LIV), 90-97.
- Wittgenstein, L. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.
- Yankah, E. 2009: «Virtue's Domain» *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4.

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1. LA RETÓRICA ARETAICA	19
1. ¿Qué es la retórica aretaica?.....	19
2. Las virtudes de la persona juzgadora	23
3. Las virtudes de la persona abogada.....	34
4. La formación de la abogacía según el ideal de la retórica clásica.....	44
5. El devenir histórico del humanismo retórico en el derecho.....	48
6. El debate sobre la educación humanista y literaria	53
CAPÍTULO 2. PATHOS. LA IMPORTANCIA DE LAS EMOCIONES EN EL DERECHO	67
1. El pathos de la persona juzgadora. Una propuesta de Nussbaum....	67
2. El pathos de la persona abogada	72
3. Estudio de las emociones relevantes para la retórica.....	75
CAPÍTULO 3. EL PAPEL DEL ESTILO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	85
1. El estilo forma parte de la argumentación	85
2. El estilo de las leyes	91
3. El estilo judicial.....	93
4. El estilo de la abogacía	98

CAPÍTULO 4. LA ÉTICA DE LA VIRTUD FRENTE A OTROS MODE- LOS ÉTICOS.....	107
1. Encontrar una alternativa a la visión gerencial del derecho.....	107
2. El utilitarismo gerencial.....	114
3. Las éticas discursivas y contractualistas.....	118
4. Ética de la virtud	128
CAPÍTULO 5. LA RETÓRICA DE LA VIRTUD FRENTE A LA NUEVA RETÓRICA.....	145
1. La teoría estándar de la argumentación jurídica.....	145
2. La Nueva Retórica de Perelman	158
3. La teoría crítica del derecho frente a la teoría estándar de la argu- mentación jurídica	164
4. La retórica clásica como forma de vida	166
CAPÍTULO 6. PERSPECTIVAS EN LA RETÓRICA CLÁSICA.....	173
1. El debate clásico sobre la relación entre la retórica y la virtud	173
2. El Aristóteles de la Poética.....	178
3. La plurivocidad en los conceptos de ethos y auditorio	182
CONCLUSIONES	191
BIBLIOGRAFÍA	197

