

LA VIRTUD DE LA PALABRA Y EL DISCURSO DE LA IMAGEN EN EL DERECHO

Tesis doctoral

Tasia Aránquez Sánchez



ugr

Universidad
de Granada

Facultad de Derecho, Granada, 2016

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Tasia Aránguez Sánchez
ISBN: 978-84-9163-059-3
URI: <http://hdl.handle.net/10481/44529>

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LA VIRTUD DE LA PALABRA Y EL DISCURSO DE LA IMAGEN
EN EL DERECHO**

Presentada por la doctoranda:

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

Bajo la dirección de:

PROF. DR. MANUEL SALGUERO SALGUERO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Granada, 8 de Septiembre de 2016

Para mi hija Amada,
que ha compartido con esta tesis mi atención
en su primer año de vida

El doctorando / The *doctoral candidate* [**Tasia Aránguez Sánchez**] y los directores de la tesis / and the thesis supervisor/s: [**Manuel Salguero Salguero**]

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

/

Guarantee, by signing this doctoral thesis, that the work has been done by the doctoral candidate under the direction of the thesis supervisor/s and, as far as our knowledge reaches, in the performance of the work, the rights of other authors to be cited (when their results or publications have been used) have been respected.

Lugar y fecha / Place and date:

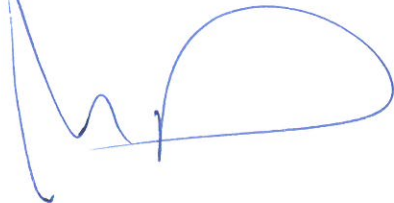
Granada, 5 de Septiembre de 2016

Director/es de la Tesis / *Thesis supervisor/s*;

Doctorando / *Doctoral candidate*:

MANUEL SALGUERO SALGUERO

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ



Firma / Signed

Firma / Signed

CONTENIDO

Introducción	3
Capítulo 1. Marco teórico	18
1. La teoría crítica del derecho.....	18
2. La concepción estética y la concepción literaria del derecho.....	31
3. La teoría estándar de la argumentación jurídica.....	46
4. La retórica clásica.....	74
5. La ética de la virtud	103
Capítulo 2. La retórica de la virtud.....	143
1. ¿Qué es la retórica de la virtud?.....	143
2. Las virtudes de la persona juzgadora	148
3. Las virtudes de la persona abogada	166
4. ¿Puede el arte humanizar la profesión de jurista?.....	177
5. La formación de la abogacía según el ideal de la retórica clásica.....	191
Capítulo 3. Nociones básicas de la retórica clásica.....	197
1. Conceptos clave del saber retórico y clasificaciones esenciales	197
2. Un paseo por la región del logos.....	205
3. El ethos como vía de persuasión.....	216
Capítulo 4. Pathos. La importancia de las emociones en el derecho	225
1. El pathos de la persona juzgadora. Una propuesta de Nussbaum	225
2. El pathos de la persona abogada.....	231
3. Estudio de las emociones relevantes para la retórica	237
4. la emotividad del principio y del final del discurso según cicerón y quintiliano.....	246
5. El humor en la práctica de la abogacía.....	252
Capítulo 5. El papel del estilo en la argumentación jurídica	263
1. El estilo forma parte de la argumentación	263
2. El estilo de las leyes	269
3. El estilo judicial	272
4. El estilo de la abogacía	278
Capítulo 6. Hechos y narraciones en el derecho.....	297
1. La verdad jurídica ¿ciencia o narración?.....	297
2. Pautas de la retórica clásica para la narración persuasiva de los hechos.....	307
Capítulo 7. Imagen, gestos, arquitectura y ritual	319
1. ¿Argumentan las imágenes?	319
2. El ethos de la arquitectura de los tribunales	328
3. Pautas retóricas para el discurso oral	341
4. Rituales jurídicos	364
Capítulo 8. Representaciones simbólicas y narraciones contra el poder	377
1. Diálogo o ruptura. Dos maneras de cambiar el mundo.....	377
2. Estereotipos y roles sociales en las representaciones del derecho	384
3. La subversión de los imaginarios	399
Conclusiones.....	403
Bibliografía	410

INTRODUCCIÓN¹

Objective: Towards a committed perspective of legal practice

Let us imagine that we are having a pleasant Christmas dinner with a group of people who share our legal profession. The conversation is interesting, since we are talking about the role that we play in society and how we try to do our work in the most ethical manner. The dynamics of the conversation, seasoned with a glass of red wine, has led us to reflect on human rights and the notion of dignity. Claudia states that these concepts do not seem simple rules but rather for her are notions that guide her daily work. Maria adds to Claudia's comments that she is considered a committed lawyer and will ensure that her work will serve to promote justice in her environment.

At that moment Aurelius arrives, who is a little late. He approaches our group with the decisive step that characterizes him and with his white, beaming smile, slightly reminiscent of toothpaste ads. He is wearing a elegant suit and a wrist watch that Julio, another of those present, dreams of being able to buy. Then Aurelius tells us the following:

-To speak of human rights is a waste of time. Ethics, justice, are eternal conversations that lead nowhere- mere empty words. I say one thing and you say the opposite. We will not agree. I'll tell you what this profession is about- Aurelius accompanies these words with a gesture towards the group, as if making a major confession - Advocacy is about winning - as he says this he taps his splendid watch. In law there is neither good nor bad. There are only winners and losers. The lawyer must serve the interests of his client and emerge victorious whatever the cause. Justice is too relative. Nobody is so wicked that they do not deserve the best defence. That dignified speech is to convince the judge, but we are not going to be stupid enough to let a naive idealism impose limits on us.

¹ La mención internacional de doctorado exige que la introducción y las conclusiones estén escritas

Aurelius looks around the table seeking our agreement. Then he directing his remarks at Maria, he adds:

To aspire to be a committed advocate is nothing but to choose to earn less money than you could. Over time you will realize that the people whom you defend are no better than others, and that what you thought was fair, in reality is only the *glamour* of the lost cause.

This character that I have presented and called Aurelius is one of the key figures of contemporary culture (let no one be offended by the arbitrary choice of this name). People who subscribe to Aurelius' point of view adhere without knowing it to the role that MacIntyre² calls "the manager". The manager is someone who thinks his job is to apply techniques and obtain results efficiently. The purposes are not in question, because he thinks that these are already given in advance. The objectives are given by the customer or the person who is in charge. The manager separates himself from his responsibility: he does not design the rules of the game. However, he gets a return from the game. The manager wants to be the best player, the one who always wins. If anyone questions his moral unscrupulousness he replies that he is only following the rules and the rules are the only certainty we have in life. In the final outcome, says the manager, there are many moralities.

Aurelius' mentality brings together a philosophy based on moral relativism, a technical vision of legal practice and a legalistic perspective of law. This work can be read as a reply to Aurelius' proposal based on the paradigm of virtue ethics, a humanist and committed vision of legal practice and a hermeneutic perspective of law in the background.

The management vision of the legal profession is everywhere and the markedly positivist legal theory that is taught in the legal faculties does not facilitate the adoption of a committed perspective of legal work. The vision of morality as something separate from law leaves the field open to the greed of the manager. For these reasons I consider it important to develop a vision of legal practice without departing from the ground, and

² See MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. Barcelona: Austral.

to make ethics an essential part of legal work. This is the goal I am seeking to undertake.

Original Aspects of this Work

This work is located in the theory of legal argumentation, within a hermeneutical conception of law, that is, one that understands law as language in action, the result of a lively dialogue. As law is a living language, the role of its speakers is central.

The originality of this work lies especially in two points: the formulation of the “rhetoric of virtue” and the claim of the aesthetic aspects of legal argumentation. For these theses to be understandable, I must make a brief clarification of the state of the theory of argumentation. As is known, one of the main perspectives of the theory of current argumentation is the rhetorical point of view. The rhetorical perspective pays attention to all aspects that affect communicative interaction. Law is language, but it is not just words, it is also images, setting, nonverbal expression, cadences, writing style, emotions, character, identity, etc. The rhetorical tradition is concerned with argumentative structures of language, but also transcends the framework of such structures. A rhetorical vision of legal practice is concerned with the analysis of elements that usually are excluded to the periphery of the theory of law.

Within the rhetorical perspective of law we can distinguish two opposing visions that hold sway today. One is the vision of rhetoric as a persuasion technique. This is a purely managerial vision of rhetoric. What is relevant to this view is victory in the lawsuit, effective persuasion and therefore all the elements that contribute to the persuasive effectiveness will be analysed, ignoring any element which is not an instrument for achieving success in litigation.

Opposed to this approach we find Perelman’s proposal³, the “New Rhetoric” which is based on the distinction between reasonable conviction and mere irrational persuasion. From this point of view, it is not the same to convince with reasons and argumentations as to do it with captious images or emotional blackmail. For such an

³ Cfr. Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

approach the role of legal rhetoric is to study how we can build a convincing and reasonably grounded argumentation.

My proposal is a third approach within the rhetorical point of view, which I call the “rhetoric of virtue”. This argumentation must integrate the elements that were present in classical rhetoric in the study of legal communication such as the impact of emotion of compassion and the style of written or non-verbal communication. However, from Perelman’s viewpoint it is difficult to carry out a serious analysis of images and emotions, since he starts a priori from their exclusion. The reasonable, the argumentation is constructed by opposing the emotional and nonverbal.

Faced with this problem I choose to go back, as Perelman did to formulate his “New Rhetoric”, to classical rhetoric. The rhetorical tradition, whose greatest exponents are the famous lawyers Cicero and Quintilian⁴, always included the emotional and aesthetic components of legal practice. However, they were not based on a managerial vision of rhetoric. Classical rhetoric was much more than a technique for achieving persuasion.

For Cicero, the proper use of the word was the highest expression of the social nature of human beings. The word allowed people to participate in political life and, therefore, its domain was the cornerstone of civic virtues. The classical training ideal sought excellence through the cultivation of the word, the acquisition of a broad culture and the development of ethical virtues. Cicero and Quintilian have a rich view of the practice of law, which is conceived as a work full of dignity in which the domain of the word combines with intellectual culture and moral commitment. Rhetoric to Quintilian means the art of speaking linked to the virtuous person. That is, for Quintilian we can only say that we are in the presence of an orator when that person, in addition to speaking well, has a number of ethical and intellectual qualities.

Therefore, the originality of my view of the theory of argumentation lies in my reclaiming and naming the “rhetoric of virtue,” which is a rhetorical model that is founded on an ethic based on the concept of virtue, that is to say, in the development of character habits. Perelman’s “New Rhetoric” (which is considered the most solvent

⁴ In order not to fill this introduction with bibliographical references, the classics are quoted in the body of the work and the final bibliography.

proposal of current rhetoric) uses an ultimate grounding based on what is called “ethical discourse”. In contrast to this epistemic thought I turn to “virtue ethics” because I believe that these will leave managerial rationality on one side without paying the toll of emotions and images for it.

In this paper, therefore, I develop a humanist perspective of legal rhetoric, placing intellectual and ethical training at the centre of analysis of the legal professions. I rely on a committed working practice, aiming to fight for social justice, human rights and dignity. That is why I am opposed to the concept of judicial work based on the idea of cold, blind impartiality, which aspires to assimilate people who judge with aseptic calculators. Against this notion, I opt for a judicial model, coming from the classical world and hermeneutics, which develops the virtues of prudence and compassion. This model I propose does not require emotions to be put aside or aesthetics to be ethical and rational.

Together with the recovery and development of the “rhetoric of virtue”, the other original aspect of this work is the claim to aesthetic and stylistic aspects of legal argumentation. I believe that the theory of the current argumentation is “logocentric” because it has focused too much on studying argumentation schemes and structures of discourse and has neglected aspects such as the style of the writings or declamation of speeches, which were considered key elements of classical rhetoric. Although I believe that the theory of current argumentation is much more logocentric than the classical, I maintain that classical rhetoric already contained the germ of this current by building the distinction between essence and appearance, between argumentation and style, between *inventio* and *elocution*.

So I welcome the originality of the rhetorical contributions of the humanist Baltasar Gracian, who departs from the classical tradition and breaks the distinction between argumentation and style, holding that style is like the body of the concept, the structure what articulates it, so that argumentation cannot exist without style and that beauty, far from being an irrational notion, emanates from rational relationships between concepts. Kant in his *Critique of Judgment* and the Romantics who came after him also followed in this line of breaking with the distinction between aesthetics and rationality.

This theoretical framework leads me to question the limits of the notion of “argumentation” that does not seem to properly accommodate visual communication. I wonder if images argue and that leads me to maintain a flexible perspective of what an argument is and what is argumentation. In this paper I reflect on the style of court rulings, legislation and advocacy, as well as the architecture of the Courts, non-verbal expression and the musicality of the allegations. All these aspects which I analyse show the relevance of the fact that the non-verbal communicates ideas and that all linguistic communication contains aesthetic elements fused with the verbal, so it is necessary to take a broad view of rhetoric and the theory of argumentation that confers on all these elements the place they deserve at the heart of its analysis.

Other peculiar aspects of this work (for the poor treatment they have received previously) that I would highlight are reclaiming the study of emotions from the theory of legal argumentation, the commitment to virtue ethics from legal theory and reception of the contributions derived from the “aesthetic turn” of the critical theory of law. The novel contributions of this work probably deserve to be highlighted with attention focused on the aesthetics of law and legal studies and literature, as these are themes scarcely treated in the Spanish language. I am convinced that works on the theory of legal argumentation that take an aesthetic look are needed, because in this area of knowledge it is much more common to find epistemological approaches inspired by the sciences.

Finally, I think the aspect of this thesis that will be most striking will be the reception and updating of classical rhetoric, the creative dialogue with its spirit and legacy. Perhaps this is one point where I have achieved a degree of specialization solvent enough to consider myself prepared to undertake the reading of this thesis. In particular, of special interest may be the depth of knowledge reached in Quintilian’s work.

Summary

Classical rhetoric advises starting with an exposition of the point to be judged (or points when addressing several). Such a point is a thesis, an antithesis and a question that captures the essence of the dispute. I will follow this method to clearly summarize the main thesis here developed. The main point to judge would be the question, what should be the aim of the professional person working in law? According to one thesis the objective would be to win the case or issue a sentence in a manner consistent with the law; according to the opposite theory or antithesis the aim would be that the work is rewarding not only from an instrumental point of view, but also from the moral and intellectual point of view.

This work develops a notion of legal rhetoric as an ideal of life and professional excellence based on the development of virtues that enable us to speak and argue in the best possible way every time, both practically and ethically. I shall now set out a more detailed summary by chapters:

The first chapter contains the theoretical framework, that is, the theoretical influences that have inspired this work. It is not an exhaustive analysis of the currents expounded here, but indicates those aspects that have influenced the development of this thesis.

From critical legal theory I have taken its election for advocacy and a judiciary committed to ethics and highlighted its interest in the aesthetic aspects of legal practice, as well as its attention to the humanist training of the legal profession. From aesthetic and literary conception of law I have emphasized those studies devoted to the analysis of architecture, the visual and theatrical in law and a reflection on the role of literature in the training of lawyers.

From the “standard theory” of argumentation⁵ I have taken the question of the moral legitimacy of rhetoric and its limits, as well as concern about the possible loss of reasonableness of argumentation that could be produced by dissolving these limits. I

⁵ Those unfamiliar with the term “standard theory” will find clarifying information in the corresponding section.

welcome the concern of the standard theory about the relationship of legal argumentation with the investigation of the truth and the pursuit of justice. I also welcome the vision of the standard theory of legal argumentation as a place for dialogue and exchange of views, and therefore the shift away from a static perspective of language.

From classical rhetoric I have taken the central notion of this work, the “rhetoric of virtue” and also the proposal of a reassessment of the role of emotions and style in legal communication. I reclaim a hermeneutical and humanist ideal of law. Legal activity takes place in a community of speakers and is constantly modified by its participants and the central role played by advocacy in it. Dignifying the legal professions drinks from the civic spirit of classical rhetoric.

From the virtue ethics I have chosen the philosophical bases on which the “rhetoric of virtue” is upheld. I explain my rejection of moral relativism and I also criticize other ethical theories, in particular discourse ethics (the main theoretical rival of my proposal in the field of argumentation theory) theories. I defend virtue ethics in connection with a hermeneutical paradigm of law and the idea of dignity contained in the ideal of human laws.

In the second chapter I present my conception of the “rhetoric of virtue”, tracing its classical origins and outlining a model of the virtue of advocacy and judicial virtue. The concept of “rhetoric of virtue” is based on a broad interpretation of the notion of *ethos* that was conducted by Cicero and Quintilian. Below I address some aspects related to the training of legal persons, an issue that is obviously intertwined with the promotion of the virtues that reflect models of virtue. This chapter is key in this work.

In the third chapter I discuss the most important concepts of classical rhetoric, such as its classification of the three ways of persuasion: *logos*, *ethos* and *pathos* (argumentation, character and emotions, respectively). This chapter focuses on the notion of *logos*, which is by far the one most accepted in the contemporary theory of argumentation. I also address in this chapter the restrictive vision of *ethos*, understood only as a means of persuasion and not as a model of life excellence. In short, the third chapter presents a complex picture of classical rhetoric. Within it can be understood not

only my approach to the “rhetoric of virtue” (if we focus on the broad interpretation of the *ethos* of Cicero and Quintilian), but also the approach advocated by the standard theory (if we make a broad interpretation of *logos*, beyond classical rhetoric). The question of *logos* and the restrictive interpretation of *ethos* do not occupy separate chapters because my proposal is a critique of the inflation of *logos* in the present-day theory of argumentation and the restrictive notion of *ethos*. Therefore, I did not want to focus too much on either aspect but to place them within a general framework.

While the second chapter is dedicated to *ethos* and the third to *logos*, the fourth chapter is devoted to *pathos*, that is, the relevance of emotions in legal argumentation. I develop the issue of emotions in the judiciary and also reflect on emotions in the legal profession. The chapter also contains a section on the interesting question of humour in legal practice. I am aware that there are numerous studies on the relationship between emotions and the law. This chapter is only the beginning of future research. Its main interest lies in the systematization of the contributions of classical rhetoric and the role of emotions within my conception of the “rhetoric of virtue”. Unlike the “standard theory” I am not suspicious of emotions, but I consider them a necessary element of rationality, ethics and persuasion. Deception can be produced by emotions but also by any sort of argumentation.

The fifth chapter deals with the question of style and, in this connection, I question the distinction made by classical rhetoric between *inventio* (argumentation) and *elocutio* (style), and then I contend that argumentation cannot be articulated if not through shapes. The figures of style are like the columns of the building of thought. Considering the more legal aspects I tackle the subject of the style of laws, judicial style and the style of advocacy.

Chapter Six addresses the issue of the narrative character of the facts in law, an issue that is associated with the desire for verisimilitude rather than the truth in the scientific sense. The narrative of the facts is not synonymous with fiction but rather of coherent discourse. In addition to these considerations, in this chapter I discuss guidelines for the reports of court judgments and for the preparation of the facts by lawyers.

Chapter seven deals with an interesting question on the theory of argumentation in which I ask if images can argue. That leads me to question the notion of argumentation. Here also I discuss the notion of formal fallacy. That first section of the seventh chapter justifies the presence of visual elements in a thesis on theory of argumentation like this. After that I address aspects associated with images such as the values the architecture of the courts transmits, rhetorical guidelines for speech or rituals present in the law. The treatment of these issues is perfunctory and is not intended to be more than an outline for further development in future research.

The eighth chapter- the last- really forms part of a work different from the previous chapters that make up this work, but is clearly connected with the rest. The other chapters compose the proposal which I call “rhetoric of virtue” and refer to a concept inspired by classical rhetoric in which professional legal people assume their commitment to human rights and the improvement of society. Rhetorical techniques, therefore, are part of a broader humanistic education that as a result leads to the emergence of that character that aspires to excellence. However, this last chapter addresses the issue of the use of language and the rhetoric of the image as techniques for a critique of society and the law (for example to show discriminatory stereotypes present in judicial decisions). This last chapter is part of a larger work devoted to this issue and that, for reasons of consistency, I decided to separate from this. However, its associated character motivated me to briefly cover some of these issues, as a suggestion and presentation of the subject.

This paper ends with putting forward my conclusions, which consists of a number of listed statements that summarize the fundamental theses presented throughout this work.

Hermeneutical methodology and results of the work

My approach to legal language (the topic of this work) is prominently through hermeneutics and secondly through Gadamer⁶, the greatest exponent of this philosophical current, in his assessment of the scientific method. I confess I feel some discomfort before the reductionist term “legal science” due to the bias towards scientific methodologies that the name implies. Gadamer claims that the scientific method has been imposed unstopably since the scientific and industrial revolutions, spreading a certain way to access the truth that presents a claim of uniqueness. The truths of art or history have been relegated to the realm of the subjective, uncertain. Social sciences, among which law is, are suffering from this scientific maelstrom. However problems are encountered applying hypothetical-deductive schemes such as the mutability of its purpose or that the subject application of the law is part of social reality on trial. Issues such as the subjectivity-objectivity dilemma, the weight of the ideological, moral legitimacy of norms, ethics or the openness of language are of interest to the legal profession.

Hermeneutics is not a simple method, as opposed to the scientific, but rather is a broad approach that poses the conditions in which the understanding of a phenomenon occurs. That approach has been very important for this work, which is expressed both in its content as in the method with which I have approached the literature. The comprehensive nature of language on all that is known makes linguistic interpretation of paramount importance for hermeneutics in any methodology that seeks to achieve knowledge. The hermeneutical approach rejects the instrumental logic of the scientific method as it questions purposes and not just ends.

In this sense, there is a resemblance to the critique of instrumental reason of the Frankfurt School. Both proposals present a concern for ethics and reject the “technical” invasion on political decisions or moral content. However, the critique of instrumental reason takes on different hues in Habermas and Gadamer. The Frankfurt School has the Enlightenment’s rejection of tradition, and its main aim is human emancipation. To do this, the person interpreting must get rid of all prejudice, in a revolutionary break with

⁶ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. and Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme. P.450.

the given. Instead, Gadamer asserts the existence of legitimate prejudices and the inability of both science and philosophy to escape from tradition.

Against the Frankfurt School's criticism of his theory, Gadamer argues in his thesis that in every act of understanding there is a tradition that conditions us, which does not entail a conservative position contrary to human emancipation. What Gadamer aims at is to remind us of the importance of history and social circumstances of the phenomenon of understanding and also to assert the importance of the "specific case" in knowledge. Knowledge is not produced by rational abstraction of an ideal subject, but knowledge is something that occurs in the real life of real people.

In the relationship of all understanding of the "specific case" there comes into play the Aristotelian virtue ethics, which is part of hermeneutical philosophy. For a subject to be able to understand something new he needs to develop a practical wisdom during his lifetime. Practical wisdom is not fixed and unalterable rules, but rather habits and behavioural patterns that help us find the best solution for each specific case. Those habits are the moral and intellectual virtues.

Therefore the hermeneutical method is inclusive. It is not presented as the antithesis of the scientific method. Science requires hermeneutics. In this regard Gadamer says, "What in the natural sciences are the facts is not really any measured quantity, but only the results of measurements that represent the answer to a question, the confirmation or invalidation of any hypothesis. Nor is the organization of an experiment to measure any magnitude legitimized by the fact that the measurement is performed with the greatest accuracy and in accordance with all the rules of art. Its legitimacy is only obtained by the context of the investigation."⁷

Hermeneutics values the role of emotions, but is not a return to romantic irrationalism. It is a perspective view of reality that studies how understanding is produced, especially understanding of texts, without ignoring any of the elements that occur in this process. The historical truth or artistic experience, feelings or tradition, are aspects involved in understanding and, according to one who defends hermeneutics,

⁷ Ibid. p.650.

should not be neglected or ignored. Therefore the hermeneutical method can be seen as an appreciation of the humanities.

The structure of the hermeneutical method is the “hermeneutical circle”, a concept that is commonplace in the methodology of so-called social sciences. Gadamer takes this notion of Heidegger and makes it the cornerstone of his philosophy. Accordingly, this notion of understanding a text has a circular structure in which the goal is to access the real meaning of the text, without being carried away by “one’s own occurrences, nor popular concepts, position, forecast or anticipation”. The circular structure is based on the development of a previous project of the reader, of certain expectations regarding the text. These expectations will be confirmed or disproved in the text, so constantly developing new projects. Previous concepts will be replaced by others more suitable to achieve the unity of sense. The most important thing is that it is read as a totality, integrating the new that has been read and the previous ideas, but letting the text speak for itself to verify or reject those ideas.

This method is applicable not only to texts, but to any phenomenon we want to understand. The most significant, according to Gadamer, is that we do not aim to eliminate all previous ideas or social and historical conditioning, but that we are aware of these preconceptions to control them and gain a correct understanding. It is these unperceived prejudices that hinder understanding. In Gadamer's theory, prejudice is not necessarily a false judgment, but rather a previous opinion that can be confirmed or refuted by experience. It is essential that we open the text or the phenomenon and we put it in relation to what with our own opinions tell us.

This hermeneutical conception of knowledge departs from the idealization of neutrality or impartiality, since these concepts generally involve an effort to cancel out our own emotions or prior knowledge. This is not a question of cancelling out what we are, but of becoming aware of who we are and from that basis, dialogue with an open mind. In this regard, hermeneutics is very different from the Frankfurt School that inherited from the Enlightenment its commitment to impartial rationality and critique of any belief prior to reasoning.

For the hermeneutical method reason only exists as real and historical, so that a distant or universal knowledge is not possible. Prejudices are for an individual the “historical reality of his being.”⁸ For the Enlightenment the conception of tradition means adopting a conclusion based on authority and not on reason itself. Authority and reason become antithetical terms. For the Enlightenment authority is assimilated to blind obedience. However, in our daily lives we accept authority in the case of persons skilled in law, engineering or medicine accepting that their judgment is more grounded than ours. In these cases authority does not imply a renunciation of reason itself, but respect for the wisdom of someone who has dedicated time and effort to train in a given area. Therefore, in these cases, our confidence in the judgments of others is an act of reason that accepts its own limits. It should be remembered, separating ourselves from the Enlightenment’s contemptuous view of tradition, that what we learned and inherited from our parents and our culture largely determines our institutions and behaviour. Between tradition and reason it is not necessary to maintain such sharp opposition as sustained by the Enlightenment.

These reflections of hermeneutics question the aim of objectivity of the scientific method, since the social and ideological elements determine the ultimate meaning of research, choice of subject, and that stimulate the interest of the researcher. To a large extent, the hermeneutical method is inspired by the methods of philological interpretation and aesthetic interpretation. Hermeneutical methodology is based on the idea that in all comprehension there is a circular relationship between the general and particular that cannot be covered with a scheme of subsumption. Aristotle’s “*Nicomachean Ethics*” offers a model of hermeneutical procedure. Aristotle does not speak of an abstract rational subject, but of a particular individual, who has a character, a biography and who is emotional.

The attitude of the hermeneutical method is dialectical, because, if we want to access understanding, we must put ourselves under the direction of the matter in hand. We do not try to force the text to say what we want. The hermeneutical attitude is really to weigh the opposite view, putting on hold the issue with all possibilities. Dialectics is not to seek the weak point of the thesis you are reading, but find its true strength. The

⁸ Ibid. p. 344.

art of argument is not to make a weak cause strong, but the art of thinking that reinforces what was said from the thing itself⁹.

The way of the hermeneutical method is circular, it consists, as I mentioned before, in formulating hypotheses of sense and comparing them with the texts, and then drawing up a synthesis that unifies our previous world with the new knowledge gained. Knowledge is, in this sense, a fusion of horizons. However, the systematics of the hermeneutical method must not be confused with that of Hegelian dialectic. In Hegelian thought a final synthesis is reached which reconciles opposites. But hermeneutical thought does not aspire to reach a definitive truth and is aware that the knowledge gained is nothing more than a perspective. Hermeneutics keeps itself constantly open to reformulate its theses. In this sense I consider that, rather than a circle, the hermeneutical method consists of a spiral.

Hermeneutical truth is modest; it flees from thinking ahead and controlling the course of dialogue. It does not want to produce a result in advance. The hermeneutical method has the structure of conversation and the results achieved do not belong only to the researcher, since they are the result of a conversation between his provisional questions and materials that he approaches.

Unlike the dialectics that Habermas coined, hermeneutical dialectics denies the existence of a place above from which to capture the true essence of what we want to understand. The method of knowledge does not consist in following certain universal rules of dialogue, but lies in studying the world with openness, humility and prudence. Hermeneutics does not aspire, unlike science, to explain the world, to grasp its object. It is satisfied to understand, that is, to achieve a coherent perspective.

The method used in this work has been the hermeneutical. I have read with interest various materials, trying to open myself up to positions different to mine and have developed through dialogue with all those materials a coherent system in which all these ideas achieve sense. This system is not intended to be the ultimate theory of legal argumentation, but aspires to be a reasonable prospect to consider. My proposal is an original synthesis of classical and contemporary theoretical contributions that seeks to

⁹ Ibid. p. 441.

respond to current problems of the theory of legal argumentation. The most significant result achieved by this research lies in that systematization, forming a unitary body of theory that I have termed the “rhetoric of virtue”. In the conclusions of this work I separate out the most important contributions.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

1. LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

Este trabajo debe mucho a las aportaciones procedentes de la teoría crítica del derecho (movimiento *Critical Legal Studies*), y también a las aportaciones de la teoría de la argumentación. Dicho marco conceptual puede resultar extraño, dado que la teoría crítica ha dirigido duras acusaciones contra la teoría de la argumentación jurídica y, de igual modo, se ha cuestionado a la teoría crítica por el escaso interés prestado al razonamiento jurídico.

Por eso, matizo que el presente trabajo se aleja del “punto de vista estándar”¹⁰ de la teoría de la argumentación y se sitúa en un enfoque humanista, hermenéutico y retórico del lenguaje jurídico. Asimismo, esta investigación se aleja de las perspectivas más materialistas de la teoría crítica del derecho y se decanta por las incursiones de la misma en la teoría literaria.

Soy consciente de que estos dos párrafos anteriores no aclaran demasiado la cuestión de cuál es el marco teórico del presente trabajo ya que, seguramente, suenan a jerga técnica. Por eso, dedicaré las páginas siguientes a explicar en qué consiste la aproximación crítica a la teoría de la argumentación que propongo.

¹⁰ Como señala Atienza la llamada “teoría estándar” surgió como rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales y propone una visión dialéctica de la argumentación inspirada en el racionalismo habermasian de la ética discursiva. Atienza, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. p. 31.

Una de las líneas de pensamiento de referencia en este trabajo es el punto de vista de Boyd White¹¹ (que no forma parte de la teoría crítica del derecho). Dicho autor, en su concepción hermenéutica del derecho, defiende que las personas que ejercen profesiones jurídicas pueden transformar la sociedad. Los ideales morales de las personas penetran en el derecho a través del lenguaje. El derecho no es (como afirma el positivismo) un objeto formado por normas y principios, sino un lenguaje en acción, que se funde con otras dimensiones lingüísticas de la sociedad.

Costas Douzinas y Ronnie Warrington¹², autores procedentes de la teoría crítica, señalan que el gran reto del derecho de nuestro tiempo es el de fundamentar el papel central de la ética en el derecho, sin que ello suponga una vuelta a tesis religiosas. Estos autores consideran que el positivismo jurídico (concepción dominante en la actualidad) permite que el derecho sea compatible con demasiadas injusticias. Un sistema en el que la justicia y los principios éticos no caben, no nos sirve.

Por tanto, la hermenéutica y la teoría crítica coinciden en su oposición al positivismo jurídico. El más reconocido hermeneuta de la teoría del derecho, Dworkin¹³, alcanzó gran celebridad al evidenciar la crisis del modelo positivista. Dworkin señaló que la gente suele asociar al derecho con las normas, pero que esta idea es errónea, dado que no tiene en cuenta el papel crucial que tienen los principios (valores) en el derecho.

James Boyd White¹⁴, considera que ha tomado fuerza un nuevo paradigma en la teoría del derecho. Dicho paradigma gira en torno a la idea de que el derecho es lenguaje y argumentación. Frente a la visión jerárquica del derecho como instrumento

¹¹ Las obras de este autor que han influido en el presente trabajo son las siguientes: Boyd, J. (2000). *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. University of Michigan Press. Boyd, J. (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. Madison: The University of Wisconsin Press. Boyd, J. (1982). Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*, 6, 415-445. Boyd, J. (1990). Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *University of Chicago Law Review*. Boyd, J. (1973). *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown & Co.

¹² Douzinas, C., & Warrington, R. (1994). *Justice Miscarried. Ethics, aesthetics and the law*. New York: Harvester . p. 19.

¹³ Dworkin, R. (1980). ¿Es el derecho un sistema de normas? En R. Dworkin (Ed.), *La Filosofía del derecho* (págs. 75-127). México D.F.: Breviarios Fondo de Cultura Económica. p. 115 y ss.

¹⁴ Boyd, J. (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. Madison: The University of Wisconsin Press. p. 241.

controlado por el estado y en el que la ciudadanía representa un escalón pasivo y receptor de mandatos. La concepción del derecho como praxis lingüística permite mostrar el carácter argumentativo y creativo del mismo. El derecho es una actividad descentralizada en la que cada persona es parte de la comunidad y tiene palabra.

Boyd White considera que, en cierto modo, la teoría crítica ha contribuido a mantener la visión positivista del derecho. La teoría crítica se ha centrado en denunciar que el derecho es un orden coactivo y violento, y ha dejado de lado el estudio del potencial emancipador del derecho. En la abogacía y en la judicatura hay algunas personas dispuestas a hacer del derecho un instrumento de liberación. Como señala Atienza, el derecho no es solo coacción, sino que también es una cultura que organiza el rol de cada persona en el seno de la sociedad¹⁵.

Considero que las consideraciones de Boyd White expuestas son de interés al realizar un análisis crítico del derecho. Por un lado, podemos concluir que la crítica al derecho no puede quedarse solo en los elementos materiales de la violencia del derecho, sino que debe adentrarse en el derecho visto como una ideología que está presente en el modo en el que las personas se perciben a sí mismas. Por otro, debemos tener en cuenta que el derecho es un lenguaje vivo, susceptible de interpretación y, por tanto, el derecho es susceptible de un uso activista del mismo.

Una noción del derecho consciente del carácter retórico y creativo del discurso jurídico puede empoderar a la ciudadanía y a la abogacía. El derecho no es una entidad inamovible y cerrada, ni es propiedad exclusiva de la política o del poder legislativo. El derecho es una ordenación de la sociedad de carácter dinámico, que se transforma mediante las prácticas argumentativas de la comunidad y mediante cambios en el imaginario colectivo.

Admitido el interés que los poderes político y legislativo manifiestan por utilizar al derecho como instrumento de control de la ciudadanía, resulta necesario señalar que ese interés se ve satisfecho gracias a teorías que hacen que la ciudadanía vea al derecho como algo que, por su naturaleza intangible, no le pertenece y escapa de su control, como una máquina que da respuestas automáticas a comandos introducidos en ella.

¹⁵ Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. p. 99.

El papel de la ciudadanía en una máquina de este tipo queda reducido, en una democracia representativa, a tratar de influir sobre las personas que escriben los comandos, votando cada cierto tiempo a un poder legislativo. Pero lo cierto es que el derecho es una práctica discursiva cotidiana, descentralizada y muy difícil de controlar. Las personas que conforman la comunidad jurídica tienen posibilidades de concreción y transformación del derecho.

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 dos de las teorías que se centran en el estudio del derecho como lenguaje: la hermenéutica y la argumentación jurídica.

Boaventura Santos¹⁶, desde la teoría crítica, considera que se puede utilizar el derecho como arma activista, pero opina que una persona crítica no pretenderá mejorar el derecho, sino hacer de él algo completamente distinto. Por eso una persona crítica se percibirá a sí misma como infiltrada y no se dejará engañar por las hipócritas menciones a los derechos humanos de una comunidad jurídica que los viola.

Duncan Kennedy¹⁷, otro representante de la teoría crítica, señala que la hermenéutica (al menos la liberal de Dworkin) no puede considerarse una filosofía transformadora, ya que contribuye a mantener los dogmas positivistas de la coherencia y de la unidad del derecho. La hermenéutica sostiene que la persona juzgadora mantiene un diálogo con la jurisprudencia anterior y con las normas, procurando no romper con dicho precedente. Es decir, que el derecho es coherente y procura mantener la unidad.

Sin embargo, en opinión de Kennedy, la realidad es que el derecho no aporta soluciones a los problemas jurídicos. La judicatura toma decisiones basándose en criterios ajenos al derecho¹⁸, y luego las justifica apelando al mismo. Por eso, la tarea de

¹⁶ Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político de la postmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes. Cfr.

¹⁷ Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication (Fin de Siecle)*. Cambridge: Harvard University Press. p. 180 y ss.

¹⁸ Kennedy explica la conducta de la judicatura estableciendo tres modelos de jueces o juezas. El primer modelo es el del activismo restringido, que es el que formula primero una interpretación jurídica que considera correcta según el Derecho, y luego la contrasta con la que considera justa. Entonces busca la manera de justificar jurídicamente la solución justa, y lo hace cuidadosamente, para defenderse de alguien dispuesto a derribar su argumentación. Si llega a la conclusión de que el Derecho exige la interpretación

la teoría crítica es levantar acta de esos hechos y denunciar que las ideas de neutralidad y coherencia sistemática no son más que un modo de encubrir en un manto de racionalidad el hecho político de la tarea interpretativa.

Vemos, por tanto, que hay importantes voces de la teoría crítica que se oponen a la hermenéutica. También 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. Atienza¹⁹, 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 Santos²⁰ y Capella²¹, consideran que el derecho no consiste solo en argumentación o retórica, sino que también es burocracia y violencia. Atienza²² 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 que buscar el consentimiento del otro, o bien tiene la obligación de decidir dando razones.

que no le agrada, pero no es capaz de fundamentar jurídicamente la solución justa, se someterá a la solución justa.

Los otros dos modelos no se preocupan por la justicia sino por dar una imagen de moderación y racionalidad. El segundo modelo es el del término medio, que se llama así, porque intenta calcular lo que harían los modelos del activismo restringido, desde las perspectivas progresista y conservadora, y busca una interpretación que se sitúe en el medio. El tercer modelo, el bipolar, intenta parecer moderado, pero no adoptando una posición intermedia en cada solución, sino procurando argumentar unas veces desde una perspectiva conservadora y otras desde una progresista.

¹⁹ Atienza, M. (2013). op. cit. p. 809.

²⁰ Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político de la postmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes. Cfr.

²¹ Capella, J. (1985). El trabajo como dato prejurídico. *Doxa* (2). Cfr.

²² Atienza, M. (2013). op. cit. p. 825.

Sin embargo, matiza Atienza²³, 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 discrepa con la teoría crítica en la tesis de estos últimos de que el derecho no ofrece soluciones a los problemas jurídicos y se aparta de las posiciones de relativismo moral que son frecuentes en teoría crítica. 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 excluirles 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 derecho²⁴.

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 transformarlo²⁵.

Coincido con Atienza en que, tanto Marx como gran parte de la teoría crítica, se equivocan rechazando tajantemente el derecho, considerándolo un elemento de la superestructura ideológica, una expresión de la voluntad de la clase dominante. Marx no vio el inmenso papel transformador que suponen los derechos humanos. Hemos de

²³ Ibid. p. 825.

²⁴ Ibid. p. 826.

²⁵ 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.

aceptar lo que denuncia la teoría crítica: que el derecho es un instrumento de opresión y que las mayores injusticias no son el resultado de actos jurídicamente ilícitos. Sin embargo, esto debe servir para luchar con más ahínco por la efectividad derechos humanos²⁶.

Desde mi punto de vista la teoría del derecho puede realizar una crítica revolucionaria o una crítica reformista. La crítica revolucionaria es externa al derecho, considera que el derecho es dañino para las personas, un instrumento de opresión al servicio del poder con el que no cabe el diálogo, solo cabe la ruptura. Por su parte, la crítica reformista puede realizarse desde fuera o desde las profesiones jurídicas (como la abogacía o la judicatura). La crítica reformista considera que la sociedad puede cambiar a través del derecho, o bien que, dado que no es posible huir del derecho, es necesario saber emplearlo para promover la justicia o para defenderse. Dentro de la crítica reformista se encuentran los movimientos activistas que luchan por el desarrollo de los derechos humanos, y también las personas que asumen un rol comprometido en la práctica de su profesión jurídica.

La teoría crítica admite ambas perspectivas, como pondré de manifiesto en el presente trabajo. Esa tensión entre revolución o reforma, entre ruptura o diálogo, está presente en el debate que se ha dado, en el seno de la teoría crítica, entre la deconstrucción y la hermenéutica (porque, como veremos, existe una hermenéutica crítica).

La presente investigación ha sido realizada teniendo en mente mi labor como docente universitaria. Probablemente, durante mi carrera, impartiré docencia de las asignaturas de derechos humanos, teoría del derecho y teoría de la argumentación. Eso significa que en mi vida me dirigiré muchas veces a personas que son el futuro de las profesiones jurídicas. Por eso, este trabajo está orientado a fomentar el espíritu crítico dentro de la abogacía y la judicatura. Dado este contexto, de entre las dos perspectivas críticas, me decanto por la hermenéutica, es decir, por la crítica al derecho dirigida a hacer efectivos los derechos humanos.

²⁶ Ibid. p. 829.

Como he señalado, estas reflexiones beben en gran medida de la teoría crítica, y en especial, de la más reciente, que es la que ha realizado un “giro estético”. Peter Goodrich²⁷, representante de la teoría crítica, refiere que el movimiento *Critical Legal Studies*, desde sus comienzos, muy ligados a un análisis sociológico del derecho de inspiración marxista, ha virado hacia las metodologías propias de las filosofías postmodernas, la hermenéutica, el psicoanálisis, la retórica, la genealogía, la narratología o la deconstrucción. Por tanto se ha producido un cambio, desde unos orígenes vinculados a una metodología de las ciencias sociales, hacia un presente de métodos de la filosofía, las humanidades y la estética.

Es esa teoría crítica (la que mira hacia la retórica, el arte, la literatura y las humanidades) la que, desde mi punto de vista, más puede aportar a una teoría de la argumentación jurídica. En este sentido, la teoría crítica ha aportado interesantes análisis y metodologías.

El giro estético de la teoría crítica es malinterpretado con frecuencia como un abandono de la política y un refugio hedonista, una rendición ante la pérdida de la utopía y una caída en la pasividad. Dice Richard Posner²⁸ sobre la teoría crítica del derecho que el movimiento está demasiado vinculado a una vanguardia intelectual de la izquierda política y a sus complejas jergas procedentes de filosofías notoriamente oscuras como el postcolonialismo o la hermenéutica. En opinión de Posner, son teorías que, aunque supuestamente están inspiradas por un interés de transformación política, en realidad desvían las energías intelectuales de sus activistas hacia terrenos inertes para la política, que resultan incomprensibles, extravagantes y ridículos para el público general²⁹.

²⁷Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. Londres: Routledge. p.186.

²⁸Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press. p.9.

²⁹ Obsérvese el paralelismo que hay entre estas críticas a la Teoría Crítica del Derecho y las dirigidas a los artistas posmodernos. Barragán Pérez y Vélez Montoya recopilan algunas de estas críticas dirigidas contra el arte. El arte, según algunos críticos, ya no apela a un orden político distinto, no desafía al orden burgués, sino que prima el goce estético como si ello en sí mismo supusiera una subversión, mientras que lo cierto es que conduce al conformismo, al dominio de los imperativos económicos y al éxito social. Los artistas aspiran, en el fondo, a crear sus “revolucionarias” obras de arte con el soporte de las instituciones del Estado, colgar sus obras en los museos de arte contemporáneo y llenar sus bolsillos de dinero. Barragán, F., & Vélez, S. (2006). Sobre la argumentación discursiva en la elaboración de propuestas plásticas. *Artes, La Revista* (12), pp 76-82.

Posner considera que la teoría crítica no realiza una acción política institucional porque piensa que el sistema es inmodificable, y no encuentra otra salida para su discrepancia con el sistema jurídico que refugiarse en palabrería artística con la que llenar el currículum. La teoría crítica, en su opinión, se autoconsuela pensando que ejerce de “crítica de la ideología”, de denunciante de los viejos imaginarios. Pero la realidad, según Posner, es que nadie entiende lo que dice y que solo sirve para seminarios académicos³⁰.

Adorno (Adorno, 2004) dirá que, tras el nazismo y la barbarie del último siglo, solo los ingenuos creerían que el mundo que ha perdido sus colores los puede recuperar desde el arte. El arte placentero, lejos de ser un lugar reivindicativo, alineándose con el puro entretenimiento, es una burla a los muertos y al dolor acumulado. Adorno, T. (2004). *Teoría estética*. (J. Navarro, Trans.) Madrid: Akal.

Se podría señalar que hoy los artistas parecen temer el trabajo constante y riguroso, no dominan ninguna técnica y optan por un discurso ambiguo y llamativo, que no es en realidad más que facilismo estético. La mayoría de la gente no entiende estas nuevas jergas y los críticos se convierten en una élite detentadora del poder de interpretación. Podría sostenerse que tras los “fuegos artificiales” no hay nada novedoso. Barragán Pérez y Vélez Montoya sostienen que han caído los discursos de la modernidad que proponían modelos de cómo debía ser el arte y dictados formales objetivos que posibilitaban la valoración. Hoy parece que todo vale y que los artistas postmodernos, tras Warhol y Duchamp, deciden lo que es arte realizando juegos retóricos que especulan sobre el significado de imágenes dadas en lugar de crear algo nuevo.

Freud tan aclamado por la teoría crítica del derecho (CLS), tenía una opinión no demasiado complaciente con los artistas. Consideraba al artista “un introvertido próximo a la neurosis”, animado de impulsos y tendencias muy enérgicos, que quisiera conquistar honores, poder, riqueza, gloria y amor, pero no tiene medios para ello. Por eso vuelve la espalda a la realidad, y concentra su interés y su libido en retroalimentar esos deseos en su vida imaginativa, viviendo en esa imaginación. La salida honrosa para el artista es que, gracias a su talento, es capaz de que sus sueños no solo le aporten goces a él, sino que también satisfagan las fantasías y deseos de los demás. Así logra, paradójicamente, satisfacer los deseos reprimidos cuya sublimación dio lugar a la obra de arte. Pero esa salida honrosa del artista no logra suavizar la crítica inicial: el artista construye una realidad imaginativa que no representa más que una huida susceptible de ser compartida. Freud, S. (2002). *Introducción al psicoanálisis*. Madrid: Alianza Editorial. p. 404 y ss.

Ortega y Gasset comparte esta visión sobre el artista contemporáneo como alguien elitista y que huye de la realidad. Considera que los artistas han dejado de lado su interés por los asuntos humanos y se centran en puras virtualidades. Mientras que en el siglo XIX la obra de arte trataba de reflejar realidades humanas, ahora tenemos obras que solo pueden ser comprendidas por los propios artistas. Es un arte para artistas, y no para la masa común, un arte de casta, y no democrático, “el arte nuevo es arte artístico”. Es un arte que no va más allá de sí mismo, que es un juego y nada más, que no tiene trascendencia ninguna. OrtegayGasset, J. (1926). La deshumanización del arte. *Revista de Occidente*, 1-13. Cfr.

³⁰ Posner añade que en el campo de estudio Law and Literature, que le gusta mucho a la Teoría Crítica, hay un persistente interés por ver la interpretación jurídica como radicalmente creativa, como dominio del arte; y la persona juzgadora es concebida como artista moral que es modelo vital de virtudes artísticas de inconformismo y libertad literaria, que quiere ejercer un liderazgo moral de corte carismático sobre la sociedad. Esta escuela también enfatiza el rol del lector, de modo que extiende a la interpretación jurídica más allá del texto jurídico, a todo el contexto cultural. El movimiento, según Posner, confunde los límites entre la literatura y el Derecho, y subordina tristemente el valor de la literatura a su contribución al feminismo, a la crítica contra la discriminación racial o a la lucha de clases. Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 10.

John Gardner³¹, desde una posición más afín a la teoría crítica, se muestra receloso con el “giro estético”. Los representantes de la teoría crítica, dice, son los “enfants terribles” de las facultades de derecho, que han reemplazado la pasión del formalismo por la coherencia y el orden, por una suerte de pasión estética por la incoherencia y el desorden. Su supuesta subversión, solo puede tenerse por tal en la medida en que valoramos la subversión del dadaísmo y el surrealismo. Pero la inocente certeza moral de “mira, la gente sigue estando oprimida” nos hace plantearnos la cuestión de si la aproximación al derecho como objeto estético es algo más que una vana distracción del verdadero objeto: desvelar los problemas morales³².

Frente a estas opiniones, sostengo que una adecuada reflexión sobre el derecho ha de hacerse tomando en consideración los aspectos lingüísticos, retóricos y visuales. Dichos aspectos han sido ignorados durante el largo reinado del positivismo jurídico y su pretensión de hacer del derecho una ciencia. Pero ese tiempo está llegando a su fin, por mucho que Posner se empeñe en explicar el derecho desde los esquemas de la economía.

Señala Peter Goodrich³³ que se les critica que hablen de poesía en lugar de sobre política. Sin embargo, Goodrich considera que si las personas que hablan así desde la academia creyeran realmente que la teoría crítica representa una jerga vacía y una mera pose estética no centrarían su atención en ella³⁴.

Por tanto, he señalado que el giro estético de la teoría crítica aporta análisis interesantes para la teoría de la argumentación, ¿cuáles son, en mi opinión, dichos análisis de interés? Adam Gearey³⁵, en su obra *Law and Aesthetics*, habla sobre uno de los campos de estudio preferidos de la teoría crítica: el estudio de las imágenes. Señala el autor que, aunque el derecho se asocia comúnmente más a la idea de procesos de razonamiento que a la de imágenes, el derecho contiene y perpetúa todo un imaginario social.

³¹ Gardner, J. (2001). Introduction. En A. Gearey, *Law and Aesthetics* (págs. VII-IX.). Oxford: Hart Publishing. p. VII.

³² Ibid. p. IX.

³³ Goodrich (1996). op. cit. p. 219.

³⁴ Ibid. p. 219.

³⁵ Gearey (2001). op. cit. p. 41 y ss.

La teoría crítica, dice el autor, lucha por las libertades civiles y denuncia la falta de neutralidad del derecho y su carácter de garante de las relaciones de dominación. Las imágenes en el derecho aparecen desde la arquitectura de los tribunales hasta las formalidades de la vestimenta y del comportamiento, e imprimen sobre la persona observadora la sensación de majestuosidad de la ley³⁶.

La teoría crítica estudia los valores del derecho a partir de las imágenes que los legitiman y perpetúan. Las imágenes también se encuentran en los estereotipos que perpetúan el derecho y que muestran lo que se considera una adecuada visión del mundo, pero que en realidad son una simplificación de una realidad social fluida.

Gearey explica otra aportación de la teoría crítica que, desde mi punto de vista, es interesante para la teoría de la argumentación. La teoría crítica se ha adentrado en el psicoanálisis a fin de utilizarlo como herramienta de análisis del lenguaje jurídico. La finalidad de dicho análisis es la de localizar el modo en el que el derecho controla el placer y el deseo de las personas, e influye en la formación de la subjetividad. El derecho es un orden simbólico que permite que las personas tengan sensación de pertenencia a una comunidad y que se vean reflejadas en las instituciones³⁷.

Legendre³⁸ afirma que el derecho es la inscripción del cuerpo humano en un orden mitológico, en un inconsciente fantasma que captura y regula el deseo del grupo, desde los matrimonios, la familia y las relaciones personales, hasta la propiedad. El derecho determina lo que puede ser nuestro y cómo, y los conceptos de lo público y lo privado.

Goodrich³⁹, con Legendre, reivindica la retórica como forma premoderna de psicoanálisis, que permite mostrar las pasiones y emociones presentes en el lenguaje del

³⁶ Ibid. p 29.

³⁷ Ibid. p 41.

³⁸ Legendre, P. (1997). *Law and the Unconscious*. (P. Goodrich, Ed.) Palgrave Macmillan. Cfr.

³⁹ Estas ideas de Goodrich figuran en las siguientes obras: Goodrich, P. (1994). *Jani Anglorum: Signs, Symptoms, Slips, and Interpretation in Law*. In C. Douzinas, & P. Goodrich (Eds.), *Politics, postmodernity and Critical Legal Studies*. Goodrich, P. (1990). *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*. London: Weidenfeld and Nicolson. Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. Londres: Routledge. Goodrich, P. (1995). *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law*. Hardcover: University of California Press. Goodrich, P. (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. Cfr.

derecho. Para Goodrich, el derecho muestra el inconsciente institucional, las imágenes que clasifican lo real y que se sostienen sobre sensaciones, y no sobre conceptos.

Considero que esas reflexiones psicoanalíticas pueden servir para analizar el lenguaje jurídico (por ejemplo, las sentencias judiciales) tratando de desvelar los estereotipos que consagra y, con ello, el modo en el que el derecho distribuye roles sociales en la comunidad. También podemos analizar la arquitectura de la salas de justicia para desvelar los valores que sostiene el estilo.

Otro de los campos de estudio de la teoría crítica que encuentro interesante para la teoría de la argumentación es la “narratología”. Maria Aristodemou⁴⁰ defiende este enfoque metodológico. En opinión de dicha autora, la estética y el derecho son proyectos inseparables porque no puede separarse lo real de lo simulado, no pueden separarse las narraciones e imágenes jurídicas de las realidades jurídicas. Mediante las narraciones e imágenes las personas juristas crean la realidad.

Si el derecho reconoce su propia artificialidad y renuncia a la ilusión de orden, consistencia e inevitabilidad, podrá mostrar la narración de las otras voces, las otras experiencias, los otros puntos de vista que se han perdido por el camino y que podrían haber dado lugar a otras soluciones jurídicas⁴¹. La narratología consiste en analizar el derecho como narrativa, identificando a sus personajes y el modo en que se les describe. Es una metodología que utiliza la crítica literaria para realizar un análisis crítico del derecho.

Otro aspecto de la teoría crítica que interesa a un análisis argumentativo del derecho es la reivindicación que hace la teoría crítica de los discursos del arte contemporáneo. Dichas filosofías del arte contemporáneo aportan inspiración para el análisis del lenguaje del derecho, de sus narraciones y sus imágenes. (Barragán y Sol estudian los discursos del arte contemporáneo)⁴². La filosofía postestructuralista, por ejemplo, clave en el arte contemporáneo, puede aportar a la teoría del derecho el interés

⁴⁰ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. Londres: Oxford University Press. op. cit. p 21.

⁴¹ Ibid. p 27.

⁴² Barragán, F., & Vélez, S. (2006). Sobre la argumentación discursiva en la elaboración de propuestas plásticas. op. cit. p. 81 y ss.

por las estructuras en red, por la copia, la democracia sin líderes, y el “contagio viral” como modelos epistemológicos⁴³.

A lo largo del presente trabajo (especialmente en el último capítulo) intentaré mostrar con análisis específicos, cómo la teoría de la argumentación puede beneficiarse de estas filosofías, ideas y metodologías desarrolladas por la teoría crítica del derecho.

⁴³ Los autores también citan, como discursos del arte contemporáneo, al psicoanálisis y a la hermenéutica. El psicoanálisis permite a la teoría del derecho analizar narraciones y reivindicar la subjetividad como modo de visibilidad de las personas excluidas. Se muestra el trauma, lo que el derecho intenta apartar de la escena, lo abyecto, excesivo o desagradable, enfrentándonos con las contradicciones y la hipocresía de la sociedad. Lo marginado, lo raro, se sitúa en el punto de mira del análisis del derecho. La hermenéutica nos conduciría en el derecho a prestar atención al poder transformador del diálogo, de la democracia y de la retórica pública.

2. LA CONCEPCIÓN ESTÉTICA Y LA CONCEPCIÓN LITERARIA DEL DERECHO

Dos campos de estudio cuyas aportaciones han influido en el presente trabajo son la “Estética del Derecho” y “Derecho y Literatura”. Mientras que el primero de ellos, la “Estética del Derecho” ha sido poco tratado, el segundo “Derecho y Literatura” sí cuenta con un considerable desarrollo teórico.

A nadie se le escapan las importantes diferencias que hay entre el derecho y el arte. Así, se ha señalado que el derecho de naturaleza antitética al arte, dado que el derecho es rígido y el arte variable⁴⁴, que el derecho es orden y la literatura es juego⁴⁵. Se ha señalado también que el derecho atrapa a las personas en estereotipos como el buen padre de familia o el profesional diligente mientras que la literatura crea personajes complejos, que el derecho contiene normas mientras que el arte las repudia⁴⁶, o que el derecho habla como si sus respuestas fuesen correctas mientras que el arte admite que sus respuestas son provisionales.⁴⁷

También se ha dicho que el yo del arte es libre, está lleno de deseo, es corporal, y tiene género e historia; mientras que la persona en el derecho está constreñida, es incorpórea y de naturaleza abstracta⁴⁸. Todas estas contraposiciones ponen de manifiesto la siguiente idea: es tópico común que el derecho se identifica más con el orden y el arte lo hace con el caos.

Sin embargo, superado este primer antagonismo superficial, la teoría del derecho puede beneficiarse de una síntesis con la teoría del arte. Goodrich⁴⁹ sostiene que un

⁴⁴ Radbruch, G. (1933). *Filosofía del Derecho*. (J. Media, Trans.) Madrid: Editorial Revista de derecho privado. p. 141.

⁴⁵ Ost, F. (1990). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revue de l'École nationale de la magistrature* (3). Cfr.

⁴⁶ Gearey, A. (2001). *Law and Aesthetics*. op. cit. p. 1.

⁴⁷ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. Londres: Oxford University Press. op. cit. p. 2.

⁴⁸ 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. p. 3.

⁴⁹ p. 1. En el día de San Valentín de 1400, el rey Carlos VI de Francia promulgó una ley que establecía un Alto Tribunal del Amor en París. Este Tribunal tenía jurisdicción para determinar las normas del amor y para resolver disputas de pareja. Fue instaurado como un Tribunal de mujeres en el que las juezas eran seleccionadas por un panel de mujeres sobre las bases de la recitación o presentación escrita de poesías.

punto de vista interdisciplinar del derecho y el arte cuestiona las fronteras entre lo público y lo privado, entre el derecho y las emociones, entre lo ético y lo jurídico, y demuestra que dichas fronteras no siempre han sido iguales ni lo han sido en todos los lugares.

Aristodemou⁵⁰ enfatiza la dependencia del derecho respecto del lenguaje, y advierte que el derecho no puede escapar de los aspectos retóricos y literarios inherentes al lenguaje. Por eso, señala la autora, la concepción del derecho desarrollada por el movimiento “Derecho y Literatura” cuestiona las fronteras arbitrarias construidas en torno a los distintos modos de leer y de escribir.

Aristodemou⁵¹ sostiene que las fronteras que la teoría del derecho construye para separarse de otras disciplinas, puede permitirnos estudiar qué intereses envuelven esa separación; ya que, según la autora, las definiciones que se transmiten en la enseñanza del derecho no son neutrales, sino que contienen preferencias ideológicas que definen lo que se considera importante y lo que no.

La autora sostiene que el derecho, a través de las exclusiones que establece, construye una imagen de la persona humana como varón autónomo y responsable, como un agente activo con la habilidad de usar el lenguaje para crearse y expresarse a sí mismo. Sin embargo, esta visión es cuestionada cuando analizamos al derecho desde su ángulo literario, pues en la literatura los signos son polisémicos y están abiertos al debate comunitario, y están llenos de contradicciones y de choques en los que las personas se buscan a sí mismas a través de las palabras⁵².

Douzinas y Nead⁵³ también resaltan este potencial crítico del arte. Sin embargo, añaden que no podemos ver al derecho y al arte como esferas separadas y antagónicas. Una lectura más profunda, sostienen los autores, mostrará que el derecho contiene todo un régimen de imágenes.

La justicia del amor fue un arte de disputas heterogéneas que iban desde la violencia en la pareja, hasta la difamación amorosa, desde las confidencias eróticas hasta el incumplimiento de los contratos amorosos.

⁵⁰Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. op. cit. p.3.

⁵¹ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. op. cit. p.11.

⁵²Ibid. p. 13.

⁵³ Douzinas, C., & Nead, L. (1999). Introduction. In *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. op. cit. p. 5.

Manderson⁵⁴ considera que una de las características de la teoría posmoderna del derecho es el resurgir del interés en la estética. La aproximación estética no se limita a un análisis lingüístico y literario del derecho, sino que también se estudia lo no verbal y lo icónico. Esta perspectiva reivindica las imágenes, los mitos, lo arquitectónico, lo visual, lo teatral y lo ritual, así como las emociones. Todos estos elementos fueron marginados por la teoría positivista del derecho. Sin embargo, el trabajo concienzudo de Douzinas, Goodrich o del movimiento “Derecho y Literatura”, ejemplifican este resurgir del interés por la estética⁵⁵.

Manderson señala que la dimensión estética (y retórica) se perdió, en el derecho moderno, en beneficio de la razón instrumental. El Derecho pasó a ser percibido como neutral, objetivo y libre de mitos. Sin embargo, Legendre estudia las metáforas y símbolos que habitan en las normas para desvelar el sustrato mítico del Derecho. Pues, como señala Fitzpatrick⁵⁶, existe una mitología transparente, que pretende ser puramente lógica y diferenciada de las viejas mitologías, pero esa idea de pureza es mito y fantasía, y el derecho sigue lleno de estética.

Goodrich⁵⁷ ha estudiado los elementos rituales del derecho, frente a la reducción del derecho a razón y doctrina. En este sentido, los escritos jurídicos, como los sacramentos, son rituales. En el derecho la apariencia, las palabras y los actos simbolizan otras cosas, en una cadena de asociaciones culturales y resonancias emocionales.

Una cuestión que puede abordarse desde la dimensión estética del derecho es la de los elementos no verbales que contribuyen a la configuración del derecho como institución, tales como el ritual del juicio oral, con la arquitectura de los tribunales, las togas de las personas abogadas, el lenguaje, el sonido e incluso el olor de los tribunales. Todos estos aspectos comunican sensaciones e ideas, y se relacionan con las dinámicas de poder. Las sensaciones que transmiten las partes, quienes testifican y la abogacía, son

⁵⁴Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press. p. 33.

⁵⁵ Ibid. p. 34.

⁵⁶ Fitzpatrick, P. (2004). Juris-fiction: literature and the law of the law. *ARIEL: A Review of International English Literature* (35), 215-229. Cfr.

⁵⁷ Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. op. cit. p. 38.

también materia del análisis estético; al igual que las cuestiones de estilo de las argumentaciones que se despliegan en el proceso.

La estética también puede contribuir a educar a las y los juristas en valores de justicia, pues, opina Manderson⁵⁸, el corazón es necesario para la acción ética y la estética es capaz de mover el sentimiento. Además de ello, aporta una serie de valores como la tolerancia, la empatía y el respeto por la diferencia.

El célebre jurista Radbruch⁵⁹, señaló algunos de estos aspectos de la estética del derecho que comenta Manderson. Así, dijo Radbruch que el derecho posee lenguajes, gestos, ropas, símbolos y edificios que pueden analizarse con juicios de valor estéticos. Por eso, según Radbruch, podemos estudiar en lenguaje jurídico, la expresión visual del derecho y la relación entre el derecho y la literatura.

Puy⁶⁰ explica que la asociación entre el derecho y el arte es algo antiguo, y que ya el *Digesto* de Justiniano definía al derecho como el arte elegante, del bien equitativo, consistente en producir lo bueno igual. Es un arte que, según esta antigua tradición, implica dar a cada uno lo suyo, y que se desarrolla mediante la palabra. La persona jurista es artista de la palabra, orador y escritor (letrado). Pero, tal vez, desde la perspectiva de la teoría de la argumentación el enfoque de la estética del derecho más interesante es el de la reflexión sobre el papel de la belleza del estilo y del lenguaje de los discursos jurídicos. Se trataría de una belleza que busca proporcionar atractivo a la propia posición a la hora de ser enjuiciada.

Dentro de la reflexión estética sobre el derecho, sin lugar a dudas merece un lugar central la disciplina “Derecho y Literatura”, dado su importante grado de desarrollo teórico. Como señala Ian Ward⁶¹, a pesar de las críticas que ha recibido dicha disciplina de estudio hay acuerdo en torno a la constatación de que la disciplina está adquiriendo relevancia teórica. Así lo han aceptado incluso detractores como Richard Posner⁶².

⁵⁸ Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. op. cit. p. 41.

⁵⁹ Radbruch, G. (1933). *Filosofía del Derecho*. Cfr.

⁶⁰ Puy, F. (2006). *Tópica Jurídica. Tópica de expresiones*. México: Porrúa. § 36.1-23.

⁶¹ Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Nueva York: Cambridge University Press. Cfr.

⁶² Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press. p. 480.

Como explica José Calvo⁶³, la disciplina “Derecho y Literatura”, es uno de los más fecundos campos de estudio del movimiento *Critical Legal Studies*, por su carácter alternativo a una racionalidad economicista y por su apuesta por una racionalidad humanista y no instrumental. La disciplina ha dedicado muchos esfuerzos a denunciar la presunta objetividad del derecho y a criticar los presupuestos de la dogmática tradicional, apelando a la imaginación y a la empatía. Sin embargo, sostiene Calvo, “Derecho y Literatura” va hoy más allá de los *Critical Legal Studies*, y consiste en una redefinición de la educación jurídica que valoriza la contribución de las humanidades a la formación jurídica. Personas de muy diferentes sensibilidades⁶⁴ pueden apreciar las ventajas de la perspectiva “Law and Literature” dado que permite que el alumnado desarrolle un aprendizaje más emocional y activo.

La disciplina se subdivide en dos ramas principales que son: el “Derecho en la literatura” y “el Derecho como literatura”⁶⁵. El “Derecho en la literatura” examina la posible relevancia de los textos literarios y particularmente de las narraciones de temática jurídica, para el estudio del derecho en las universidades. En otras palabras “El proceso” de Kafka o “La caída” de Camus: ¿qué nos dicen sobre el derecho?”. Por su parte, “el Derecho como literatura” estudia la aplicación de técnicas de la teoría literaria a los textos legales⁶⁶.

⁶³ Calvo, J. (2013). Derecho y Literatura, ad Usum Scholaris Juventis (con relato implícito). *Seqüência* (66), 15-45. p. 26

⁶⁴ No obstante, Calvo señala que en España la disciplina “Derecho y Literatura” carece actualmente de estatus dentro del régimen de ordenación docente. Por ello es una relación incómoda, algo de lo que se puede hablar pero en voz baja, una cortesía académica o una tolerancia pasiva. *Ibid.* p. 31.

⁶⁵ Calvo señala que podemos hablar de cuatro subdisciplinas dentro de “Derecho y Literatura”. El derecho DE la literatura se refiere a la regulación jurídica de las publicaciones literarias (propiedad intelectual, libertad de expresión, etc). El derecho COMO literatura utiliza metodologías literarias para analizar los textos legislativos, judiciales, de la abogacía o la doctrina jurídica, y extiende estas metodologías a las experiencias y actos jurídicos. El derecho EN la literatura, pues permite enseñar cuestiones jurídicas de manera amena, utilizando obras literarias, instruir deleitando. Calvo propone una cuarta: el derecho CON literatura, que consistiría en análisis de lo relativo a la capacidad que derecho y literatura comparten de institucionalizar imaginarios sociales y tipificar actos de sentidos compartidos. Calvo, J. (2017). Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 308-332. p. 310 y ss.

⁶⁶ En nuestro país, en 1933, Batlle (Batlle, 1933) daba cuenta de esta misma tripartición, relacionando al Derecho con el arte (no solo con la literatura). Así, el autor sostenía que podemos distinguir tres sentidos de la estética del Derecho: el estudio de la belleza que representa el Derecho en sí o como motivo de las obras de arte; el estudio del lenguaje jurídico o de otras manifestaciones prácticas del Derecho; y los preceptos legales dedicados a la protección del arte. Batlle, M. (1933). Estética y Derecho. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 82 (162), 294-309. Cfr.

En ambas ramas podemos encontrar estimulantes elementos de utilidad para la teoría de la argumentación jurídica. Por ejemplo, la disciplina “Derecho y Literatura” ha indagado las posibilidades de la literatura para educar emocionalmente a las personas juristas, enseñando virtudes judiciales y una abogacía comprometida. Esta me parece un aspecto a explorar desde la teoría una teoría de la argumentación que se tome en serio el *ethos* (más adelante desarrollaré esta cuestión del *ethos*, que es la piedra angular del presente trabajo).

En lo relativo a la educación literaria de las personas juristas, la filósofa Martha Nussbaum⁶⁷ es una referencia ineludible. En opinión de la filósofa, la lectura de las novelas permite desarrollar en la persona lectora ciertas virtudes como la imaginación, la empatía, la compasión, etc.

El modo en el que la literatura realizaría este enriquecimiento moral sería el acceso vicario a experiencias que de otra forma no podríamos tener y que nos permiten ponernos en el lugar de otras personas y sentir empatía por ellas. Nussbaum insiste, en este sentido, en que las emociones no se contraponen a la razón, sino que pueden servir de ayuda para el desarrollo de la racionalidad. Nussbaum propone un desarrollo de la sabiduría práctica de los y las juristas, una educación de su capacidad deliberativa. Esta educación requiere una formación cultural rica, que incorpore conocimiento artístico y humanístico, en áreas como la literatura, la historia o la retórica. Sansone⁶⁸ coincide con Nussbaum en la consideración de que la literatura amplía los horizontes de las personas lectoras, sugiriendo otras visiones del mundo y otros estilos de vida.

Aristodemou⁶⁹, una brillante pionera de la disciplina “Derecho y Literatura”, enfatiza que un conocimiento adecuado del derecho no puede venir solo de la ley, y tampoco del contexto social, histórico y económico de la misma. Es necesario adentrarse en la esfera cultural sin la que no puede ocurrir ningún cambio social. La literatura y la cultura popular influyen sobre el derecho y expresan un sistema normativo formado por actitudes públicas, con el cual el derecho se relaciona.

⁶⁷ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. (C. Gardini, Trans.) Barcelona: Editorial Andrés Bello. p. 130.

⁶⁸ Sansone. (2001). *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milán: Giuffrè. p. 142.

⁶⁹ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. op. cit. p. 10.

García Amado⁷⁰ subraya que la literatura proporciona una perspectiva integral del ser humano, frente a las posturas fragmentarias que solo prestan atención a una de sus esferas.

Peter Häberle⁷¹ sostiene que la literatura en sentido amplio (lírica, obras de teatro, novela, cuentos, películas y series) puede ayudarnos a comprender cómo entiende la sociedad los principios comunes como la tolerancia, la libertad ideológica, la libertad y la democracia.

En este sentido, Ward⁷² sostiene que el lenguaje es el medio esencial para el cambio social y eso es lo que otorga al Derecho y a la literatura su poder político y también educativo. Por eso para Richard Rorty⁷³ los héroes y las heroínas de la democracia no son las personas dedicadas a la política sino las dedicadas a la literatura. Ellas se comunican con el futuro porque permanecen en auténtica apertura a la comunidad.

Weisberg⁷⁴ considera que el estudio de la novela moderna, con autores como Camus o Kafka, podemos comprender mejor el comportamiento humano. West⁷⁵, como Weisberg, considera que la novela moderna nos permite reflexionar sobre la condición humana.

Williams⁷⁶ señala que la literatura permite abordar de modo profundo problemas éticos y filosóficos complejos, evitando el rechazo y el sentimiento de impaciencia que siente una parte importante del estudiantado hacia la abstracción filosófica.

Frente a los argumentos expuestos a favor de la utilidad de la literatura para enriquecer el *ethos* de la profesión jurídica, Posner⁷⁷ considera que la literatura no puede

⁷⁰ García Amado, J. (2003). Breve introducción sobre derecho y literatura. In J. García Amado, *Ensayos de filosofía jurídica* (pp. 361-371). Bogotá: Temis. p. 366.

⁷¹ Häberle, P., & López, H. (2004). "Poesía y derecho constitucional: una conversación". *Punt de vista* (17), 6-30.

⁷² Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Op. cit. p. 38 y ss.

⁷³ Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós Ibérica. Cfr.

⁷⁴ Weisberg, R. (1992). *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*. Nueva York: Columbia University Press. Cfr.

⁷⁵ West, R. (1985). Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Harvard Law Review*, 99, 384-428. Cfr.

⁷⁶ Williams, M. (2002). *Empty Justice: One hundred years of Law, Literature and Philosophy. Existential, Feminist and Normative Perspectives in Literary Jurisprudence*. London: Cavendish Publishing Limited. p. XXX.

enseñar valores morales a las personas juristas. En opinión de Posner, la gente no debería esperar extraer de la literatura lecciones para la vida práctica. Quienes escriben las novelas raramente son personas prácticas que puedan dar guías sobre cómo vivir y tampoco son un ejemplo de moralidad.

Sin embargo, Posner considera que la literatura es esencial para la formación en argumentación jurídica dado que nos ayuda a pulir el estilo de redacción (lo cual nos será de gran utilidad al realizar escritos jurídicos) y también a mejorar nuestras habilidades interpretativas. Posner destaca que las personas más célebres de la judicatura como Holmes o Cardozo⁷⁸ fueron amantes de la literatura y reflejaron en sus escritos la impronta estilística de una educación excelente.

Como he señalado en este epígrafe, la disciplina “Derecho y Literatura” abre la puerta a desarrollos fascinantes de la argumentación jurídica. Si esto es cierto en lo relativo a la rama de la misma que se dedica a la lectura de obras literarias, más cierto aún es en lo concerniente al “derecho como literatura”.

El derecho como literatura, como explican Karam y Magalhaes⁷⁹, es la rama del movimiento “Derecho y Literatura” dominante en Estados Unidos y está asociada a una perspectiva hermenéutica del derecho que reivindica la tradición humanista de la retórica y la racionalidad implícita en la narrativa. Por tanto, esta perspectiva extiende los métodos de análisis e interpretación procedentes de la teoría literaria, al análisis del derecho.

Tres de las aportaciones de esta perspectiva de la disciplina son: la revalorización del papel de la retórica en el derecho, la función de la narrativa en las decisiones judiciales (*Legal storytelling Movement*), y las aportaciones de la deconstrucción y de la hermenéutica en el campo de la interpretación jurídica.

En el derecho, la teoría de la interpretación ha pasado a un primer plano, y eso ha despertado el interés de la investigación jurídica hacia la teoría literaria. El desarrollo del derecho como literatura está muy unido a las críticas al positivismo jurídico que se

⁷⁷Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 485.

⁷⁸ Ilustres magistrados estadounidenses que ejercieron en el Tribunal Supremo.

⁷⁹ Karam, A., & Magalhaes, R. (2009). Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* (4), 164-213. Cfr.

han producido en la era de los principios, ante el reconocimiento de la textura abierta del derecho y la sustitución del paradigma de la subsunción al paradigma hermenéutico.

Esto significa, como señala Talavera⁸⁰, que el acercamiento entre el derecho y la literatura está intensamente vinculado al establecimiento del paradigma constitucionalista, dado que los principios públicos de la comunidad representan el imaginario común de la sociedad, y por tanto, su dimensión literaria y estética. Además, el reconocimiento de la insuficiencia de la subsunción para explicar la interpretación jurídica abre la puerta a la consideración de la importancia de la dimensión narrativa y retórica.

Bajo la perspectiva retórica, el lenguaje es el elemento común al derecho y a la literatura, pues ambas operan con el discurso y afirman de modo complejo los valores e intereses de la sociedad. El derecho es una forma retórica.

Ward⁸¹, en este sentido, sostiene que una de las grandes vías de investigación del movimiento “Derecho y literatura” es el resurgimiento del arte de la retórica, rescatando la tradición clásica que retoma a Aristóteles. Incluso los críticos más incisivos del movimiento, como Posner⁸², aceptan que la retórica y el estudio del estilo lingüístico es una importante aportación al derecho que puede realizarse desde la teoría literaria.

Ost señala cómo, desde un enfoque comunitarista, es posible asociar una comunidad política a un imaginario compartido que define las identidades comunes a partir de imágenes literarias. Las Constituciones pueden ser leídas como un relato de los valores que fundan una comunidad. Las Constituciones serían las mitologías de las sociedades actuales.

Häberle, en este sentido, señala que los preámbulos de las Constituciones de declaraciones de derechos poseen una importante carga emocional y utópica. Pone un ejemplo de la Constitución suiza de 1999, que cuenta con la aportación de un poeta (Mushg) proclamando que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles. Asimismo, resalta Häberle, que el estilo contundente, sugestivo y penetrante de los

⁸⁰ Talavera, P. (2006). *Derecho y literatura*. Granada: Comares. p. 42 y ss.

⁸¹ Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. op. cit. p. 16.

⁸² Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p.450.

poetas presentes en la asamblea nacional francesa de 1789 contribuyó al éxito universal de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La poesía está presente en el derecho constitucional, y es lo que permite que las Constituciones sean apasionadas y esperanzadoras⁸³.

Posner⁸⁴ reconoce que en las Constituciones, y también en algunas leyes y sentencias, hay a veces un estilo que posee un nivel de densidad, de complejidad y de apertura semejante al que encontramos en la literatura.

El derecho también puede ser visto como narrativa si partimos de la importancia de las argumentaciones judiciales, desde la perspectiva de que un caso jurídico es un conjunto de relatos narrados ante un tribunal. Talavera⁸⁵ explica que se producen el relato de la parte demandante, el de la parte demandada, y finalmente el relato de la persona juzgadora. El carácter jurídico de dichos relatos no emana de la singularidad de los hechos narrados, ni de la referencia a los enunciados normativos, sino del carácter institucional de quien los cuenta y de quien los escucha.

La perspectiva “Derecho y Literatura”, sirve asimismo para visibilizar las voces de minorías que quedan excluidas en la sociedad civil y política, cuyas narraciones no son escuchadas institucionalmente.

Posner⁸⁶ reconoce el mérito del movimiento “Derecho y Literatura” de evidenciar el carácter problemático de las historias jurídicas. Los enfoques narrativos del derecho muestran que hay formas diversas de narrar una historia y que ninguna de ellas es neutral, que la realidad social es una realidad construida. Sin que debamos renunciar a la pretensión de alcanzar la verdad en relación con los hechos, señala Posner, hemos de admitir que las personas juzgadoras, así como la abogacía, presentan narraciones con una perspectiva que deja fuera a otras posibles perspectivas.

Como puede verse, en este epígrafe dedicado a la estética del derecho y a la disciplina “Derecho y Literatura”, hay muchos nombres de la teoría crítica del derecho

⁸³ Häberle, P., & López, H. (2004). “Poesía y derecho constitucional: una conversación”. *Punt de vista* (17), 6-30. p. 10.

⁸⁴ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 1.

⁸⁵ Talavera, P. (2006). *Derecho y literatura*. op. cit. p. 50 y ss.

⁸⁶ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 1.

que han reflexionado sobre derecho y literatura⁸⁷. Ward, a pesar de confesarse simpatizante de la disciplina⁸⁸ muestra preocupación por el hecho de que, el creciente interés de la teoría crítica por la teoría literaria haga perder ímpetu a la reivindicación política, perdiéndose por los vericuetos de las disquisiciones lingüísticas e interpretativas.

Tal vez el aspecto más interesante del movimiento “Derecho y Literatura” sea, como señala Nussbaum⁸⁹, que ofrece una noción de racionalidad jurídica alternativa a la racionalidad economicista que se está imponiendo de la mano de autores como Posner (principal activo del movimiento “Derecho y Economía”) que aspira a hacer una ciencia de la teoría del derecho, aproximándola a la economía.

Frente a ello, White⁹⁰ defiende que la persona juzgadora no es una simple analista de costes y beneficios, ni la sola voz de la autoridad, ni una mera comparadora de casos, ni una simple ejecutora de decisiones políticas, ni una solucionadora de problemas técnicos. La persona juzgadora es alguien que decide la historia más rica desde múltiples perspectivas, y es responsable personalmente de la narración construida, del mismo modo que lo es quien escribe literatura. White considera que utilizar la terminología económica para explicar las motivaciones y el comportamiento de las personas, no es un hecho inofensivo. El lenguaje de la economía restringe el uso creativo de las palabras y arrebató el poder que tiene la comunidad sobre las palabras.

Considero que esta racionalidad alternativa que defiende el movimiento “Derecho y Literatura” ha de ser tomada en cuenta por la teoría de la argumentación dado que ofrece un modelo (el hermenéutico) de razonamiento judicial y una propuesta para la formación ética de las personas juzgadoras. Este modelo de racionalidad ofrece,

⁸⁷ Más allá de valoraciones subjetivas sobre la pertenencia de autores o autoras a la teoría crítica del derecho; las aportaciones que insinúan compromiso político y que proceden de Birkbeck College (Londres) pueden ser consideradas, sin temor a equivocarse, parte del movimiento de la teoría crítica del derecho, dado que dicho centro es un lugar de referencia de dicho movimiento. De los citados hasta aquí, tienen o han tenido alguna relación con dicho centro (a veces la participación en obras colectivas sobre temáticas críticas junto con investigadores de Birkbeck) los siguientes: Gearey, Aristodemou, Douzinas, Nead, Goodrich, Fitzpatrick y Manderson. Otros autores aquí citados como Rorty y Legendre, son referentes intelectuales del movimiento.

⁸⁸ Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. op. cit. p. 18.

⁸⁹ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p. 15 y ss.

⁹⁰ Boyd, J. (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. p. 123.

incluso, argumentos que nos sirven para rechazar un estilo de redacción inspirado en el cálculo matemático y en la demostración científica.

En su obra *Justicia Poética*, Nussbaum critica el reduccionismo de las explicaciones economicistas del comportamiento humano. A la concepción economicista del ser humano solo le importa de cada persona el dato seleccionado (por ejemplo, el nivel de renta), que se introduce en una tabla. Las personas son desposeídas de su historia vital, de sus circunstancias y sucesos únicos.

Una de las principales carencias del modelo economicista es que no permite plantearse los fines últimos de la actuación humana ni los valores de fondo. Los modelos del utilitarismo economicista parten de unos axiomas incuestionados que consisten en unas motivaciones basadas en el interés económico personal⁹¹. Si el altruismo tiene alguna cabida en el modelo, esta es meramente instrumental. Las elecciones altruistas son consideradas irracionales por el utilitarismo contemporáneo de “Derecho y Economía”.

Según Nussbaum⁹², el economicismo 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 utilitarismo⁹³ aspira a tomar las decisiones jurídicas mediante medición y ponderación aritmética.

Todo ello 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

⁹¹ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p 79.

⁹² Ibid. p. 51.

⁹³ El utilitarismo original realmente no fue tan economicista y poco sensible como se piensa. Manuel Salguero explica el relevante papel que tuvo la filosofía de Bentham para la humanización del derecho entre 1830 y 1870 en Inglaterra. Ejemplos de dichas reformas son la mitigación del derecho penal como la supresión del azotamiento de las mujeres y del encadenamiento, la pena de muerte se redujo a los delitos de asesinato; leyes para la prevención de la crueldad contra los animales, como el hostigamiento de toros y las peleas de gallos, así como la vivisección. También se redactaron normas para mejorar la situación de los asalariados de la industria como la Ten Hours Act. Adam Smith es otro autor cuya imagen ha sido distorsionada por sus propios seguidores contemporáneos. La idea más extendida es que fue el padre del liberalismo, al que se asocian tópicos como que el mercado libre actúa como una mano invisible que maximiza el bienestar, se considera que fue el profeta del capitalismo salvaje caracterizado por un mercado sin justicia, sin valores éticos y orientado por el egoísmo. Sin embargo, Smith fue un moralista que se preocupó profundamente por las normas que limitan la conducta humana. Salguero, M. (2011). *La benevolencia. Genealogía de una virtud política ilustrada*. Granada: Eug. p. 149 y ss.

para la formación de las y los juristas, pues da lugar a una judicatura y una abogacía igualmente brutal, educada en la falta de empatía y en la persecución exclusiva del propio interés y del lucro.

La mirada 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.

La extensión al Derecho de las explicaciones económicas del comportamiento humano distorsiona apreciación de las motivaciones reales, que tienen muchos más matices (que no se limitan a los intereses económicos) y requieren de una visión más humanista de los procesos de toma de decisiones.

Frente a este modelo la autora propone el retorno a las humanidades y la revalorización de la imaginación literaria en el campo del derecho. Las narraciones presentes en la literatura, en opinión de Nussbaum⁹⁴, nos permiten imaginar los modos concretos en que personas diferentes a nosotros afrontan sus desventajas.

Desde mi punto de vista, el movimiento “Derecho y Literatura” tiene el gran mérito de recordarnos con elocuencia que el derecho forma parte de la cultura y está vinculado en su historia y sus métodos a toda una tradición humanista que está siendo eclipsada por un excesivo afán positivista. Posee una dimensión ética, lingüística, retórica, narrativa y humana. Por ello las metodologías y el lenguaje jurídico han de enriquecerse con el léxico y los métodos de las disciplinas artísticas y humanísticas.

Rorty⁹⁵ ha alcanzado algunas conclusiones que van en la línea de lo propuesto por Nussbaum. En opinión de Rorty, la clave para luchar contra el sufrimiento es que las personas seamos capaces de imaginar el dolor de otras personas, y no un dolor abstracto sin poder para implicarnos, sino un dolor concreto, en el seno de una biografía, de una narración. Ello es facilitado por las humanidades y por nuestras capacidades literarias. La capacidad imaginativa nos permite ver a las personas extrañas como compañeras en el sufrimiento. La solidaridad no se descubre, sino que se crea,

⁹⁴ Ibid. p. 53.

⁹⁵ Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*. op. cit. cfr.

visualizando los detalles particulares del dolor y de la humillación⁹⁶. Rorty concluye que existe un “giro narrativo” de la filosofía moral y política y que, en efecto, se está produciendo un cambio de racionalidad.

Maria Aristodemou⁹⁷ considera que la racionalidad propuesta por el movimiento “Derecho y Literatura” se opone a la perspectiva del derecho que reduce el fenómeno jurídico a textos legales, principios, normas, silogismos, razonamientos dialécticos y cálculos entre medios y fines. “Derecho y Literatura” incorpora otros métodos que se basan en las emociones, que exploran los mitos y las historias. El enfoque de “Derecho y Literatura” quiere introducir al derecho dentro de un proyecto humanista más amplio, que integra al fenómeno jurídico dentro de la cultura y que considera imprescindible el compromiso ético de la abogacía.

Desde ese marco más amplio podemos formularnos preguntas sobre el comportamiento humano como si nuestras relaciones con otras personas están basadas en el antagonismo y la competición o en la conexión y las emociones; si el instinto humano consiste en resistir o en seguir la autoridad. Desde ese proyecto humanista también podemos preguntarnos por el derecho en su dimensión social: si el derecho está basado en la racionalidad y el consentimiento o en la represión y el miedo, o en qué sentido se conecta el derecho con los valores morales⁹⁸. El humanismo arroja una concepción de la persona más compleja y menos unívoca que la del movimiento “Derecho y Economía”.

Nussbaum explica las causas por las que la narración constituye una metodología central del movimiento “Derecho y Literatura”. Las narraciones presentes en la literatura, en opinión de Nussbaum⁹⁹, nos permiten imaginar los modos concretos en que viven otras personas. Participar imaginariamente de la vida de otros (desarrollar la empatía) es necesario para actuar de modo ético. Las emociones son un motor necesario para la acción. Proyectarnos en vidas ajenas nos permite reconocer la

⁹⁶ 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. p. 211.

⁹⁷ Aristodemou (2000). op. cit. p. 262 y ss.

⁹⁸ Ibid. p. 263.

⁹⁹ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p. 20.

universalidad de la dignidad humana, experimentar la noción de la vida humana como fin en sí mismo.

La literatura se resiste al modelo economicista que atrapa las vidas en tablas y esquemas, en este sentido la literatura expresa un sentido normativo de la vida, que alienta a resistirse a las categorías cerradas y a abrirse a la aventura. La aventura consiste en 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.

Esta racionalidad que activa la narrativa es hermenéutica. La hermenéutica constituye un enfoque filosófico, cuyo principal representante es Gadamer¹⁰⁰, que pone en cuestión un modelo de racionalidad instrumental y propone una razón comunicativa. La racionalidad hermenéutica, señala Moratalla¹⁰¹, (como la que ponemos en práctica en la lectura de novelas) nos pone en contacto con valores y costumbres sociales y fomenta el diálogo con ellos. La persona va configurando, mediante un diálogo crítico, su propio carácter moral. El proceso legal también sería un momento hermenéutico en el que se produce un diálogo entre narrativas y valores, y en el que el carácter ético de cada parte juega un papel crucial.

La hermenéutica explica la configuración de un *ethos*, de un carácter o personalidad moral que se mantiene con firmeza ante el paso del tiempo. En la formación del *ethos* la persona desarrolla su compromiso moral en diálogo con la sociedad¹⁰². La identidad personal se entiende como un ser que me voy haciendo en interacción con los demás¹⁰³. Esto nos permite comprender mejor las complejas implicaciones identitarias del género, la raza o la clase social. La sociedad no solo nos limita, sino que también forma la identidad ética que nos permite actuar en libertad, de manera coherente con el carácter único que hemos formado durante el diálogo con la vida.

¹⁰⁰ Gadamer, *Verdad y Método*, op. cit.

¹⁰¹ Moratalla, A. (1999). *Esperanzas de libertad: ética y política en la hermenéutica de Gadamer y de Rorty*. op. cit. cfr.

¹⁰² Moratalla, A. (1999). *Esperanzas de libertad: ética y política en la hermenéutica de Gadamer y de Rorty*. op. cit. cfr.

¹⁰³ Ibid. p. 201.

3. LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Aspectos generales

Como es natural, un trabajo sobre argumentación jurídica no podría haberse escrito sin abordar la lectura de las aportaciones más relevantes en la materia. Aunque este trabajo se formula, en gran medida, como una alternativa a la llamada “teoría estándar”¹⁰⁴, considero que la influencia de la misma 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 habermasiana 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

¹⁰⁴ 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, 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.

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.”¹⁰⁵

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, 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.

¹⁰⁵Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. p. 10.

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.

Además de esta hay otras diferencias entre la dialéctica y la retórica. Atienza¹⁰⁶ sostiene que una diferencia entre la dialéctica y la retórica es que en la dialéctica hay dos partes que dialogan entre sí, mientras que en la retórica quien emite el discurso se dirige a un auditorio pasivo. Este mismo autor sostiene que en la dialéctica se dan intervenciones más cortas, porque la argumentación tiene un desarrollo colectivo; mientras que en la retórica el discurso es más largo.

Pero finalmente 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 auditorio¹⁰⁷.

No es atrevido concluir que ambos autores coinciden en profesar una mayor simpatía hacia la dialéctica que hacia la retórica, pues la dialéctica les parece más racional y más ética, mientras que la retórica les parece demasiado orientada hacia finalidades estratégicas que pueden volverse peligrosamente manipuladoras.

Este desprestigio de la retórica en contraste con la calidad moral de su “hermana buena”, la dialéctica, no es nada nuevo. Platón¹⁰⁸ 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

¹⁰⁶ Atienza (2013). op. cit. p. 109.

¹⁰⁷ Ibid. p. 366.

¹⁰⁸ Platón. (1951). *Gorgias*. (J. Calonge, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Cfr.

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 (entendida como una lógica que se despliega en el diálogo) conduce a la verdad.

Aristóteles, como señala Tovar¹⁰⁹, 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 la retórica es la “hermana mala” de la dialéctica.

En el esquema aristotélico 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, dice Aristóteles¹¹⁰ 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

¹⁰⁹ Tovar, A. (1971). Prólogo. Madrid: Instituto de Estudios políticos. pp. III-XLVIII.

¹¹⁰ Aristóteles. (1990). *Retórica*. (Q. Racionero, Trans.) Madrid: Gredos. § 1354b 20.

juzgadora, sino que su misión es probar que ocurrieron unos hechos. La judicatura debe ser imparcial y no actuar por amistad, por odio o por interés.

Por tanto, esa retórica que inaugura Aristóteles sitúa en el centro de su análisis a la calidad interna de los argumentos. Aristóteles señala que quienes dominan la lógica son quienes mejor pueden dominar la retórica, pues las personas que dominan la lógica pueden identificar los buenos entimemas, por su parecido y sus diferencias con los silogismos. Los argumentos lógicos pueden alcanzar la verdad y los retóricos solo lo verosímil, pero la lógica está presente en ambos.

Isidoro de Sevilla¹¹¹, en la Edad Media, en su repaso por la retórica clásica, señala que la dialéctica se sitúa a medio camino entre la lógica y la retórica. La dialéctica tiene aspectos comunes con la lógica, dado que es una disciplina racional que trata de saber diferenciar lo verdadero de lo falso de acuerdo con criterios lógicos, y también toma de la lógica la habilidad para definir, indagar y diferenciar¹¹².

Por su parte, según indica dicho autor, la dialéctica tiene en común con la retórica que ambas se ocupan del conocimiento de la comunidad, de lo que se considera comúnmente verdadero, en definitiva: del ámbito de la verosimilitud. La dialéctica, desde este virtuoso punto medio, gozaría de la precisión de la lógica y de la emoción de la retórica.

¿Qué nos muestra este escueto repaso histórico? Una primera cosa que nos muestra es que estos autores no parecen considerar 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). De hecho sabemos que 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 los autores propuestos, 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

¹¹¹ DeSevilla, I. (1951). *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. p. 60 y ss.

¹¹² Isidoro de Sevilla señala también qué es lo que distingue a la dialéctica de la retórica, y lo hace con un símil muy antiguo en la tradición retórica, probablemente procedente de Zenón, según cuentan Cicerón y Quintiliano: “Varrón, en el libro IX De las disciplinas definió la dialéctica y la retórica con esta semejanza: La dialéctica y la retórica es lo que en la mano del hombre el puño cerrado y la mano abierta; aquélla contrae las palabras, ésta las extiende”. Ibid. p. 60.

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).

Por eso la operación de Aristóteles de “lavado de cara” de la retórica tiene implicaciones valorativas. La unión entre la retórica y la dialéctica supone un acercamiento de la retórica a la lógica y un alejamiento de la misma con respecto a una retórica basada en las emociones que había sido duramente criticada por Platón.

Pero volvamos a la teoría de la argumentación actual, a la llamada “teoría estándar”. Tanto Vega Reñón¹¹³ como Atienza¹¹⁴ 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 propuesta consiste en unificar a la dialéctica y a la retórica en la “dimensión pragmática” de la argumentación.

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, Aristóteles¹¹⁵ 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

¹¹³ Vega, L. (2003). op. cit. cfr.

¹¹⁴ Atienza, M. (2013). op. cit. cfr.

¹¹⁵ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. Más adelante desarrollo esta cuestión pausadamente.

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 argumentación¹¹⁶), 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 Atienza¹¹⁷, los tres enfoques de la “teoría estándar”, a pesar de sus diferencias, 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

¹¹⁶ 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.

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 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. Algo característico de este enfoque es la distinción entre la justificación interna (lógica-deductiva, paso de las premisas a la conclusión) y la justificación externa, que se refiere al establecimiento de las premisas y que requiere algo más que lógica deductiva. Atienza, M. (2013). *Ibid.* p. 31.

¹¹⁷ Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p.33.

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 Perelman¹¹⁸ expuestas en *La lógica jurídica y la nueva retórica*. 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

¹¹⁸ Perelman, C. (1979). op. cit. p. 153 y ss.

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 aceptable^{119 120}. En este sentido, ha sido importante el interés que ha mostrado la teoría de la argumentación por las llamadas “lógicas informales”¹²¹. 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

¹¹⁹ Ejemplifican esto el interés por procedimientos probabilísticos como la inducción y la abducción, así como la revalorización de los razonamientos analógicos. También se 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 cercena 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.

¹²⁰ El filósofo Charles S. Peirce, fundador del pragmatismo, denominó a un tipo de argumento, la abducción (razonamiento hipotético). La abducción sirve para dar cuenta de las inferencias que llevan a cabo los detectives, los jueces y fiscales que se formulan hipótesis para explicarse algún hecho. Atienza escribe el siguiente ejemplo de este tipo de razonamiento: A y B dicen que solo A sabía de la existencia de la droga, pero ¿realmente conocía B de la existencia de la misma? Solo había una cama deshecha en la casa. Eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro. Toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama. Meses después A se refiere a B como “mi mujer”. Por tanto, en la época en la que se efectuó el registro, A y B mantenían relaciones íntimas. (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga). Atienza señala que la abducción tiene la misma forma de la inducción, pero que se diferencia de esta en que sirve para investigar y en que tiene un carácter derrotable. Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. cfr.

¹²¹ Vega Reñón señala que esta lógica alternativa, que puede denominarse “lógica informal” se caracteriza por una concepción distinta de las “formas lógicas”. No siempre es necesario utilizar un lenguaje artificial (lógico) para identificar los malos argumentos, e incluso, en ocasiones, los argumentos pueden no ser traducibles al lenguaje de la lógica, porque eso supondría su deformación. 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”.

informal, presente en el análisis de argumentos jurídicos del profesor Tarello^{122 123} (que influyó considerablemente sobre el desarrollo del punto de vista lógico de la teoría estándar).

En opinión de Vega Reñón¹²⁴, la filosofía implícita en el punto de vista de la lógica formal tiene importantes limitaciones, como el hecho de que concibe la argumentación como carente de intenciones y de personalidad. Para la lógica formal la

¹²² 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. Atienza explica que, mientras la lógica formal se encarga de las situaciones en las que las premisas nos ofrecen la información necesaria y tan solo tenemos que ordenar la información o eliminar información redundante; la lógica informal se ocupa de las situaciones en las que tenemos una información insuficiente para resolver el problema o una información contradictoria. Aquí entran en juego los argumentos que reúne Tarello, que nos ayudan a encontrar nueva información y que son argumentos que actúan en el terreno de lo razonable y lo verosímil, y no en el de las certezas apodícticas. La analogía sería un ejemplo paradigmático del tipo de argumentos jurídicos que compendia Tarello. Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. op. cit. cfr.

¹²³ Estos son los argumentos de Tarello:

A contrario: Una disposición obliga a los jóvenes varones de veinte años a cumplir con el servicio militar, de ella se saca la conclusión contraria de que las jóvenes no están sometidas a la misma obligación.

A simili o por analogía: Como los jóvenes varones de veinte años deben cumplir el servicio militar, deducimos por analogía, que las jóvenes también deben hacerlo. O, si prohibimos que un viajero entre al tren con un perro, se prohíbe también por analogía con cualquier otro animal.

A fortiori (a minori ad maius y a maiore ad minus): Si está prohibido causar heridas, está prohibido matar. Si adquieres el derecho de propiedad de una casa, se supone que también adquieres todos los derechos menores que, salvo exclusión expresa, están incluidos en el anterior, como la posesión, el derecho a arrendarla, etc.

A completudine: lo no regulado se considera siempre permitido; o bien, lo no regulado se considera siempre indiferente.

A coherentia: Se supone que el legislador es razonable y no puede regular una misma situación de maneras incompatibles, por lo que hemos de descartar una de las disposiciones.

Argumento psicológico: Investigación de la voluntad del legislador en los trabajos preparatorios que permite excluir una interpretación que a primera vista parecía plausible.

Argumento histórico: se presume la continuidad del legislador en la manera de regular una determinada materia, a no ser que se hayan modificado expresamente los textos legales.

Argumento apagógico o de reducción al absurdo: supone que el legislador es razonable y que no hubiera permitido una interpretación de la ley que condujera a consecuencias ilógicas o inmorales.

Argumento teleológico: se apela al espíritu o a la finalidad de la ley, pero no la de los trabajos preparatorios, sino la finalidad que se encuentra en el texto de la ley.

Argumento de la no redundancia: se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera, el texto sería una mera repetición de un texto legal anterior.

Argumento ab exemplo: permite interpretar la ley conforme a los precedentes o a la doctrina.

Argumento sistemático: parte de la hipótesis de que el derecho es algo ordenado y de que sus distintos elementos pueden interpretarse en función del contexto en el que se insertan.

Argumento naturalista: en una situación dada se considera inaplicable el texto de la ley porque a su aplicación se opone la naturaleza de las cosas. Perelman, C. (1979). op. cit. p. 81 y ss.

¹²⁴ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 96 y ss.

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 traduciéndose al lenguaje lógico que despoja a las palabras de todo aquello que la lógica considera accesorio¹²⁵. 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 palabras¹²⁶.

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 razón para reencarnarla en un

¹²⁵ 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.

El gusto por la certeza, continúa Maillard, nos permite ejercer el poder haciendo a las cosas previsibles. Por el contrario, cuando aceptamos el componente ficcional del mundo nos hacemos responsables de la complejidad e incluimos en nuestra mirada las contradicciones, desviaciones, conexiones, matices, lo efímero, lo inestable y también lo absurdo. Maillard, C. (1999). op. cit. 133.

¹²⁶ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 96 y ss.

sujeto racional cualquiera, es una licencia, en parte analítica, en parte retórica, consentida en la lógica¹²⁷.

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 racional¹²⁸.

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

¹²⁷ Ibid. p. 112.

¹²⁸ Ibid. p.112.

enfoque lógico no distingue un error inadvertido (paralogismo), de un engaño deliberado (sofisma); y también es indiferente si el argumento logra engañar a la persona interlocutora o si no lo logra ¹²⁹. 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 porqué dicho punto de vista no me resulta satisfactorio.

El punto de vista dialéctico

Perelman¹³⁰ 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.

Vega Reñón¹³¹ expone las características de la perspectiva dialéctica, que constituye el enfoque central de la teoría estándar, pues ocupa el lugar medio e irradia a las otras dos perspectivas. Para este punto de vista de la argumentación, sostiene, todo gira en torno a la existencia de una discusión. La discusión puede producirse en el marco de una deliberación, un debate o una negociación. En cada caso, las reglas serán distintas. Obviamente, no son iguales las reglas que rigen una negociación entre dos abogadas, que las reglas que seguirán estas mismas en su controversia ante los tribunales.

Aquí lo que importa no es si un argumento es bueno desde el punto de vista lógico, sino si la argumentación es adecuada a los fines y a las reglas del tipo de discusión en cuestión. La fuerza de un argumento se medirá, no en abstracto, sino frente

¹²⁹ Ibid. p. 221.

¹³⁰ Perelman, C. (1979). op. cit. cfr.

¹³¹ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 70 y ss.

a la fuerza de otro que se le oponga^{132 133}, y también se medirá su fuerza en atención a su productividad para el curso del debate, es decir, en atención a si los argumentos promueven nuevos y mejores argumentos, si abren nuevos contextos o trazan nuevas líneas argumentativas¹³⁴.

Por tanto, en opinión de Vega Reñón¹³⁵, la perspectiva dialéctica, más que juzgar la estructura interna de un argumento, se plantea si ese argumento es adecuado a las reglas de la discusión. Lo que importa no es un argumento concreto, sino la actitud de

¹³² La fuerza de las argumentaciones se basa, en gran medida, en la plausibilidad. Las cosas plausibles son aquellas que todo el mundo comparte, las que sostiene la mayoría o aquellas que comparten unas pocas personas pero que son dignas de crédito. La tradición tópica ha mostrado esta conexión entre la dialéctica y la plausibilidad. La analogía y la correlación se basan en la plausibilidad: si consideramos que algo es verdadero, también parecerá verdadero algo muy semejante. La plausibilidad no es un atributo interno de la argumentación, sino que está basada en lo que la gente cree, en lo que tiene respaldo social. Por tanto, es algo graduable, hay cosas más plausibles y otras menos plausibles, de modo que ha de valorarse comparando las opiniones enfrentadas para ver cuál es más plausible.

¹³³ Aunque el presente trabajo no verse sobre el método tópico, considero de utilidad señalar brevemente sus características esenciales. La tópica, señala Viehweg, fue conceptualizada por Aristóteles, es un modo de razonamiento consistente en partir de “topoi”, puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean para apoyar la argumentación y que parecen conducir a la verdad. El tópico, al ser una opinión compartida por la comunidad, es útil también para lograr el entendimiento en el diálogo, para hablar en las mismas claves.

Para Cicerón, continúa Viehweg, los “topoi” son lugares de donde se extrae el material para la demostración, son medios para disponer de elementos de prueba. La tópica sirve de auxilio cuando nos encontramos ante un problema en el que falta un camino para resolverlo, entonces podemos recurrir a un tópico que guarde relación con el problema (por ejemplo, “in dubio pro reo”). Por ello la tópica, como se refleja desde el comienzo de la *Topica* de Aristóteles, es una técnica de pensamiento problemático. Para Zielinski, continúa explicando Viehweg, la tópica es el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso, en ambos sentidos, tanto las razones a favor como las razones en contra.

No sólo hay tópicos universalmente aplicables, de los que tratan Aristóteles y Cicerón, sino que hay también otros que pertenecen a una rama del saber. Como señala Viehweg, “los primeros son aplicables a todos los problemas pensables y representan generalizaciones muy amplias, mientras que los segundos sirven sólo para un determinado círculo de problemas”. “Los puntos de vista probados y frecuentes de estos campos especiales son también tópicos que están al servicio de una discusión de problemas y cuyo conocimiento tiene por objeto ofrecer una suerte de repertorio que facilite la invención”. Los tópicos son puntos de vista directivos, son clichés aplicables.

A la vista del problema los tópicos parecerán adecuados o inadecuados, conforme a un entendimiento libre. Tienen un papel instrumental, de hilos conductores del pensamiento. En el diálogo la tópica adquiere gran relevancia pues es necesario alcanzar el común entendimiento y los tópicos pueden facilitararlo. Sirven para marcar la dimensión dentro de la que uno se mueve sin poderlo abandonar, si no se quiere perder el entendimiento.

En la dialéctica lo que queda probado en virtud de aceptación es admisible como premisa. Estos puntos (tópicos) no son aceptados por mera autoridad, sino que entre personas cultas se acepta como razonable lo que tiene determinado peso. Por ello la referencia doctrinal de juristas de reconocido prestigio hace referencia a una serie de conocimientos humanos, lo que no constituye una mera creencia. A pesar de estas limitaciones, para la interpretación, esencialmente problemática, la tópica es un gran auxilio pues ofrece distintos puntos de vista desde los que se puede operar. Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus. cfr.

¹³⁴ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 73.

¹³⁵ Vega Reñón explica las reglas de Van Eemeren y Grootendorst:

argumentar correctamente, siguiendo unas normas que regulan la buena conducta argumentativa.

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 Grootendorst¹³⁶ proponen unas reglas para que se desarrolle correctamente la argumentación que ellos denominan “pragma-dialéctica”. Las reglas

1-Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, positiva o negativa, con respecto a la tesis en discusión. Por tanto, no se puede decir: “No quiero escuchar nada más”, ni “usted no puede contradecirme”.

2-Quien sostenga una tesis, está obligado a defenderla y a responder de ella cuando se lo pida su interlocutor. Por tanto, no se puede decir: “Los hechos hablan por sí mismos, no tengo que probar nada”, ni “si no estás de acuerdo, prueba que no tengo razón”.

3-La crítica de una tesis debe ir contra la tesis efectivamente sostenida por el interlocutor. Por tanto, no se puede simplificar, tergiversar o caricaturizar la tesis del oponente para hacerle decir lo que no ha dicho.

4-Una tesis solo puede defenderse con argumentos referidos a ella. Ni se pueden traer a la discusión cuestiones que no tienen nada que ver, ni cuestiones demasiado genéricas o desviadas de lo que se está discutiendo.

5-Todo interlocutor puede verse obligado a reconocer sus premisas tácitas y las implicaciones implícitas de su posición y ha de responder de las mismas. Se viola esta regla cuando se trata de evitar reconocer consecuencias de su propia tesis, o a probar cuando se ha de probar. También se viola cuando se descalifica la tesis del contrario extrayendo de ella conclusiones desmesuradas o absurdas.

6-Una tesis se ha defendido de forma concluyente cuando la defensa ha consistido en argumentos derivados de un punto de partida común. Esta regla se viola cuando el antagonista pone en duda o desmiente algún punto que ya había sido acordado o aceptado.

7-Una tesis se ha defendido de forma concluyente si la defensa se ha sostenido adecuadamente sobre esquemas de argumentación comúnmente admitidos. Entre las violaciones estarían las falacias como las que se apoyan en una autoridad dudosa (por ejemplo la opinión de un experto en ciencias sobre una cuestión ética), o las falacias que sostienen que algo no puede ser verdad o ha de ser verdad porque sus consecuencias sean buenas o malas. También serían violaciones de esta regla las que aplican inadecuadamente una pauta como abusar de la generalización (por ejemplo, deducir que como conociste a un hombre ladrón, todos los hombres son ladrones), o abusar de la analogía (utilizar analogías en las que no hay identidad de razón o esta es muy débil).

8-Los argumentos deductivos utilizados deben ser válidos mediante la explicitación de todas las premisas tácitas requeridas por la conclusión. Sin embargo, Vega Reñón señala que el cumplimiento de esta regla puede ser a veces un empeño irrealizable pues todo argumento se sostiene sobre numerosas premisas subyacentes y ocultas.

9-El fracaso en la defensa de una tesis debe llevar al proponente a retractarse de ella, y el éxito en su defensa debe llevar al oponente a retirar sus dudas sobre la tesis. Sin embargo hay que resaltar con Vega Reñón un aspecto importante. Esta tesis “puede prestarse a transgresiones y abusos tanto por una parte como por la otra: el proponente puede, por ejemplo, conferir un valor absoluto a su triunfo relativo sobre las objeciones del antagonista “como, al parecer, ya no te quedan más réplicas, lo que sostengo es verdad”; mientras que el oponente puede, en el caso contrario, tomar como absolutamente falsa la tesis que el proponente no ha sabido defender. Son tentaciones peligrosas porque hacen depender la suerte de una discusión del más tonto de los participantes. En el mundo habitual de la argumentación, rara vez visitado por verdades o falsedades absolutas, o por una contradicción expresa, cobran suma importancia las virtudes y las habilidades dialécticas de quienes discurren”.

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 posible¹³⁷. Robert Alexy¹³⁸ 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.

Se ha objetado a la perspectiva dialéctica que en el derecho las partes no siempre quieren llegar a un acuerdo, y que cuando lo desean, no persiguen el bien común, ni buscan la verdad, sino que persiguen sus propios fines o intereses que casi nunca serán compatibles con las reglas basadas en el principio cooperativo.

Alexy y Vega Reñón defienden la perspectiva dialéctica argumentando que, incluso en el contexto más estratégico (pensemos en una negociación jurídica) es necesario que exista un mínimo de buena fe argumentativa. Vega Reñón¹³⁹ pone un ejemplo clarificador de esta tesis: la comunicación se parece al comercio en el sentido de que nadie podría comprar ni vender si no existiera el principio de la buena fe

10-Las proposiciones no deben ser vagas e incomprensibles, ni los enunciados confusos o ambiguos. Las violaciones de esta regla son una fuente de falacias que se aprovechan de los malos entendidos, equívocos y la oscuridad. Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 131 y ss.

¹³⁷ VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (2004). *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: CUP. p. 1.

¹³⁸ Alexy presenta un código de razón formado por veintiocho reglas. Son reglas las siguientes: que el hablante no se contradiga, que sea sincero, de modo que lo que dice se corresponda con lo que piensa; que esté dispuesto a aceptar las afirmaciones que hace en cualquier situación análoga, y que utilice los términos en el sentido convenido por los participantes. Esas reglas componen lo que Alexy denomina “reglas fundamentales”. Un segundo bloque está formado por las “reglas de razón” que son la de que el hablante fundamente lo que afirma cuando se le pida, la de que cualquiera que lo desee pueda entrar en el debate, las de que todos puedan cuestionar, afirmar y expresar opiniones y deseos; y la de que no puede haber coacción interna o externa que impida realizar las acciones anteriores. El tercer grupo de reglas son las de “carga de la argumentación” que sirven para evitar que sin mediar razones se cuestione indefinidamente cualquier afirmación, ya que quien cuestiona también debe dar razones para ello. Por tanto quien aduce un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos. El cuarto grupo de reglas es el de las “reglas de fundamentación” que son las que buscan evitar los usos estratégicos y violentos del discurso como las adulaciones, las acusaciones o amenazas explícitas o sutiles. A ello se añaden las reglas que establecen un determinado modo de fundamentar. No vale cualquier manera de fundamentar, sino que es necesario tratar de que la fundamentación sea universalizable. Así, no son válidas reglas que no resistan un estudio crítico de su génesis social o individual. Otro asunto material que habría que respetar es el de los límites de lo realizable y en no pasar, cuando se trate de resolver un asunto, a hablar de lo hipotético.

El quinto grupo de reglas es el de las de “transición” que son las que autorizan a pasar a debates que permitan establecer aspectos previos a la discusión principal. Estas cuestiones son: determinación de hechos, determinación del lenguaje empleado y determinación de las reglas del debate. Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, Trans.) Madrid: Espejo C.E.C. p. 70 y ss.

¹³⁹ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 289

mercantil, que parte de que los demás van a cumplir sus compromisos. Nadie podría argumentar si todas las personas presumieran que las demás mienten por sistema.

Es necesario que exista un mínimo de sinceridad, un mínimo de confianza y un mínimo de buena fe para que exista un diálogo (o un proceso legal). Considero que los autores tienen razón: de no ser así, todos los asuntos se resolverían mediante la violencia privada dado que nadie confiaría en el derecho.

Este argumento de Alexy y de Vega Reñón fue formulado, aunque de manera más compleja, por Habermas¹⁴⁰ en su *Teoría de la acción comunicativa*. Alexy explica esta idea señalando que en el derecho existe una pretensión de corrección que implica que, para que la comunicación sea posible en el ámbito jurídico, es necesario que confiemos en que el derecho tiene la finalidad de servir a la justicia¹⁴¹.

Alexy explica que en el derecho, la judicatura y el legislativo forman parte de un discurso oficial que, si no desea ser considerado simple fuerza bruta, debe procurar la aceptabilidad de la sociedad. La pretensión de justicia es, por tanto un elemento totalmente necesario para la existencia de un sistema jurídico. Alexy probará esto mediante el ejemplo de las contradicciones performativas. La pretensión de corrección significa que el derecho intenta parecer moralmente correcto, lo que no implica necesariamente que lo sea.

La contradicción performativa es la siguiente: imaginemos un Tribunal Superior que se llamase “Tribunal Supremo de Injusticia de la Nación”; ¿quién respetaría los fallos de semejante tribunal?, se pregunta Alexy, ¿podría instaurarse un tribunal con semejante nombre sin que la sociedad hiciera algo al respecto? Ningún tribunal apela a la injusticia para dictar sentencias. Incluso aunque la judicatura no creyese en la justicia en su fuero interno, tendría que apelar a ella en términos institucionales¹⁴².

¹⁴⁰ Cuando hablamos de hechos, señala Habermas, normalmente creemos que esos hechos de los que hablamos son verdaderos; así mismo, cuando hablamos de nuestro mundo interior, normalmente somos sinceros con respecto a lo que sentimos y pensamos; cuando decimos que algo debe cambiar lo hacemos porque pensamos que ese cambio es correcto. Es decir, lo normal es que hablemos intentando decir la verdad, ser sinceros y aconsejar normas que consideramos correctas. Habermas, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus. cfr.

¹⁴¹ Tovar, A. (1971). *La institucionalización de la razón*. Madrid: Instituto de Estudios políticos. p. 242.

¹⁴² Es cierto que un Tribunal puede llevar el sustantivo “justicia” en su nombre y dictar fallos injustos, pero eso tan solo confirma la necesidad de la pretensión institucional de justicia, incluso en los regímenes

Estas explicaciones permiten comprender por qué la perspectiva dialéctica considera que las reglas del diálogo no son una mera convención, sino la condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística, incluyendo la comunicación que se produce en el ámbito del derecho ¹⁴³.

Comparto la visión del derecho que manifiesta la pretensión de corrección. Considero que el derecho no es (a diferencia de lo que sostiene una parte de la teoría crítica), un discurso unidireccional y uniforme que emana del poder político y obliga al pueblo. En mi opinión hay resquicios para un uso activista del derecho. De hecho, considero que los derechos humanos, en sentido teórico, son el corazón del derecho, y la tarea de la hermenéutica jurídica debe ser hacerlos valer.

Considero que el derecho se mantiene porque mucha gente considera que es un buen medio para resolver los conflictos y que, por eso, los discursos que se producen en el ámbito del derecho procuran normalmente no presentarse como una burda reclamación de intereses egoístas. Aunque, por supuesto, en muchas ocasiones los discursos jurídicos encubren despiadadas intenciones y violaciones a los derechos humanos.

Aunque comparto que el derecho existe una pretensión de corrección, desde mi punto de vista, la etérea pretensión de corrección no logra demostrar que en el derecho existan o que deban existir las reglas que formula Alexy. No parece posible fundamentar la necesidad de que una abogada sea completamente sincera durante un litigio, por ejemplo. Más bien al contrario, parece que la judicatura es plenamente consciente de que la abogacía por lo general no es, ni completamente mentirosa ni completamente sincera.

Las reglas del discurso racional que establece Alexy no parecen aplicables fácilmente a los litigios jurídicos (y aún menos a las negociaciones). Su carácter necesario e inherente a todo acto comunicativo es realmente dudoso. En el derecho, más bien, parece que las reglas reguladoras de la comunicación que expresan un mínimo ético son las normas procesales.

más injustos. Las leyes y fallos deben parecer justos aunque no lo sean, pues de lo contrario no serían considerados “derecho”.

¹⁴³ A esto se le llama “fundamentación pragmático-transcendental”. Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, Trans.) Madrid: Espejo C.E.C. p. 183.

Otro aspecto que no comparto con Alexy es el de que el derecho es un tipo de discurso especial que se diferencia de la comunicación general porque en el derecho hay que respetar, ante todo, el precedente y el principio de universalidad.

Considero que el precedente representa, en su cara negativa, una dimensión autoritativa del derecho y en su cara positiva, representa un compromiso con el diálogo social y con el valor de la igualdad jurídica. Sin embargo estos valores no deberían monopolizar la actuación judicial, pues suponen, desde mi punto de vista, una visión excesivamente conservadora de su rol social, que debería complementarse, en un sistema de enfoque dialéctico como este, con reglas orientadas hacia la promoción de la justicia y los derechos humanos.

Esta objeción vale para el caso de la judicatura; mientras que, en el caso de la abogacía, sería directamente contrario a su naturaleza postular una regla que dice que una abogada debe citar un precedente que no le beneficia¹⁴⁴.

A pesar de estas objeciones a las tesis de la dialéctica, la ética discursiva me resulta simpática si consideramos que la intención de esta teoría es hacer del derecho un espacio más justo, mejorando los hábitos argumentativos de las personas participantes e instándolas a luchar por los derechos humanos.

Pero esta tesis deja de despertar mi simpatía si consideramos que la intención del enfoque dialéctico es legitimar al derecho y a las instituciones actuales, sosteniendo que, en efecto, las argumentaciones que se producen en el derecho son justas y que las sentencias judiciales actuales están avaladas por los procedimientos éticos que conducen a decisiones racionales. La teoría de la argumentación jurídica puede transformarse en una idealización complaciente de la realidad presente y en un enmascaramiento de los aspectos negativos.

Sin embargo, mi discrepancia principal con el punto de vista dialéctico no proviene de su tesis de que el derecho sirve a la justicia. La idea que no me gusta es la

¹⁴⁴ Walton considera que no todas las argumentaciones en el Derecho pueden reducirse a un diálogo racional, y esto puede criticársele a Alexy. En el Derecho hay otros tipos de diálogos como la negociación, el interrogatorio de búsqueda de información, el diálogo educativo, el debate jurídico, etc. Y, por otra parte, la argumentación jurídica no tiene por qué girar en torno a la idea de consenso, tan propia del punto de vista dialéctico, pues hay otros valores en el Derecho como la justicia o la verdad. Walton, D. (1989). *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*. Cambridge: CUP. cfr.

que vincula dicha justicia con el acatamiento de unas reglas que se 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 decisiones¹⁴⁵. 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 (de raigambre 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”¹⁴⁶ 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

¹⁴⁵ VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (2004). op. cit. p. 73.

¹⁴⁶ Más adelante desarrollaré esta idea.

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 de diálogo, pero que alguna de ellas utilice alguna otra estratagema argumentativa (por ejemplo que presente un falso testimonio fingiendo que es auténtico)¹⁴⁷. 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 intersubjetivo¹⁴⁸.

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 Tovar¹⁴⁹ 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.

¹⁴⁷ Vega, L. (2003). op. cit. p. 141.

¹⁴⁸ Ibid. p. 145.

¹⁴⁹ Tovar, A. (1971). p. 78.

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.

El punto de vista retórico

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, fundamentalmente¹⁵⁰, de Perelman, el padre de la “Nueva Retórica”. López Eire¹⁵¹ explica que esta “Nueva Retórica” se inspira en los principios de la ética del discurso propugnados por 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 Habermas, 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

¹⁵⁰ 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, acogándose 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.

¹⁵¹ Ibid. p. 278.

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 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 Eire¹⁵², 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”

¹⁵² Ibid. p. 290.

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 admitidas¹⁵³.

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 pretender que esa propuesta sea universal, pues admitimos que caben tesis contrarias¹⁵⁴.

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 tópica¹⁵⁵, 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

¹⁵³ Ibid. p. 293.

¹⁵⁴ Ibid. p. 294.

¹⁵⁵ Perelman, C. (1979). op. cit. p.136.

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 imaginativo en la imaginación de la persona oradora, que le sirve para calificar de eficaz a su propio 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 demostraciones¹⁵⁶.

Alexy¹⁵⁷ 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

¹⁵⁶ Ibid. p. 142.

¹⁵⁷ Alexy, R. (1989). op. cit. p. 161.

concuere 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. Perelman¹⁵⁸ plantea, siguiendo el imperativo categórico de Kant¹⁵⁹, la exigencia de comportarnos como si fuésemos una persona juzgadora cuya decisión deba proporcionar un principio válido para todo el mundo¹⁶⁰. En consecuencia, la persuasión del auditorio universal es la persuasión de todos los seres racionales.

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 comprenderla¹⁶¹. 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,

¹⁵⁸ Perelman, C. (1957). Evidence et Preuve. *Dialectica* (11), 230-238. cft.

¹⁵⁹ Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe. cfr.

¹⁶⁰ 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, 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.

¹⁶¹ Alexy, R. (1989). op. cit. p. 162.

sino a convencer. No se busca realizar un discurso eficaz, sino un discurso válido, capaz de lograr el asentimiento de todos los seres racionales¹⁶².

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 racional¹⁶³.

Observamos que, si asumimos 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.

¹⁶² Ibid. p. 165

¹⁶³ 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 dialéctica 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 estrategias*. (F. Volpi, Ed., & J. Alborés, Trans.) Madrid: Alianza. p. 17.

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 compartir¹⁶⁴.

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 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”.

¹⁶⁴ Alexy, R. (1989). op. cit. p. 171.

4. LA RETÓRICA CLÁSICA

Naturaleza y genealogía

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. Entre otras cosas, la retórica clásica ofrece varios modelos éticos que pueden dar solución al problema de la legitimidad moral de la retórica. Revisando la retórica clásica encontramos una interesante solución que no consiste en desconfiar de los elementos visuales o emocionales, y tampoco en orientar a la retórica hacia ninguna suerte de ética transcendental. Más adelante expondré en qué consiste esa solución.

En cualquier caso, el interés actual de la retórica clásica no se agota ahí. Michael H. Frost¹⁶⁵ 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, paradójicamente, están muy cerca de la perspectiva de la abogacía actual. Además de contar con numerosos 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 mercadotécnica.

¹⁶⁵ Frost, M. (2005). *Introduction to Classical Rhetoric. A lost Heritage*. Aldershot: Ashgate. p. VII.

Un breve repaso por la historia de la retórica nos permitirá señalar las aportaciones más relevantes, las diferencias entre las mismas y el devenir del arte, que explica de modo suficiente la situación en la que hoy se encuentra. Espero que se me disculpe el hecho de seguir a un mismo autor, López Eire¹⁶⁶, durante varias páginas, pero he quedado cautivada por la belleza y la pasión con la que el gran filólogo nos conduce a través de la historia. He intercalado su relato detalles de otras fuentes y apreciaciones personales.

López Eire explica que, según Cicerón (Bruto) la retórica nació en el siglo V a. C, cuando, tras el derrocamiento de los tiranos en Sicilia, se estableció la democracia en las ciudades y muchos ciudadanos cuyas propiedades habían sido confiscadas por el anterior régimen trataron de recuperarlas tras el largo intervalo de tiempo transcurrido, pleiteando ante jurados populares constituidos para tal propósito.

Añado, el detalle que apunta Tovar¹⁶⁷ de que, con la finalidad de que las personas demandantes salieran airosas en estos pleitos, Córax y Tisias compusieron un libro llamado “Arte” con el que se convirtieron en creadores de la retórica¹⁶⁸, aunque ya antes hubo personas oradoras que pronunciaron buenos discursos. Sabemos que Platón y Aristóteles habían leído este primer arte.

No importa si esta historia es cierta o no, dice López Eire; lo importante es que en ella vemos que la retórica es hija de la democracia y del derecho. De hecho la

¹⁶⁶ LópezEire, A. (1998). La retórica clásica y la actualidad de la retórica. op. cit. p. 203.

¹⁶⁷ Tovar, A. (1971). Prólogo a la Retórica de Aristóteles. Madrid: Instituto de Estudios políticos.

¹⁶⁸ Tovar nos indica cómo continuó esa primera retórica siciliana: Lo esencial de la escuela retórica siciliana lo heredó Gorgias. Platón criticaba que en la orientación del equipado con tales recursos como los que Gorgias presentaba, lo importante no es la verdad, sino la persuasión. Sin embargo, Gorgias, lo que pretendía embellecer el discurso y desarrollar habilidades dialécticas y psicológicas. Así, Gorgias incorpora recursos de los que tradicionalmente se había servido el verso como el lenguaje figurado, el léxico poético de palabras “extrañas”, la búsqueda del ritmo mediante la rima, las aliteraciones y otros medios. Gorgias quería que la persona se dirigiese con estos medios hacia la perfección. Gorgias crea el género epidíctico. Es un género de ensalzamiento, de todo recargado y a la vez ingenuo, que se articula en discursos como epitafios, elogios y defensas.

Trasímaco fue otra importante figura de la retórica griega, considerado por Aristóteles como sucesor de Tisias. Trasímaco inició el estudio de la acción y gesticulación oratoria y otorgaba mucha importancia a los elementos emocionales que pueden mover los afectos de los oyentes. Trasímaco aludía a los elementos rítmicos del discurso, en lo que podría considerarse la continuación de los procedimientos de la “prosa de arte” de Gorgias, sin embargo, con más medida que aquel.

Hubo otros grandes maestros de la retórica, por ejemplo Antifón, que publicaba lugares comunes de encarecimiento y vituperio, así como un esqueleto de discurso que podía adaptarse para cada caso determinado; otro era Alcidas, que fue estudiado por Aristóteles, y que fue discípulo de Gorgias, más que escribir teoría exponía un muestrario.

retórica fue perseguida por la tiranía de los Treinta Tiranos, en Atenas del siglo V a. C, y Critias redactó una ley prohibiendo la enseñanza del arte de la persuasión. La retórica fue unida al progreso de la democracia, pues se ocupaba de la persuasión entre seres humanos que discurren y son libres. Por tanto, dice López Eire, haciéndose eco de lo sostenido por Demócrito y por Gorgias, “la retórica es democrática y enemiga de la violencia”¹⁶⁹.

Tovar señala que Aristóteles habló con desprecio de aquel arte retórico anterior a él mismo, porque, a su juicio, se ocupaba de las triquiñuelas de la abogacía y de mover las emociones del auditorio. El género jurídico representaba para Aristóteles un tipo de retórica bastante bajo, pues en él tenían demasiada importancia las emociones, que causaban el desprestigio de la retórica, al hacer de ella un arte de la persuasión a toda costa.

Sin embargo, frente a este juicio negativo de la retórica no aristotélica, podemos elogiar el valor democrático de la retórica desde sus orígenes, ya que la retórica es capaz de igualar a las personas a partir de la palabra. Para Cicerón, la palabra es el atributo fundamental de la dignidad humana, pues como afirma Cicerón¹⁷⁰, la palabra es la capacidad que distingue al ser humano del resto de seres.

En otra de sus obras dice Cicerón¹⁷¹ que la retórica requiere una época que no sea de tiranía, ni de guerra, dado que esta es compañera de la paz y la libertad, y brilla en las ciudades bien constituidas. Por eso, dice Cicerón, la retórica surgió en Sicilia, tiempo atrás, cuando fueron desterrados los tiranos y regresó la libertad de los juicios. El ingenio de las gentes sicilianas, dadas a toda controversia, hizo nacer a la retórica¹⁷².

¹⁶⁹ Ibid. p. 205.

¹⁷⁰ Cicerón, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial. cfr.

¹⁷¹ Cicerón, M. (2004). *Bruto, o de los ilustres oradores*. México: Universidad Nacional Autónoma. cfr.

¹⁷² Cicerón, en su obra *Los ilustres oradores*, nos cuenta la historia de la retórica griega y de la romana. Esto es lo que dice de los grandes oradores griegos: La elocuencia tardó mucho en desarrollarse en Atenas, pues hasta Solón y Pisístrato nadie logró fama de elocuente Sin embargo, señala Cicerón, hay que matizar que el poder de la palabra fue siempre muy grande. Homero ya hablaba de la elocuencia de Ulises y la suavidad de Nestor, atribuyendo a uno energía y a otro suavidad.

Solón, y Clístenes, y luego Pisístrato destacaron por la palabra. Algunos años después destacó Temístocles. Posteriormente, en el apogeo de Atenas, surgieron famosos oradores como Pericles y Tucídides.

Pericles es celebrado por muchas razones, pero su fuerza retórica tal vez sea la mejor de ellas. Fue el primero en aplicar los conocimientos filosóficos a la elocuencia, y educado por el físico Anaxágoras, descendió de las materias más elevadas al foro y las causas populares. Los atenienses admiraron su

López Eire explica que, frente al afán de Parménides de captar el discurso verdadero, la copia exacta de la realidad; Protágoras y Gorgias¹⁷³, de espíritu retórico, no creían en esa Verdad con mayúsculas, sino en “la verosimilitud”, patria del lenguaje, y que no puede ser confundida con la realidad. Así, el lenguaje será desde el principio el lugar del humanismo, de las verdades no científicas; mientras que la ciencia, en su persecución de la Verdad, se conducirá por el lenguaje matemático. La retórica fue así, según López Eire¹⁷⁴, la primera hermenéutica. Y es que la retórica es consciente de que las palabras crean poesía y crean historias que sabemos que no son ciertas, y nos invita a preguntarnos por la porosidad de la verdad.

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 estético¹⁷⁵. El espíritu retórico no aspira a la Verdad, sino a generar

elegancia y su rico estilo, también su fuerza en el decir, y el terror que infundía. Fue un orador casi perfecto.

Con respecto a Tucídides, dice Cicerón, que este escribía mediante lapidarias sentencias, con brevedad y concisión, y tal vez por ello, con oscuridad a veces. En esta época surgieron también los primeros maestros de retórica como Gorgias Leontino, Trasímaco, Protágoras de Abdera, Hipias de Elea y otros que prometían con arrogancia enseñar el arte de hacer superior, por el modo de defenderla, la causa inferior.

Protágoras escribió una colección de tópicos, Gorgias compuso elogios y vituperios de muchas cosas, porque consideraba que el principal oficio del orador es encarecer o rebajar las cosas.

A ello se opuso Sócrates que refutaba con agudeza las pretensiones de éstos. De su enseñanza nació la filosofía; no la filosofía que trata de la naturaleza (esta era más antigua), sino la que habla de los vicios y virtudes, y de la vida y las costumbres.

Con la vejez de los citados maestros apareció Isócrates, cuya escuela fue como el taller de toda Grecia. Fue un gran orador y maestro, aunque nunca llevó causas forenses, sino que se dedicó al estudio. Aún así alcanzó tal gloria, que nadie le ha igualado después. Escribió mucho y muy bien, enseñó a muchos y fue el primero en dar número a la prosa, pero sin caer en el verso poético. Antes de Isócrates, si el sonido del discurso era hermoso, era producto de la casualidad. Este orador solo fue superado por Demóstenes, el mejor orador de Grecia, y el más cercano que ha habido a la perfección. Ibid. cfr.

En esta misma época floreció Lisias, que fue el primero en sostener que había un arte oratorio que se podía enseñar, aunque después dejó el estudio teórico y se dedicó a componer discursos para otros.

Tras este periodo surgió Demetrio Falereo, con un estilo que buscaba más deleitar a los atenienses que inflamarlos. Había salido de la escuela del discípulo de Aristóteles, Teofrasto.

¹⁷³ Gorgias confirió estatuto filosófico a la retórica mediante sus reflexiones. La filosofía, argumentaba, debe abandonar por inútil la búsqueda de la realidad del ser y pregonar a los cuatro vientos que lo único que podemos comunicar es el logos, y no el ser (de dudosa existencia). El logos es la cortina o pantalla que existe entre la realidad y nosotros, con la que podemos fabricar mundos nuevos o cambiar el ánimo de los demás. Así que mediante la facultad poética del lenguaje fabricamos discursos verdaderos o falsos, que eso no importa, porque en cualquier caso nunca serán enteramente verdaderos. Nunca coincidirán cabal y absolutamente con la realidad. LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 209.

¹⁷⁴ Ibid. p. 208.

¹⁷⁵ Ibid. p. 220.

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.

Platón se opuso a este discurso poético y democrático, y en su lugar trató de imponer el discurso verdadero, hijo de la dialéctica. Dice López Eire “Aristóteles, el mejor discípulo de Platón, se vio obligado a someter a la indómita retórica bajo las reglas de la dialéctica. Esto solo fue posible rebajando la rigidez de la dialéctica y convirtiendo a la retórica en una disciplina refleja de la dialéctica. La dialéctica deja de ser una disciplina de primera clase, pues ya no busca esa única verdad a la que aspiraba Platón. Ahora la verdad y lo verosímil se perciben mediante la misma facultad: la dialéctica, que trata lo verosímil, es decir, las cuestiones que son patrimonio de todas las personas”¹⁷⁶. “Lo verosímil no es lo verdadero, porque admite ser de otra manera. El mérito de Aristóteles es legitimar filosóficamente todo un universo de cuestiones que son los problemas de todos los días sobre los que no se puede obtener más que opiniones o *dóxai*, pero a las que no por ello debemos de sustraer el noble anhelo humano y racional de argumentar sobre ellas y de llegar a las conclusiones más justas y aceptables que sea posible”¹⁷⁷.

La retórica se vale de medios de persuasión lógicos, pero de una lógica mucho menos rigurosa. Estos medios de persuasión son los entimemas, que tienen por premisa mayor aquello que la gente considera que es verdadero. Además de los medios lógicos de persuasión, Aristóteles trata los psicológicos, que son el carácter del orador *ethos*, como lo denominó Aristóteles) y las pasiones del oyente *pathos*.

Como la retórica ya no pretende verdades, sino solo argumentaciones aceptables, las emociones son muy importantes. En la retórica, por tanto, confluyen lo cognoscitivo y lo emotivo. Los medios de persuasión estilísticos también son fundamentales, porque si se quiere ser persuasivo no es solo importante lo que se dice, sino también cómo se dice¹⁷⁸.

Aristóteles, además de legitimar la retórica mostrando que es un arte en el que la razón tiene lugar, también la vincula con las ideas platónicas del Bien, la Verdad y la

¹⁷⁶ Ibid. p. 224.

¹⁷⁷ Ibid. p. 224.

¹⁷⁸ Ibid. p. 227.

Belleza, pues cree que expuestas con la misma calidad retórica las buenas y las malas razones, triunfarán las que sirvan al bien. Sin embargo, si solo las malas razones se exponen de manera persuasiva, es posible que ganen a las buenas.

La retórica estaba muy vinculada a la polis (ciudad-estado), y se ponía en práctica en la política, en los tribunales, y en la asamblea. Era patrimonio de la ciudadanía en la sociedad democrática. La retórica, asimismo, configuraba la identidad colectiva, al emplearse en los discursos que se pronunciaban en las celebraciones de la comunidad¹⁷⁹.

Cuando las *poleis* 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.

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. El carácter romano era demasiado práctico para denostar elementos persuasivos como las emociones o la belleza. Por eso Cicerón desarrolla un ideal humanista¹⁸⁰ 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.

Considero que Cicerón destacó en el dominio de los elementos psicológicos y estilísticos, que tienen un importante papel en este giro de la retórica. Este célebre orador ilustró la importancia de que la persona abogada se emocione y explique que su gran deseo como orador es que su público se emocione igual que él, del mismo modo que lo logran los grandes actores¹⁸¹.

¹⁷⁹ Ibid. p. 229.

¹⁸⁰ Esta cuestión la desarrollo y la apoyo con referencias más adelante.

¹⁸¹ Cicerón dedica unas líneas a describirse a sí mismo como orador, enunciado lo referido en este párrafo.

Cicerón 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. La persona oradora aprenderá escuchando muchos juicios y, sobre todo, a partir de su propio ejercicio profesional como abogada.

El célebre orador resalta la importancia central que tiene el dominio del estilo; tanto en la actuación (la voz y el gesto); como en la escritura. Para ello se ilustró leyendo literatura (“fuente de la perfecta elocuencia”), filosofía (“madre de las frases afortunadas y de las buenas acciones”), así como derecho, historia (“necesaria para emocionar”) y lógica. Además de todo esto, el humor es para Cicerón la guinda del pastel en este ideal retórico.

Quintiliano¹⁸², el gran sucesor de Cicerón, siguiendo de nuevo a López Eire¹⁸³, fue el primer catedrático de retórica pagado con fondos públicos. 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 Isócrates¹⁸⁴, 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. Gorgias¹⁸⁵ 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.

Por tanto, resaltando lo señalado por López Eire, según Quintiliano¹⁸⁶, 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

¹⁸² Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

¹⁸³ LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 237.

¹⁸⁴ Isocrates. (1928). Antidosis. In *Isocrates* (G. Norlin, Trans., Vol. I). Cambridge: Harvard University Press. cfr.

¹⁸⁵ Platón. (1983). *Gorgias*. In *Diálogos* (J. Calonge, Trans.) Madrid: Gredos. § 456 d-e; 457 a; 460 c-e

¹⁸⁶ Esta visión la había sostenido Catón el Mayor.

persuadir, sino el arte de persuadir ejercido por una persona que posee una determinada educación moral e intelectual.

Es decir, ante la pregunta de Vega Reñón¹⁸⁷ ¿qué es una buena argumentación según este punto de vista?, Quintiliano respondería: la argumentación persuasiva realizada por una persona que ha construido un determinado carácter. No hay oratoria sin persona oradora. No hay retórica sin *ethos*.

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 romana¹⁸⁸.

En las fronteras entre la antigüedad y la Edad Media aún no se había perdido esta concepción intelectual y humanista de la retórica. Esto se percibe en el *libro IV de la Doctrina Cristiana* de Agustín de Hipona¹⁸⁹ (tratado sobre retórica), aunque por supuesto con una importante diferencia: el ideal de Agustín de Hipona es el de la persona cristiana. Es decir; el modelo retórico cristiano defiende que solo hay retórica cuando se habla en pro de la concepción cristiana. Donde Quintiliano situaba al ideal de la persona de la época clásica, Agustín de Hipona sitúa al ideal del cristianismo¹⁹⁰. Es decir, Agustín también considera que una persona oradora es algo más que alguien que habla de modo persuasivo, solo que su modelo ético e intelectual se aparta del ideal clásico y acoge el ideal cristiano.

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*¹⁹¹ de Cicerón y del tratado anónimo¹⁹² *la*

¹⁸⁷ Vega, L. (2003). op. cit. cfr.

¹⁸⁸ LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 237.

¹⁸⁹ DeHipona, A. (1958). Sobre la doctrina cristiana. In *Obras de San Agustín*. Madrid: B. A. C.

¹⁹⁰ LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 239.

¹⁹¹ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.

¹⁹² Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.

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.

Pero algo empezó a cambiar en el siglo XV, según relata López Eire¹⁹³, ya que Poggio Florentinus descubrió en un monasterio un manuscrito de las *Instituciones Oratorias*¹⁹⁴ 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*¹⁹⁵ de Cicerón, otra obra con contenido filosófico.

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. En el Renacimiento, sostiene López Eire¹⁹⁶, la retórica brilla en todo su esplendor.

La retórica, dice López Eire, 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 ética¹⁹⁷.

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, la hermenéutica teológica y la estética, bajo la inspiración

¹⁹³ LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 239.

¹⁹⁴ Quintiliano, M. (2001). op. cit.

¹⁹⁵ Cicerón, M. (1951). op. cit.

¹⁹⁶ LópezEire, A. (1998). op. cit. p. 247.

¹⁹⁷ Ibid. p. 247.

de las obras descubiertas de Cicerón y de Quintiliano. Este es el auge renacentista de la retórica.

Sin embargo, el reinado de la retórica estaba llegando a su fin en el siglo XVI. El declive comenzó con algunas críticas recibidas desde la filosofía procedente de la revolución científica. Bacon¹⁹⁸, autor del importante *El avance del saber*, es el primero de la serie de filósofos fuertemente influidos por la ciencia, que arremetió contra la retórica. Bacon, consideró que la retórica estaba invadiendo el dominio fáctico y demostrativo de la ciencia, y que debía replegarse al campo de la ética, regido por convicciones, opiniones y pasiones. Pero como para Bacon las convicciones son acientíficas, y las pasiones son enemigas de la razón, la retórica queda recluida a un lugar cuestionado por el ideal científico del conocimiento.

Descartes¹⁹⁹, en el *Discurso del método*, encontró las únicas certezas de la vida en la aritmética y la geometría y consideró que el arte de la retórica estaba al margen del conocimiento racional, pues en el sistema de Descartes no hay lugar para el conocimiento basado en opiniones probables y verosimilitud.

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 de la ciencia no había sitio para la retórica, que se convirtió en objeto de la máxima desconfianza²⁰⁰.

Locke²⁰¹, en su *Ensayo sobre el conocimiento humano* señaló que no debemos emplear la retórica cuando se desee aportar información, porque la retórica solo es una aplicación artificiosa de palabras, destinada a despertar pasiones y a provocar placer²⁰².

Kant²⁰³ *Crítica del juicio estético* tiene esta misma visión de la retórica. La retórica promete tratar temas serios pero luego solo sirve para entretener. La retórica es el arte de la persuasión, es decir, el arte de lograr el engaño mediante procedimientos de

¹⁹⁸ Bacon, F. (1988). *El avance del saber*. Madrid: Alianza.

¹⁹⁹ Descartes, R. (1987). *Discurso del método*. Madrid: Tecnos.

²⁰⁰ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 249.

²⁰¹ Locke, J. (1994). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, Trans.) México: Gernika.

²⁰² LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 251.

²⁰³ Kant, I. (1961). *Crítica del Juicio*. (J. Rovira, Trans.) Losada.

buena apariencia, robados a la dialéctica y a la digna poesía, a fin de aplicarnos al discurso para cautivar al auditorio antes de que haya sopesado de modo reposado las razones a favor y en contra de la cuestión que se debate²⁰⁴.

En resumen, como señala López Eire, parece que 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 verosímil, y sostiene que es imposible convencer a las demás personas sin pretender tener la Verdad absoluta. Por otra parte, el punto de vista científicista parece dar por sentado que los auditorios “están compuestos por seres absolutamente estúpidos que sucumben al primer embate provocado por un truco estilístico”²⁰⁵.

Sin embargo, dice López Eire, 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 comunidad²⁰⁶.

En el siglo XVIII el antiguo dominio de la retórica es invadido por la lógica, y la retórica, reducida a un compendio de figuras retóricas, se fusiona con la literatura. La retórica ahora hace alusión a las figuras retóricas o literarias, concebidas como ornamentación verbal. 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 resultado²⁰⁷.

En el siglo XX²⁰⁸, ya muy cerca de nuestros días, renace el interés por la retórica de la mano de la pragmática. La filosofía del lenguaje, presidida por nombres como el de Austin²⁰⁹ y el de Searle²¹⁰, dirige su atención hacia la dimensión pragmática del lenguaje (una tercera dimensión que se suma a la semántica y a la sintáctica), que es la

²⁰⁴ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 253.

²⁰⁵ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 254.

²⁰⁶ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 255.

²⁰⁷ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 256.

²⁰⁸ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 263.

²⁰⁹ Austin, J. (2008). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.

²¹⁰ Searle, J. (2001). *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra.

que se fija en las oraciones como actos que se producen por hablantes y que se dirigen a fines comunicativos. La retórica deja de verse como algo relegado a la literatura.

La filosofía a través de su escuela analítica, continúa explicando López Eire, opta por poner fin a las hostilidades con la retórica y se acerca a su antigua enemiga la retórica, descubriéndola como un discurso de razón comunicativa con el que se trata de influir en los conocimientos, acciones y emociones de los demás, con el propósito de persuadirles. Y es un tipo de discurso que se produce en muchas disciplinas, como la política, la pedagogía, la literatura y el derecho²¹¹.

Junto con la pragmática, la otra gran corriente filosófica del siglo XX que se acerca a la retórica es la hermenéutica (cuya figura más insigne es Gadamer²¹²). Ambas toman conciencia, como indica López Eire²¹³, de que cuando hablamos a otras personas necesitamos conocer la lengua que hablan, y que también tenemos que conocer el mundo que es patrimonio común de ambas partes y que atesoramos en forma de palabras con significados culturales. Ambas constatan también que la persona de la oradora o del orador condicionará el modo en que se entenderá lo que digo, del mismo modo que influirá sobre la comprensión la identidad de aquellas personas a las que me dirijo, así como los gestos, lo no lingüístico, la situación y el contexto.

El debate sobre la legitimidad moral de la retórica

En *The Art of Persuasion in Greece*, Kennedy²¹⁴ 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

²¹¹ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 266.

²¹² Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme.

²¹³ LópezEire, A. (1998). op. cit.p. 266.

²¹⁴ Kennedy, G. (1963). *The Art of Persuasion in Greece*. Nueva Jersey: Princeton University Press. p. 23 y ss.

como la compasión o el miedo, y esa apelación a las emociones ocupa muchísimas páginas de la retórica clásica.

Yo 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 retórico.

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 almacén filosófico que les da sentido. Aunque se ha de admitir que es muy fácil olvidar tal almacén intelectual y quedarse solo con las técnicas. Así, Quintiliano, el gran defensor de ese almacén 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 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.²¹⁵ 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.

La más célebre crítica que se ha dirigido contra la retórica fue la expuesta por el filósofo Platón²¹⁶ en su diálogo *Gorgias*²¹⁷, protagonizado por Sócrates y que se llamó

²¹⁵ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca. 2-17-21.

²¹⁶ 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

así por tener como más popular antagonista de Sócrates al orador homónimo. Conviene que estudiemos los puntos más interesantes de esta crítica.

Una de las ideas centrales que Platón expone en la referida obra es que existen dos clases de persuasión: una que se basa en el conocimiento científico y otra que se basa en meras creencias, que no son verdadero conocimiento. La retórica, según Platón, expone simples creencias y por eso no es fiable²¹⁸.

Otra idea importante es que la retórica no es compatible con la ética. En el diálogo, el sofista Gorgias sostiene que la persona oradora debe tener un conocimiento profundo sobre justicia y ética²¹⁹; pero para Sócrates (que representa las ideas de Platón) la retórica consiste en adulación, es decir, en engañar mediante las pasiones y el deleite.

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.

Platón temía que la juventud se viese tentada por el brillo de las apariencias, por el atractivo del fácil triunfo mundano, que desviaría a quienes tal vez podrían desempeñar una misión filosófica. Platón contraponen la frivolidad sofística, al afán socrático por la verdad y la moral que le llevaron a la muerte. Para Platón la retórica es una vulgar habilidad práctica, y su repugnancia no deriva solo del mal uso que se hace de ella, sino de que además quita su lugar a la filosofía. Sin embargo, matiza Tovar, con los años Platón fue moderando su animadversión a la retórica, 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. Para Platón la palabra “filosofía” no podía profanarse en la superficialidad y con el reducido horizonte del triunfo en la vida social. Isócrates, más tarde, en el *Elogio a Helena* atacaría a los que creen que existe una ciencia de la virtud y que ésta es enseñable, aludiendo al *Menón* de Platón.

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.

²¹⁷ Platón. (1983). op. cit.

²¹⁸ Ibid. La retórica se basa en la mera creencia (y no en el auténtico conocimiento: § 454 d-e; 455 a; la retórica solo convence a la gente ignorante (a diferencia de la ciencia): § 459 b-c

²¹⁹ Ibid. § 456 d-e; 457 a; 460 c-e

La adulación persigue solo el placer y no la ética, y opera mediante colores y vestidos, mediante falsas apariencias, siendo inherentemente irracional²²⁰.

La retórica no solo es incompatible con la ética porque opere por medio de emociones y de estética, sino que además es incompatible porque no se puede caer bien al auditorio si se le dice la verdad. Para triunfar ante la sociedad hay que tratar a la ciudadanía como si fuese infantil²²¹.

En opinión de Platón, una persona honrada no puede ser rica ni poderosa en una sociedad gobernada por personas incultas y corruptas. La gente que manda no quiere que triunfe nadie con más cualidades que las propias, de modo que las personas honestas despiertan el recelo de la gente poderosa; las personas que mandan tampoco apreciarán a alguien con menos cualidades. La única manera de caer bien al poder en ese tipo de sociedad es acostumbrarse desde la adolescencia a ser lo más semejante que se pueda a las personas que mandan, esto granjeará poder y dinero, pero corromperá el alma. Probablemente esa persona joven tendrá una vida cómoda y larga, pero pagará por ello un alto precio. Platón considera que, para triunfar en retórica se debe ser semejante a las personas que te escuchan, porque todas las personas se alegran cuando se dice lo que ellas piensan y se irritan si se les dice lo contrario. Eso no es nada halagüeño en una sociedad moralmente corrupta²²².

Una tercera idea relevante que se expresa en el *Gorgias* es la de que cabría imaginar una retórica ideal distinta de la retórica real, que sería aquella que se preocupase solo por la justicia, sin perseguir agradar a nadie y sin añadir intereses personales de la persona oradora²²³. Pero Platón considera que ese tipo de oratoria no ha existido nunca²²⁴.

Como he mencionado antes, en este diálogo de Platón, Gorgias cree en el ideal retórico propio de la época clásica, de acuerdo con el cual, la persona oradora no solo intenta ser persuasiva sino, además, ser justa. El modelo retórico de Gorgias no tiene como metas principales al poder y al dinero, y ni siquiera a la victoria. Las palabras de

²²⁰ Ibid. § 463 b; 465 b

²²¹ Ibid. § 502 e

²²² Ibid. § 510 b-e

²²³ Ibid. § 503 a-b

²²⁴ Ibid. § 510 b-e

Gorgias al hablar de la retórica destilan pasión, pues en efecto, la retórica clásica es una forma de vida llena de dignidad.

Platón se muestra muy escéptico con la posibilidad de que pueda existir una retórica justa, seguramente porque la noción de justicia que sostiene es muy altiva. El ideal ético que expresa a través de Sócrates no aspira al debate con el resto de personas, sino que su verdadera finalidad es educar a la sociedad²²⁵ para que todo el mundo piense como Sócrates. Para Platón solo una retórica pedagógica y paternalista podría ser justa. El ideal discursivo socrático es, paradójicamente, muy manipulador, pues desconfía de la libertad del auditorio, al cual percibe como controlado por las pasiones que es necesario domeñar. La crítica platónica a la retórica encubre también una crítica a la democracia, pues desconfía profundamente de la racionalidad popular y de su capacidad de decidir moralmente sin una guía intelectual.

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 mayúsculas²²⁶. 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 Platón²²⁷.

Aristóteles²²⁸, discípulo de Platón, quiso combatir también a la vertiente más frívola de la retórica, pero consideró que no toda la 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

²²⁵ Ibid. § 502 e

²²⁶ Ibid. § 454 d-e

²²⁷ Ibid. § 448 c

²²⁸ 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 agradar 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.

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, 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 fáctica²²⁹.

La persuasión de la retórica debe lograrse mediante la demostración, mediante la solidez probatoria y argumentativa. 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 la dialéctica, que saben distinguir los mejores argumentos, quienes serán también mejores en retórica. Así, la lógica se refiere a los silogismos y la retórica a los argumentos retóricos, y el saber dialéctico los estudia a ambos.

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 complejas²³⁰.

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, donde la recopilación de lugares comunes se vuelve central

²²⁹ Aristóteles. *Retórica*. op. cit. § 1354 b

²³⁰ Ibid. §1355 b

para su consolidación como disciplina seria. En las fronteras de este arte quedan el carácter de la persona oradora y las pasiones, fuente de la manipulación, a las que no se excluye pero sí se trata con cautela. Para Aristóteles, la retórica se ocupa, ante todo de los lugares comunes (tópicos), y es una disciplina paralela a la dialéctica.

A diferencia de Platón y de Aristóteles, Cicerón valorará positivamente todas las aportaciones de la retórica clásica, incluyendo a la sofística; por tanto, adopta una perspectiva más amplia de la retórica, cuya legitimidad no procede de su semejanza con el silogismo. Cicerón ostenta una visión claramente optimista con respecto a la retórica, a la que considera madre de la paz y del derecho, y atributo de la dignidad humana, capaz de igualar a las personas.

Cicerón sostiene, al comienzo de su obra *La invención retórica*²³¹: “es evidente que sólo un discurso grave y elegante puedo convencer a los hombres dotados de gran fuerza física para que, sometiéndose 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”²³².

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 fue buena estrategia, según Cicerón, sino que debemos ser elocuentes para arrebatar el poder de las manos de las personas corruptas. La retórica que reclama Cicerón va acompañada por la sabiduría que se despliega en la totalidad de la actividad humana y que es 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

²³¹ Cicerón, M. (1997). op. cit.

²³² Ibid. p. 88.

animales, los superan especialmente por la capacidad de hablar”²³³. La retórica es, según Cicerón, un elemento definitorio de la actividad política.²³⁴

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”.

Este ideal ciceroniano será recogido por Quintiliano y por el humanismo, y puede resumirse como señala Isidoro de Sevilla. El autor hispano dice, en sus *Etimologías*²³⁵, que “la retórica es la ciencia del bien decir en los asuntos civiles para persuadir lo bueno y lo justo”.²³⁶

Dice también que el perfeccionamiento de la disciplina es lo que hace que una persona pueda llamarse a sí misma oradora. Isidoro de Sevilla recoge la célebre frase romana que resume la doctrina de la retórica de la virtud, representada por Cicerón y Quintiliano: “el orador es hombre bueno, perito en el decir”²³⁷. “Vir bonus” implica que el orador ha de ser una buena persona, que se conducirá de modo ético, y educado (en el sentido de bondadoso, pero también de ilustrado y cultivado) de acuerdo con un modelo

²³³Ibid. p. 91.

²³⁴ Ibid. p. 93.

²³⁵ DeSevilla, I. (1951). op. cit.

²³⁶ Ibid. p. 46. Isidoro de Sevilla también explica que la palabra “retórica” viene del griego y significa literalmente “abundancia de palabras”.

²³⁷ El orador es “vir bonus dicendi peritus” (hombre de bien y perito en el decir).

virtuoso de actuación susceptible en gran medida de ser aprendido. “Dicendi peritus” hace alusión a la parte técnica de la retórica, es decir, a las reglas específicas para hablar bien que pueden enseñarse²³⁸²³⁹.

El Aristóteles de la Poética

En los epígrafes anteriores he explicado que Aristóteles vincula a la disciplina retórica más a la lógica que al arte²⁴⁰, 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*²⁴¹, 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 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 “exteriores”.

²³⁸ Ibid. p. 46.

²³⁹ La influencia cironiana se encuentra en Agustín de Hipona, como podemos observar en el tratado de retórica contenido en la *Doctrina cristiana*, pues este autor considera que es posible desarrollar la retórica en el seno de un ideal de vida cristiano. No obstante en Agustín de Hipona también encontramos rasgos de la reserva platónica ante la retórica vista como arte de la manipulación, y también rasgos de la defensa aristotélica del papel instrumental de la retórica al servicio del bien. En las *Confesiones* su influencia platónica es mucho mayor, pues afirma que tuvo serias dudas en torno a la legitimidad moral de la retórica, que le condujeron a abandonar la docencia de la disciplina. Explica que las palabras son como los platos preciosos en los que se pueden servir tanto los alimentos sanos como los perniciosos. Tras su conversión al cristianismo, cuenta Agustín de Hipona que abandonó la docencia de la retórica porque quería “dejar el mercado de charlatanes” y explica que se sentía “como un proveedor de armas para una guerra insensata”. Dice que quienes estudiaban retórica no estudiaban la doctrina cristiana, sino triquiñuelas de abogacía. Explica que a partir de ese momento usó la retórica para defender su fe y no puso su saber en venta. Agustín de Hipona nos recuerda al diálogo platónico *Gorgias* cuando asegura que a las personas aman solo la verdad cuando les ayuda a triunfar, pero no quieren escucharla cuando no les beneficia personalmente. DeHipona, A. (2003). *Confesiones*. Madrid: Ciudad Nueva. cfr. DeHipona, A. (1958). op. cit. p. 8. Platón. (1983). op. cit.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Aristóteles (1999). op. cit. cfr.

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*²⁴² 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”, del “pathos” 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 literaria²⁴³. Si leemos con minucia ambas obras encontramos que tanto la retórica como la poética tienen múltiples elementos comunes²⁴⁴: ambas conceden un papel muy significativo a la metáfora, a las pasiones, al

²⁴² Perelman (1979). op. cit. cfr.

²⁴³ 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.

²⁴⁴ En *la Retórica* Aristóteles señala que la metáfora es el principal artifice 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 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. Pero la búsqueda del beneplácito del espectador no es el único fin en ninguna de las dos disciplinas: en la poética hay un concepto de belleza elevada que está por encima del gusto del público por los finales felices y de la gente vulgar por

papel del auditorio o las personas espectadoras, y al placer estético. También vemos que, aunque ambas persiguen convencer y agradar, respectivamente, como fines intermedios, ambas tienen como fines últimos la verdad y el bien.

Samaranch²⁴⁵ 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.

las comedias; en la retórica Aristóteles no pretende solo que el orador parezca “virtuoso, prudente y benévolo” sino que además debe serlo, porque solo con esas virtudes puede lograrse evitar los errores que conducen a la pérdida del crédito del auditorio. 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. Los argumentos retóricos son demostraciones a las que habremos de prestar crédito cuando sean adecuadas. Los dialécticos, como conocedores de la lógica, son los que mejor sabrán distinguir una buena argumentación retórica. La retórica es útil porque la verdad y la justicia son por naturaleza más fuertes que sus contrarios. Mientras que el sofista arguye buscando persuadir, el dialéctico es el mejor retórico a causa de sus conocimientos. 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.)

²⁴⁵ Samaranch, F. (1967). Nota previa a *La poética*. In Aristóteles, *Obras* (pp. 73-76). Madrid: Aguilar. cfr.

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.

Cicerón²⁴⁶ 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.

Barilli²⁴⁷ 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 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 estética²⁴⁸.

²⁴⁶ Cicerón, M. (2004). op. cit.

²⁴⁷ Barilli, R. (1993). *A Course on Aesthetics*. (K. Pinkus, Trans.) Minneapolis: University of Minnesota Press. p. 4 y ss.

²⁴⁸ 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.

El humanismo retórico

Beltrán²⁴⁹ explica que hoy, de la mano de la hermenéutica gadameriana, se está recuperando el ideal retórico de la época clásica. La retórica es el epicentro del espíritu humanista, que construye un ideal de vida en torno a la construcción de un carácter ético (desarrollo del *ethos*).

En el ideal clásico, vinculado al ejercicio activo de la ciudadanía, la retórica estaba intrínsecamente unida a la praxis jurídica (a lo largo del presente trabajo quedará patente dicha vinculación). Dicho ideal fue recuperado en el primer renacimiento florentino (anterior a Galileo, Descartes y la noción de verdad científica que eclosionó en la Ilustración), dando lugar al humanismo filosófico.

Como explica Salvador Núñez, en el renacimiento comienza lentamente a perder influencia la retórica clásica. La teoría de la argumentación es absorbida por la lógica, y en el barroco la retórica queda reducida a la elocución, la teoría del estilo, que es absorbida por 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) se desvincula incluso del mundo de lo racional y es apartada hacia una idea de superficialidad y ornato²⁵⁰.

Otros autores describen este tránsito histórico. Como refieren Douzinas y Nead²⁵¹ y también Peter Goodrich²⁵², tras la reforma religiosa, la retórica se subordinó a la lógica y la lógica se elevó a la categoría del método por excelencia de una

²⁴⁹ 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.

²⁵⁰ Núñez, S. (1997). Introducción. En Anónimo, *Retórica a Herenio* (págs. 8-45). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos. cfr.

²⁵¹ 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.

²⁵² 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.

concepción cada vez más científica del derecho²⁵³. Así, se abandonó una noción retórica del derecho que provenía de la época clásica, en la que la práctica del derecho era materia de las personas oradoras y 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 y la bella palabra.

Pero el humanismo retórico no desapareció para siempre del derecho, como quiera que la retórica clásica va y viene. En los EEUU anteriores a la Guerra Civil, como narra Brook Thomas²⁵⁴, 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 de las letras. Tras la guerra civil estadounidense el humanismo desapareció en 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.

Tras la guerra civil estadounidense comenzó 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.

En aquellos tiempos, continúa narrando Thomas, comenzó el tecnicismo frío de la teoría del derecho actual. Había concluido el reinado estético en el derecho; y el

²⁵³ 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.

²⁵⁴ Thomas, B. (1987). *Cross-examinations of law and literature*. New York: Cambridge University Press. p. 4 y ss.

individualismo y la practicidad eran 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 proceso²⁵⁵.

Pero, como constata James Boyd²⁵⁶, hoy se percibe en Estados Unidos un renacimiento del interés del ámbito jurídico por la estética y por los valores humanistas, (en mi opinión, tal vez como reacción a la alienación producida por el exceso de tecnificación). 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 forense²⁵⁷. La praxis jurídica no puede ignorar las necesidades imperiosas de una sociedad que demanda justicia.

²⁵⁵ Ibid. p 15.

²⁵⁶ Boyd (1985). op. cit. p. 27 y ss.

²⁵⁷ Ibid. p 28.

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 de 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 científicos²⁵⁸.

El derecho, por tanto, es 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 comunidad²⁵⁹.

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

²⁵⁸ Ibid. p 32.

²⁵⁹ Ibid. p 34.

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 jurídica²⁶⁰.

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 política²⁶¹.

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 valiente²⁶².

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 específicos²⁶³. La persona abogada, en su trabajo, puede tener muchas motivaciones y no solo las más obvias 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 profesional²⁶⁴.

Eisele²⁶⁵, 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.

²⁶⁰ Ibid. p 36.

²⁶¹ Ibid. p 41.

²⁶² Ibid. p 44.

²⁶³ Ibid. p 52.

²⁶⁴ Ibid. p 54.

²⁶⁵ Eisele (1992). op. cit. p. 201 y ss.

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 pensar el derecho como actividad lingüística y artística, como una actividad ínsita en una cultura²⁶⁶.

²⁶⁶ Ibid. p 202.

5. LA ÉTICA DE LA VIRTUD

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 MacIntyre²⁶⁷ denomina “el gerente”. Se trata, como digo, de un personaje clave porque a través del mismo se plasman en el mundo social los valores morales²⁶⁸ de nuestro tiempo. El gerente considera que es ilusoria la distinción

²⁶⁷ MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. Barcelona: Austral. p. 56 y ss.

²⁶⁸ 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 la palabra “moral”; así, señala que desciende etimológicamente de “moralis”, que en griego sería “eithikós”, y que significa “perteneciente al carácter”. Por carácter entendemos las disposiciones que nos conducen a actuar de una forma y no de otra. A partir del siglo XVI la palabra comenzó a volverse polisémica, aludiendo al comportamiento prudente, e incluso al comportamiento acorde con la ley, o con la religión. MacIntyre finaliza su aclaración señalando que en el siglo XVII la palabra alcanzó su sentido más estricto, aludiendo a los imperativos que rigen la conducta sexual desde la óptica de las grandes religiones monoteístas. Frente a la carga religiosa del término “moral”, autores como Stuart Mill o, más recientemente, Hart defendieron que tiene que existir un reino de la moral privada que debía quedar libre de la injerencia estatal. Ambos, desde una tradición liberal, trataron de evitar que una concepción religiosa de la moral invadiese la esfera del derecho, ya que el ámbito de la religión debe estar gobernado, según el liberalismo político, por la elección personal y no por la imposición pública. Sin duda, esta visión de la moral, concebida como manifestación de una emoción personal como es la fe, influyó sobre la tesis de la necesaria separación entre el derecho y la moral que adoptaron los positivistas Kelsen y Hart. Frente a la concepción de la moral como sinónimo de emoción subjetiva, en el extremo opuesto encontramos la concepción kantiana de la moral como conciencia crítica, como capacidad del sujeto de darse sus propias leyes de forma autónoma y racional. Según este punto de vista, el ámbito de la moral aludiría a la ética, es decir, al uso práctico de la razón, en consonancia con las temáticas expuestas en la célebre *Crítica de la Razón Práctica* de Kant. En el presente trabajo hablo de moral, de ética o de razón práctica indistintamente. Como se verá, retomo la concepción primigenia de “moral” como perteneciente al carácter, que es más inclusiva que las demás. MacIntyre, A. (2013). *Tras la virtud*. op. cit. cfr. StuartMill, J. (2008). *Sobre la libertad*. (C. Rodríguez, Trans.) Madrid: Tecnos. cfr.

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 de objetividad moral²⁶⁹.

Hart, H. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press. cfr. Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe. cfr. Kelsen, H. (2006). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel. cfr.

²⁶⁹ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 56 y ss.

Perelman²⁷⁰ 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 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 vacías²⁷¹.

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*²⁷², 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 la concepción positivista del derecho que lo

²⁷⁰ Perelman, C. (1979). op. cit. p. 149.

²⁷¹ Ibid. p. 150.

²⁷² Kuhn, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica. cfr.

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 una persona juzgadora puede 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.

Perelman²⁷³ 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 jurídico²⁷⁴. Esta es la tesis de una parte significativa de la teoría del derecho (con Llewellyn²⁷⁵ o Dworkin²⁷⁶ 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, Esser²⁷⁷ 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,

²⁷³ Perelman, C. (1979). op. cit. 103.

²⁷⁴ Ibid. p. 110.

²⁷⁵ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. Barcelona: Bosh. cfr.

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Barcelona: Bosch. cfr.

histórica y teleológica; sino que se orienta por sus nociones de justicia atendiendo a la naturaleza del problema. Esto es imprescindible en el 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, 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 descansen en el arbitrio de la subjetividad judicial, pues la ética jurídica es intersubjetiva.

El proceder judicial denota que este 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 Perelman²⁷⁸, 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.

Cierto 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 Sunstein²⁷⁹ 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

²⁷⁸ Perelman, C. (1979). op. cit. p. 116.

²⁷⁹ Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: OUP. p. 37 y ss.

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 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 produzca 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 Reñón²⁸⁰ 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

²⁸⁰ Vega, L. (2003). op. cit. cfr.

dejar a la teorización en manos de la esfera parlamentaria y desproveer al derecho 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 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 Tovar²⁸¹, 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 jurídico²⁸².

²⁸¹ Nava, A. (2015). op. cit. p. 26.

²⁸² Summers analizó, a partir de múltiples sentencias de los Estados Unidos, las razones con las que la judicatura justifica sus sentencias. Summers y Hillman sintetizan las tesis de Summers explicando que hay tres tipos de razones: autoritativas, sustantivas e institucionales. Las autoritativas apelan a autoridades reconocidas, incluyendo las Constituciones, las leyes, las sentencias y los reglamentos administrativos. También son razones autoritativas las apelaciones a jurisdicciones no vinculantes pero persuasivas, como sentencias de tribunales extranjeros y doctrina jurídica.

La fuerza justificativa de las razones autoritativas deriva, según este estudio, de los valores derivados de la estabilidad del derecho, tales como la certeza de su contenido, la predictibilidad, la igualdad ante la ley, etc. La razón autoritativa también puede servir a valores sustantivos relevantes del ordenamiento jurídico. Las razones sustantivas, por su parte, no suponen apelaciones a la autoridad. Estas razones consisten en consideraciones morales, económicas, políticas o de otro carácter social. Contra lo que sostienen las

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 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 bien²⁸³.

*El relativismo moral*²⁸⁴

Por consiguiente, nos preguntamos: ¿es posible alcanzar un acuerdo sobre lo razonable a pesar de nuestras distintas visiones del mundo? Las tesis relativistas, 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.

Una postura relativista común es la del emotivismo²⁸⁵, cuyo más importante defensor fue Stevenson²⁸⁶ y que sostuvo que las afirmaciones valorativas, en realidad lo

filosofías positivistas que mantienen que las razones jurídicas apelan siempre a una autoridad vinculante precedente; de hecho la judicatura frecuentemente da razones sustantivas para apoyar sus decisiones. Las razones autoritativas y las sustantivas se presentan de modo conjunto. Un ejemplo de razones sustantivas finalistas es el siguiente “si las acciones por incumplimiento de promesa pudiesen hacerse valer con facilidad, los médicos sentirían temor de practicar medicina preventiva”. La fuerza de la justificación deriva de los efectos positivos para la salud que tendría la decisión que se apoya. Otro tipo de razones sustantivas son las de corrección, como la siguiente: “la responsabilidad potencial de una parte contratante debería ser proporcionada en relación con las expectativas de ganancias de esa parte”.

Otro tipo de razón son las institucionales, con ejemplos tales como “dado que el tribunal no podría supervisar la implementación de lo que decreta sin un gasto indebido de recursos, una orden para una ejecución específica de un contrato debe ser denegada” o “dadas las dificultades de la medición, los daños por incumplimiento de contrato no deben incluir el dolor y el sufrimiento”. Summers, R. (1978). Two Types of Substantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification. *Cornell Law Review*. cfr. Summers, R., & Hillman, R. (2001). *Contract and Related Obligation. Theory, Doctrine and Practice*. St. Paul: West Group. Appendix A Summers. cfr. (Summers R., 1978)

²⁸³ Atienza (2013). op. cit. p. 352.

²⁸⁴ 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”.

²⁸⁵ El emotivismo surgió como reacción al intuicionismo moral, que es una corriente, representada por Moore que sostiene que existen intuiciones morales que no son captadas por los cinco sentidos sino por otra facultad que es como un sexto sentido y nos muestra de modo evidente qué es lo bueno y qué es lo malo. Keynes criticó la tesis intuicionista de Moore señalando que los intuicionistas creen de sí mismos que están identificando la presencia de una propiedad no natural, a la que llaman “lo bueno”; pero que en realidad no existe esa propiedad y que, por tanto, lo que hacen es expresar sus sentimientos y actitudes, revistiéndolos de una presunta objetividad. Keynes señaló que las personas seguidoras del intuicionismo hablaban como si sus desacuerdos morales pudieran resolverse apelando a criterios objetivos e impersonales. Lo que en realidad ocurría es que vencía el argumento más elocuente. Esta crítica de

que pretenden es expresar los deseos subjetivos de la persona que las realiza y animar a otras personas a compartir ese deseo. Por tanto, “esto es bueno”, significa para el emotivismo “yo apruebo esto, hazlo tú también”. El emotivismo sostiene que cuando se habla de moral apelando a la razón y a la universalidad, en realidad solo se está enmascarando, tras un manto de objetividad, la expresión de los propios deseos.

Como señala MacIntyre, el emotivismo mantiene que cada intento de proveer justificación racional a la moral y cada afirmación de que existe una moral objetiva no son más que una mascarada. Sin embargo, critica este autor, el emotivismo no repara en que decir “desapruebo esto; desaprúebalo tú también” no tiene el mismo prestigio que decir “esto es malo”. Si lo segundo tiene más poder es porque apela a una norma impersonal y objetiva.

La posición emotivista de Stevenson es una forma de relativismo moral, porque si su tesis fuese cierta, todo desacuerdo moral sería interminable y toda posición moral valdría lo mismo. Según este punto de vista el punto final de la justificación es siempre una elección que no puede justificarse, pues es una elección que no está guiada por criterios racionales.

Las tesis relativistas son una constante filosófica que podemos encontrar, por ejemplo, en Nietzsche²⁸⁷, que sostuvo, como es sabido, que los juicios morales presuntamente objetivos son una máscara de la voluntad de poder de las personas débiles para afirmarse a sí mismas frente a las personas fuertes.

Kierkegaard²⁸⁸ también sostuvo una tesis relativista, al afirmar que conducirse de modo ético en el día a día radica, en última instancia, en la elección de ese modo de vida. Dicha elección permanece más allá de la razón. La elección es la razón que nos conduce a adoptar el modo de vida ético; pero una vez elegido se vuelve obligatorio para quienes lo eligen.

Keynes coincide con la crítica de Stevenson al intuicionismo. Moore, G. (2002). *Principia Ethica*. Barcelona: Crítica. p. 40. Lo relativo a Keynes: Apud. Rosenbaum, S. (1975). *The Bloomsbury Group*. Toronto: University of Toronto Press . p. 52.

²⁸⁶ Stevenson, C. (1984). *Ética y Lenguaje*. (E. Rabossi, Trans.) Barcelona: Paidós. p. 21.

²⁸⁷ Nietzsche, F. (1994). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial.

²⁸⁸ Kierkegaard, S. (2007). *Estética y Ética. En la formación de la personalidad*. Sevilla: Espuela de Plata.

Lo cierto es que el relativismo moral está profundamente incorporado a nuestra cultura. Como sostiene MacIntyre²⁸⁹, para evidenciar la presencia del relativismo en la sociedad, hoy hablamos como si este fuese verdadero. Afirmamos, por ejemplo, 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.

*La ética transcendental*²⁹⁰

Frente a la tesis relativista, Kant²⁹¹ 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, pues estos permiten que las personas racionales las sometan a su propio juicio.

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 MacIntyre²⁹², esta ha sido la esencia de la ética para la filosofía kantiana y para la filosofía analítica. Ser un agente moral consiste en salirse de todas las situaciones de las

²⁸⁹ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 19 y ss.

²⁹⁰ Reitero lo señalado en la nota del epígrafe anterior. No pretendo hacer un análisis exhaustivo del pensamiento kantiano, sino únicamente señalar los déficits que han encontrado en la ética kantiana dos célebres autores adscritos a la "ética de la virtud", pues este es el paradigma ético defendido en el presente trabajo. Los autores seguidos aquí son MacIntyre y Nussbaum.

²⁹¹ Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe. cfr.

²⁹² MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 19 y ss.

que el yo forma parte, de todas las características que cada persona posea, 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. Por tanto, critica MacIntyre²⁹³, las soluciones racionales serán tan universales como las reglas de la aritmética, y 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.

Kant considera que la moral racional no puede encontrar fundamento en nuestros deseos y sentimientos, ya que estos son demasiado cambiantes y solo nos dan instrucciones para actuar persiguiendo un resultado concreto, pero no nos permiten actuar incondicionalmente. Una moral racional debe ser categórica, es decir, obligatoria independientemente de cuáles sean nuestros deseos y preferencias. Además la moral es interna, porque si fuese impuesta desde fuera (por ejemplo, por Dios), su fuente no sería racional, y lo que buscamos es precisamente una moral racional.

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.

La pregunta que se hace el imperativo categórico apela a la universalidad de la moral ¿querríamos que todo el mundo actuase siempre de acuerdo a la pauta moral que defiende?, vemos que el enunciado “cumple tus promesas” pasaría este test; pero que,

²⁹³ Ibid. p. 19 y ss.

sin embargo, “cumple las promesas solo si te convienen” no lo pasa. Sin embargo, como señala MacIntyre²⁹⁴, el test no es infalible, pues sería compatible con un enunciado como “persigue a aquellos que mantienen falsas creencias religiosas” o con otros como “cumple todas las promesas de tu vida excepto una” o con “come siempre mejillones los lunes de marzo”.

Pero es obvio que Kant no limitaba su concepción de la racionalidad a la exigencia de universalidad, y por eso añadió otra formulación del imperativo categórico con un contenido moral muy distinto: “actúa siempre de modo que la humanidad sea para ti, en tu propia persona y en la de los demás, un fin en sí mismo y no un medio”²⁹⁵. Esta formulación muestra que el objetivo de la ética kantiana es proteger la dignidad humana, que en Kant, consiste en la capacidad de usar críticamente la razón, no solo para cuestiones científicas, sino también para cuestiones morales.

Nussbaum²⁹⁶ ha criticado esta visión kantiana de la racionalidad, que se concibe como algo idealizado y contrapuesto a la animalidad y también a las emociones. La racionalidad kantiana consiste en la capacidad de realizar juicios morales. El agente kantiano reflexiona de manera solitaria, es adulto, con una determinada capacidad intelectual, y no posee necesidades corporales, ni necesita asistencia para desenvolverse. 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, Kant considera que todos los juicios morales no son equivalentes, sino que son mejores 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, con razón, de enmascarar sus propias nociones éticas heredadas tras un manto de imparcialidad y objetividad.

El utilitarismo

²⁹⁴ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 19 y ss.

²⁹⁵ Apud. MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 20.

²⁹⁶ Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona : Paidós. cfr.

El utilitarismo comenzó buscando una moral objetiva. Así, para el utilitarismo de Bentham²⁹⁷ la moral racional consiste en el logro del placer y de la ausencia de dolor para el mayor número de personas. Por tanto deberíamos realizar las acciones que conduzcan a más placer y menos dolor para el mayor número.

Stuart Mill²⁹⁸, sin embargo, reparó en el obstáculo principal de la filosofía de Bentham: ¿qué placer, qué felicidad debe guiarme?, 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.

Sidgwick²⁹⁹, otro célebre utilitarista, concluyó que las creencias morales básicas sobre la felicidad son irreductiblemente heterogéneas y que en las bases de la moral hay creencias de las cuales no puede darse más razón que ellas mismas.

MacIntyre³⁰⁰ 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 Perelman³⁰¹, 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

²⁹⁷ Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires : Claridad. cfr.

²⁹⁸ Stuart Mill, J. (2008). *Sobre la libertad*. (C. Rodríguez, Trans.) Madrid: Tecnos. cfr.

²⁹⁹ Sidgwick, H. (1981). *The Methods of Ethics*. Indianapolis: Hackett. cfr.

³⁰⁰ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 50 y ss.

³⁰¹ Perelman, C. (1979). op. cit. p. 146.

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.

La filosofía analítica. Entre el utilitarismo y la ética transcendental

Junto con la filosofía kantiana y el utilitarismo de Bentham, una tercera corriente filosófica que intenta alcanzar una moral racional es la filosofía analítica. Al igual que Kant, la filosofía analítica intenta demostrar que la razón puede hablar por sí misma. Como sostiene MacIntyre³⁰²: la filosofía analítica quiere llegar a soluciones morales de modo solitario, pero pretende demostrar a todo el mundo que tiene razón.

Sin embargo, una y otra vez, la filosofía analítica acaba chocando contra límites que la hacen desembocar en el relativismo moral. Como veremos la filosofía analítica acaba remitiendo, en última instancia, a la elección personal arbitraria como fundamento de la moral.

Wittgenstein³⁰³ sostiene que hay muchos tipos de juegos del lenguaje, como por ejemplo, formular órdenes, describir un objeto, dibujar a partir de una descripción, relatar un suceso, plantear una hipótesis, representar, representar teatro, resolver un problema de cálculo aplicado, cantar al corro... Cada juego del lenguaje tiene sus propias reglas regidas por costumbres sociales, que determinan que es lo correcto y lo incorrecto en ese ámbito en cuestión. Cuando nos movemos dentro de un juego del lenguaje podemos hablar sobre lo racional y lo irracional.

Las reglas forman representaciones del mundo que están más allá de lo justificado y no son ni correctas ni falsas. La tesis de Wittgenstein vendría a decir que es

³⁰² MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 94.

³⁰³ Wittgenstein, L. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica. cfr.

posible razonar hasta cierto punto, pero que llega un momento, ya estemos en un debate científico, moral o jurídico, en el que llegamos a representaciones del mundo contrapuestas, a sistemas de valores que no son commensurables entre sí. Llegados a ese punto, el debate es irresoluble.

Hare^{304 305} es un autor analítico que llega a esta misma conclusión relativista de Wittgenstein. El autor nos propone que nos imaginemos que una persona nos miente y le espetamos que ha estado muy mal que nos dijera algo que sabía falso. Lo relevante es que, tras la afirmación aparentemente injustificada de “eso es malo” se esconde una regla “mentir es malo” que alude a las propiedades que nos hicieron identificar a ese hecho particular como malo. La regla es lo que determina qué se debe y qué no se debe hacer. Lo característico de una regla (como “mentir es malo”) es que son universales, es decir, que estamos dispuestas y dispuestos a aplicarlas en cualquier situación semejante.

Yo solo le puedo exigir a las demás personas lo que yo, según mis convicciones morales, consideraría aceptable en su situación. El carácter universal de las reglas implica la capacidad de representarnos imaginariamente la situación de las demás personas, pues solo así podremos analizar si la regla puede lógicamente ser trasladada a su caso.

La tesis de Hare plantea, por tanto, que los enunciados morales no son mera expresión de emociones, sino que aluden a reglas generales caracterizadas por la universalización y la asunción responsable de las consecuencias lógicas de las acciones. Es decir, la moral, según Hare, implica el ejercicio de la razón.

³⁰⁴ Hare, R. (1972). *The Language of Morals*. Oxford: Oxford University Press. cfr.

³⁰⁵ Hare se vio influido por Austin, célebre autor analítico, autor (cómo hacer cosas con palabras) que consideró que un mismo enunciado puede tener varios criterios distintos de evaluación. Es decir, que un acto de habla puede ser defectuoso no solo porque lo que dice sea falso o incorrecto, sino también porque genere un efecto desafortunado. Por ejemplo, cuando decimos “te prometo que te ayudaré con tu mudanza”, no solo expresamos un hecho que se realizará, sino que también estamos realizando una promesa. El hecho de que realicemos una promesa a esa persona concreta y en ese contexto puede provocar en la otra persona sorpresa, alegría o temor. Por eso, para valorar un enunciado hay que tener en cuenta su dimensión pragmática, lo que este supone como acción y esto es común tanto para los enunciados jurídicos como para los científicos. Así, el enunciado “Francia es hexagonal” sería aprobado por una persona de la calle, pero no por una geógrafa. Esto muestra que tanto los enunciados científicos como los jurídicos pueden ser evaluados desde distintos puntos de vista. Austin, J. (2008). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós. Alexy, R. (1989). op. cit.

Hasta aquí Hare realiza una fundamentación de la moral parecida a la kantiana, resaltando la centralidad de la idea de universalidad. Sin embargo (y es aquí donde hace concesiones al relativismo) Hare admite que la razón no puede conducirnos a soluciones morales únicas y plantea un dilema ¿qué ocurriría si una persona nacionalsocialista considerase su muerte correcta en el caso de que ella fuese una judía?, Hare señala que contra fanatismos de este tipo no se puede conseguir nada con los medios de la argumentación moral. Otro caso sería el de la persona drogadicta a la que quieren meter en un centro de desintoxicación, pero ella piensa que la drogadicción es una forma de vida legítima. Esto pone de manifiesto que el concepto de universalidad no es condición suficiente para la moral. Para poder cuestionar los “modos de vida” es necesario salirse de un modelo procedimental e introducir contenido ético material. Como ocurría con el utilitarismo, llega un momento en el que el cálculo medios-fines o la aplicación de alguna suerte de imperativo categórico resulta insuficiente.

Toulmin³⁰⁶ llega al mismo punto crítico que Hare, pero propone una solución distinta. Toulmin considera que cuando afirmamos “esa acción es moralmente mala”, aducimos una razón “ha mentido”, que a su vez alude a una regla “mentir es moralmente malo” y que, a su vez, remite a las malas consecuencias de mentir. Por tanto, a diferencia de Hare, que consideraba que hay conflictos de valores irresolubles desde la razón, para Toulmin, la regla de evitar el sufrimiento nos permite encontrar una solución racional a cualquier problema moral.

Sin embargo, como acertadamente señala Alexy³⁰⁷, esta salida utilitarista de Toulmin tiene los mismos problemas que el objetivismo de Bentham, nos conduce a preguntarnos: ¿qué hay que considerar como sufrimiento?, ¿cómo hay que poner en relación el sufrimiento de una persona con el de otra?, ¿cómo juega el sufrimiento de unas pocas personas en relación con el sufrimiento de muchas? La complejidad de la noción de sufrimiento, como la de placer o la de felicidad, nos conducirá al mismo punto crítico que antes indiqué en relación con el utilitarismo.

Sin embargo, Toulmin sostiene una tesis que Alexy considera muy interesante y cuya opinión yo comparto. Toulmin sostiene que para que su sistema funcione es

³⁰⁶ Toulmin, S. (1950). *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press. cfr.

³⁰⁷ Alexy, R. (1989). op. cit. p. 98 y ss.

necesario aceptar la regla “evita el sufrimiento evitable” sin pedir fundamentación de la misma, pues en algún punto hay que comenzar por un acuerdo. Es decir, que la primera regla no se basa en una elección arbitraria (relativismo moral), sino en valores e ideas surgidas social e históricamente, como dicha idea de que debemos evitar el sufrimiento.

Ética discursiva y ética contractual

Hemos visto hasta aquí que se enfrentan dos posturas morales: la relativista y la que considera que hay unas opiniones morales que son más razonables que otras. Dentro de este segundo grupo se encuentran las teorías intuicionistas, que son las que consideran que la moral correcta es evidente por sí misma. A la postura de Bentham podría achacársele caer en el intuicionismo, dado que defiende que lo placentero, lo bueno para la persona, es algo evidente.

Pero además de las teorías intuicionistas, encontramos aquellas que remiten a la racionalidad de la comunidad, al debate intersubjetivo. Esta solución es la preferida actualmente en el ámbito de la filosofía moral.

Habermas³⁰⁸ principal exponente de este punto de vista, considera que no todos los juicios morales son iguales, sino que es posible considerar que algunos de ellos son más racionales que otros. Según Habermas, el criterio que nos permite diferenciar a 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.

Alexy³⁰⁹ 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.

³⁰⁸ Habermas, J. (1989). Teorías de la verdad. In *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra.

³⁰⁹ Alexy, R. (1989). op. cit. p. 120 y ss.

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 igualitaria³¹⁰. Contra esta teoría de Habermas se objeta con frecuencia que la situación ideal de diálogo es utópica e irrealizable y también se le dice que alguien puede autoengañarse creyéndose libre de coacciones, cuando en realidad vive en un contexto opresivo. Habermas admite estas críticas y señala que la situación ideal de diálogo no es algo empírico, sino que funciona como modelo ideal desde el que juzgar los consensos reales y desde el que orientar el uso de nuestra razón.

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 compartidos con otras personas. Si bien no me agrada el concepto del consenso ideal, sí valoro positivamente que Habermas considere que el consenso ideal está abierto a la crítica y que la moral racional que alcanza es provisional. Es decir, valoro positivamente que Habermas aspire a un consenso fáctico y que, a diferencia de Kant³¹¹, otorgue un lugar relevante a la reflexión colectiva.

Martínez García³¹² considera que la postura habermasiana coincide con la kantiana del contrato social en que ambos presuponen un consenso que no es dato

³¹⁰ 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.

³¹¹ Carlos Nino sostiene que el imperativo categórico de Kant lleva implícita la aceptación de ciertos principios morales de la sociedad, mientras que la de Habermas resulta menos conservadora y menos cargada de contenido material. No estoy de acuerdo en este punto y considero que ambos procedimientos son casi idénticos, con la única diferencia de que la deliberación colectiva ideal tiene la pretensión intelectual de mostrarse abierta al diálogo con otras personas y al entendimiento de otros puntos de vista. Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel. p. 167 y ss.

³¹² MartínezGarcía, op. cit. p. 176.

sociológico, sino que puede permanecer en el ámbito de la especulación. Kant consideraba que el contrato podía desplegar su fuerza como idea de la razón, bastando con su carácter de ficción activamente operante. La lógica del contrato, para Kant³¹³, radica en la instauración de la lógica del “como sí”. Habermas³¹⁴, 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.

Atienza ejemplifica lo mejor de la ética del discurso de inspiración habermasiana cuando afirma que lo razonable no equivale a una aceptación fáctica, ya que lo aceptado socialmente no tiene porqué ser lo mejor. Atienza considera que lo razonable tampoco se corresponde con un consenso racional ideal. Lo razonable se encuentra entre ambas ideas de consenso: “quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para pasar de lo aceptado a lo razonable”³¹⁵.

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. Aunque considero que el elemento intersubjetivo de su teoría resulta sugerente y prometedor, el componente transcendental de la misma (presente en la idea de una racionalidad imparcial que imagina un consenso ideal) reproduce la concepción reduccionista de la razón presente en la ética kantiana.

Otro pensador contemporáneo preocupado por la noción de “acuerdo”, Rawls³¹⁶ 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

³¹³ 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.

³¹⁴ Habermas, J. (1986). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu. p. 131.

³¹⁵ Atienza, M. (2013).op. cit. cfr. p. 564.

³¹⁶ Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica. p. 103 y ss.

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 García³¹⁷ señala que el contrato social de Rawls es más una metáfora de la razón que un verdadero negocio jurídico que articula 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”³¹⁸. Aún así, Martínez García aprecia el valor del contrato social como metáfora, ya que sin dramatización y sin imaginar deliberaciones, solo con un monólogo interior de corte utilitarista, hubiera sido mucho más difícil construir una teoría como la de Rawls, y dicha teoría tendría un tono distinto, que no valoraría tanto la noción de diálogo³¹⁹.

En opinión de Martínez García el contractualismo siempre ha sido una teoría más racionalista que intersubjetiva. Para Hobbes³²⁰, la destreza de hacer los Estados descansa en las normas, que se asemejan a las matemáticas, y no en la práctica solamente. Rousseau³²¹, por su parte, sostiene que a quien desobedezca a la voluntad general debe forzarse a ser libre 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 actos³²².

³¹⁷ Op. cit. p. 177

³¹⁸ Op. cit. Rawls. p. 166.

³¹⁹ Op. cit. p. 182.

³²⁰ Op. cit. p. 170.

³²¹ Rousseau, J. (2005). *El Contrato Social - Discursos*. Buenos Aires: Losada . 26.

³²² MartínezGarcía. Op. cit. p. 177.

Otro aspecto interesante a analizar en Rawls es que los individuos que reflexionan se conciben de modo uniforme, no tienen lazos sociales y morales que pudieran limitar la imparcialidad de su razonamiento, pero tampoco poseen 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.

MacIntyre³²³ señala que el procedimiento de Rawls, al igual que el contractualismo de Hobbes³²⁴ y Locke³²⁵, 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 MacIntyre³²⁶, 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 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.

³²³ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 300 y ss.

³²⁴ 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.

³²⁵ Locke, J. (1994). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, Trans.) México: Gernika.

³²⁶ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 314 y ss.

Nussbaum³²⁷ 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 personas. Piensa a las personas 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 inmovibles 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.

³²⁷ Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona : Paidós. cfr.

Tras el racionalismo humano que defiende Kant, según Nussbaum, hay una determinada concepción de la naturaleza humana, que privilegia la racionalidad científica, 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.

Recapitulando lo expuesto en este epígrafe, frente al relativismo moral encontramos varias propuestas filosóficas que sostienen que puede encontrarse una moral especialmente razonable. Una de las propuestas es el intuicionismo, que considera que la moral es evidente por sí misma; otra propuesta sería la ética transcendental, que sostiene que la razón imparcial, siguiendo el procedimiento adecuado, nos mostrará la moral razonable. En tercer lugar encontramos la propuesta intersubjetiva, que apela al consenso social como base de lo razonable. Bajo mi punto de vista, las propuestas de Habermas y de Rawls se encuentran más cerca del paradigma transcendental que del intersubjetivo dado que desconfían considerablemente de la racionalidad de los consensos reales.

La ética de la virtud frente a las éticas procedimentales

Habermas y Rawls 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 MacIntyre³²⁸, se basan en una determinada concepción de la naturaleza humana vinculada al carácter universal e imparcial de la razón.

³²⁸ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 314 y ss.

En opinión de Nussbaum³²⁹, el procedimentalismo pone el carro antes que el caballo; es decir, desea llegar a los derechos humanos y a la democracia, pero pone por delante al procedimiento. Y, subrepticamente, diseña de modo valorativo el procedimiento de modo que produzca como resultado los principios éticos que se esperan.

Las éticas procedimentales (incluyendo a las discursivas) parten de concepciones valorativas que, como la racionalidad kantiana, tienen una historia y un contexto filosófico. No distan tanto, por consiguiente, de las éticas teleológicas, que hacen de los fines, de los valores últimos, el punto de partida del sistema. Como defiende Nussbaum: es preferible poner por delante el caballo (los derechos humanos y la democracia) y transformar los discursos y las instituciones de modo que nos conduzcan a ese fin.

La autora nos propone dirigir la mirada a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles³³⁰, que nos explica cómo podemos desarrollar el potencial de las personas, llevando a su plenitud la dignidad humana. Aristóteles no propone un procedimiento formal, como el imperativo categórico, sino una ética de la virtud.

MacIntyre³³¹, también bajo inspiración de la *Ética a Nicómaco*, señala que las personas pueden aspirar a desarrollar una vida plena, al igual que la persona arpista puede aspirar a tocar bien el arpa³³². Como es obvio, eso exige determinar primero qué es una vida plena. El autor señala, en este sentido, que las nociones de la vida plena (al igual que las nociones de felicidad) son configuradas por la sociedad. 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 vida plena, y por mucho que queramos, no podemos salirnos de todos esos patrones y concebimos como una identidad previa y separada con respecto a todo rol social.

³²⁹ Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona : Paidós. cfr.

³³⁰ Aristóteles. (1970). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos. cfr.

³³¹ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 82 y ss.

³³² Aristóteles. (1970). op. cit. § 1095a 16

MacIntyre³³³ 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 que vemos en las noticias son malas; pero, sin embargo, 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.

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 realización de la misma. Por tanto, la felicidad humana, la vida óptima, no es una idea abstracta, sino que consiste en acciones cotidianas³³⁴.

Un interesante componente de la ética de la virtud es el lugar que ocupan en ella las emociones. Es bien sabido que en el modelo kantiano la moral consiste 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.

MacIntyre³³⁵ señala que todas las prácticas sociales (pensemos en el juicio ante un tribunal de justicia) implican modelos de excelencia (por ejemplo, la idea de la

³³³ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 90 y ss.

³³⁴ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 188 y ss.

³³⁵ Ibid. p. 189 y ss.

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. Las virtudes son los hábitos de las personas, cuya posesión y ejercicio nos hacen capaces de lograr los bienes que forman parte de una práctica. Son ejemplos de virtudes la justicia, el valor y la honestidad.

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.

Por tanto, en síntesis, 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. Desde mi punto de vista plantea dos problemas importantes: el primero de ellos es ¿qué ocurre si no estoy conforme con uno de los roles sociales que la sociedad me ha atribuido?, y el segundo es, ¿cómo puedo saber, en una sociedad tan compleja como la actual, cuál es la moral social?

La primera idea que quiero destacar en relación con estas cuestiones es que la asunción de una ética de la virtud no supone plegarse a los mandatos sociales que nos oprimen. Resulta interesante, en este sentido, remitirse a la filosofía hermenéutica de Gadamer³³⁶, en su obra *Verdad y método*, ya que él se inspira en gran medida en la ética aristotélica.

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

³³⁶ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme.

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.

Por tanto, si un rol social nos oprime, un buen modo de salir de la situación es dialogar con personas que nos abran a nuevos horizontes y vivir nuevas experiencias que nos ayuden a configurar un nuevo modelo de excelencia moral. El diálogo es la clave en la hermenéutica de Gadamer.

Esta idea nos conduce a la segunda cuestión, ¿cómo puedo saber, en una sociedad compleja, cuál es la moral social? 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.

Otra interesante pregunta que podemos formularnos es la de si lo que se considere ético depende por completo de las virtudes que se cultiven en nuestra comunidad o si hay determinadas actividades que se consideran buenas por particularidades de nuestra biología (sabemos que Aristóteles vinculaba su modelo de la excelencia humana a una teoría biológica). MacIntyre³³⁷ señala que la persona biológica sin cultura es un mito, no conocemos a otra persona humana distinta de aquella cuyo placer y cuya necesidad están vinculados a la cultura y las virtudes que construye.

³³⁷ MacIntyre, A. (2013). op. cit. p. 280 y ss.

Yo considero que podemos encontrar una descripción sobre el bienestar humano, sin que por ello necesitemos realizar una argumentación biológica. Las virtudes entonces serían caracterizadas como las cualidades necesarias para realizar ese bienestar. Lo que sería necesario es tan solo que exista un acuerdo sobre qué es el 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 republicanismo³³⁸ representa el intento de restaurar la tradición clásica, pero desprovista del cientificismo 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.

He de hacer un inciso para señalar que la pregunta que me estoy formulando, ¿todas las respuestas morales son igualmente válidas?, es central para el derecho. Como sostiene Alexy³³⁹, 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.

³³⁸ Ibid. p. 286 y ss.

³³⁹ Alexy, R. (1989). op. cit. 28 y ss.

Pero entonces ¿qué ocurre cuando las valoraciones de la colectividad 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.

Atienza³⁴⁰ 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 Greenawalt³⁴¹ 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

³⁴⁰ Atienza, M. (2013).op. cit. p. 559 y ss.

³⁴¹ Greenawalt, K. (1992). *Law and Objectivity*. Oxford: OUP. p. 118 y ss.

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

Otro importante problema de la moral social es que las mayorías también se equivocan, y los valores de la comunidad pueden sustentarse en ideas opresoras para ciertos colectivos así como en intereses espurios.

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 Nussbaum³⁴² 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 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 origen de la idea de los derechos humanos había un modelo del bienestar humano que se basaba en una teoría sobre la naturaleza del ser humano. 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.

La autora sostiene que, aceptar unas tesis muy básicas sobre la naturaleza moral de la humanidad, no es incompatible con la exigencia de una fundamentación racional de los derechos humanos. 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.

³⁴² Nussbaum, M. (2012). op. cit. cfr.

La autora 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. Pero sí debemos tener en cuenta el carácter 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).

Nussbaum aspira a que el deseo de justicia de gran parte de la humanidad conduzca a adoptar acuerdos en materia de derechos, acuerdos en torno a unas mínimas condiciones necesarias para la calidad de vida de todo ser humano.

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 deseo de vivir con otros seres humanos, se remonta a Aristóteles, a Cicerón y al estoicismo³⁴³. 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 capacidades³⁴⁴, es decir, son lo que las personas realmente pueden hacer. Tener un derecho significa tener una capacidad de hacer algo³⁴⁵. El estado debe, en relación con los grupos tradicionalmente marginados,

³⁴³ Apud. Nussbaum, M. (2012). op. cit. cfr.

³⁴⁴ 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” .

³⁴⁵ 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. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.
2. Salud física. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar adecuado para vivir.
3. Integridad física. Poder moverse libremente de un lugar a otro; tener protección frente a los asaltos violentos, incluidos los asaltos sexuales y la violencia intrafamiliar; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en las cuestiones reproductivas.
4. Sentidos, imaginación y pensamiento. Poder usar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de un modo “estéticamente humano”, un modo que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada, lo cual incluye la alfabetización y la formación matemáticas y científica básica, aunque en modo alguno se agota en ello. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación de obras y eventos religiosos, literarios, musicales, según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión, tanto en el terreno político como en el artístico, y libertad de prácticas religiosas. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.
5. Emociones. Poder mantener relaciones afectivas con personas y objetos distintos de nosotros mismos; poder amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, y dolernos por su ausencia; en general, poder amar, penar, experimentar ansia, gratitud y enfado justificado. Que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad.
6. Razón práctica. Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre los propios planes de vida. (Esto implica una protección de la libertad de conciencia y de la observancia religiosa)
7. Afiliación. A. Poder vivir con y para otros, reconocer y mostrar preocupaciones por otros seres humanos, participar en diversas formas de interacción social; ser capaz de imaginar la situación del otro. (Proteger esta capacidad implica proteger las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como proteger la libertad de expresión y de asociación política. B. Que se den las bases sociales de autorrespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás. Eso implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen nacional.
8. Otras especies. Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo actual.
9. Juego. Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.
10. Control sobre el propio entorno. A. Político. Poder participar de forma efectiva en las elecciones políticas que gobiernan la propia vida; tener derecho a participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación. B. Material. Poder disponer de propiedades (ya sean bienes mobiliarios o inmobiliarios), y ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; no sufrir persecuciones y detenciones sin garantías. En el trabajo, poder trabajar como un ser humano, ejercer la razón práctica y

diseñar medidas que les permitan sortear los obstáculos que les impidan gozar de una capacidad de actuación real³⁴⁶. Lo que importa es que las personas puedan practicar sus capacidades, y se han de remover todos los obstáculos que lo impidan.

Martínez Becerra³⁴⁷ 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.

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.

entrar en relaciones valiosas de reconocimiento mutuo con los demás trabajadores. Nussbaum, M. (2012). op. cit. cfr.

³⁴⁶ 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.

³⁴⁷ Martínez, P. (2015). El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente el problema de la ética animal. *Veritas* (33).

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.

En efecto, los derechos humanos expresan un ideal de vida digna inspirado en la concepción clásica de la persona humana como ser sociable y con preocupaciones altruistas. Las capacidades se refieren a las circunstancias, tanto exteriores como propias de cada persona, que posibilitan la realización de acciones que se consideran parte de un ideal de vida. Un ejemplo de circunstancia exterior sería la existencia de barreras urbanas, que constituye un obstáculo al desarrollo de la capacidad de movimiento de una persona que va en silla de ruedas. Un ejemplo de circunstancia interior es la capacidad de la razón práctica, que permite a una persona tomar sus propias decisiones de forma reflexiva.

Por su parte, las virtudes son rasgos de carácter que expresan ese mismo 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 Rousseau³⁴⁸. Nussbaum³⁴⁹ 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.

³⁴⁸ Rousseau, J. (2005). *Emilio: o la educación*. Madrid: Alianza Editorial.

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

El desarrollo educativo de las virtudes compasivas y altruistas, y la educación en el respeto a los 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).

¿Dónde radica, por tanto, la garantía de la razonabilidad de la decisión? 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.

1. ¿QUÉ ES LA RETÓRICA DE LA VIRTUD?

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” recurre, como expliqué anteriormente, al 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 racionales³⁵⁰. Esta tesis de Perelman se inspira en la contraposición de Habermas entre consenso fáctico y consenso racional³⁵¹.

Para la teoría estándar, el descrédito de la retórica está muy relacionado con la identificación de la misma con las cuestiones de estilo. Cuenta Atienza³⁵² que Petrus Ramus, en el renacimiento, identificó a la dialéctica con la lógica formal, y eso dio lugar a que la retórica perdiese su dominio sobre el terreno argumentativo de lo probable³⁵³ y se la vinculase con el estilo literario, territorio accesorio y denostado. La retórica murió, sostiene Atienza, a causa de que la invención (la parte argumentativa de la retórica) y la disposición (la organización de la estructura del discurso) le fueron arrancadas³⁵⁴.

En efecto, para la tradición aristotélica en la que se inspira la “teoría estándar” la fuente de la legitimidad de la retórica procedía precisamente de la estructura racional de

³⁵⁰ Perelman, C. (1979). op. cit. cfr.

³⁵¹ Habermas, J. (1981). op. cit. cfr.

³⁵² Atienza, M. (2013). op. cit. 377.

³⁵³ Perelman resalta la diferencia entre demostración y argumentación, entre los razonamientos lógicos y los razonamientos dialécticos, que hablan de lo probable o justificable. Perelman, C. (1982). *The Realm of Rhetoric*. (W. Kluback, Trad.) University of Notre Dame Press. p. 2 y ss. (Perelman C. , 1982)

³⁵⁴ Atienza (2013). op. cit. p. 377.

los argumentos retóricos, que según Aristóteles, son un tipo de silogismos incompletos, denominados “entimemas” y que pueden abordarse desde una especie de lógica informal (el territorio del “logos”), que tiene por objeto lo verosímil (en lugar de lo “verdadero”, que es el objeto de la lógica formal).

Por supuesto la retórica aristotélica analizaba también elementos persuasivos como las emociones y el estilo, pero esos aspectos se veían como inductores del uso manipulador de la retórica. La retórica, para Aristóteles, era necesaria porque en cuestiones de valores no es posible alcanzar verdades científicas. Pero el ideal epistemológico aristotélico continúa siendo el científico y eso se nota en su desconfianza hacia los elementos estilísticos de la retórica.

Como he señalado unas líneas más arriba, los dilemas en torno a la legitimidad moral de la retórica surgen porque se concibe la retórica como una técnica de persuasión. Pero esa no ha sido la única definición de la retórica. Como vimos con anterioridad, ni Gorgias³⁵⁵ ni otros sofistas (que-no es casualidad- tenían en gran estima a los aspectos estilísticos de la retórica) tenían esa concepción instrumental de la retórica.

Siempre existió otra visión de la retórica que fue recogida y ampliamente teorizada por Cicerón³⁵⁶ y por Quintiliano³⁵⁷. Dicha visión inspiró al humanismo y al republicanismo y está vinculada a una ética de la virtud.

Quintiliano explicó que la buena argumentación retórica es la realizada por el *vir bonus*, es decir, por una persona virtuosa tanto moral como intelectualmente que además domina las técnicas de la retórica³⁵⁸. 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

³⁵⁵ Platón. (1983). *Gorgias*. op. cit. § 456 d-e; 457 a; 460 c-e

³⁵⁶ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit.

³⁵⁷ Quintiliano, M. (2001). op. cit.

³⁵⁸ Ibid. § 2-17-1,2

arte de que tratamos no puede convenir sino a los buenos”³⁵⁹. 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”³⁶⁰.

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”³⁶¹. 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 cuerpo³⁶².

Podemos acotar la definición sosteniendo que la retórica es el arte de la persuasión racional mediante la palabra. Sin embargo para Quintiliano esta definición se encuentra con el problema de que no siempre las razones logran persuadir, y con el de que muchas veces la persuasión se logra de modo irracional. Entonces Quintiliano señala que la definición aristotélica de la retórica, consistente en encontrar argumentos adecuados para persuadir tiene el problema de que no tiene en cuenta aquello que no es argumentación, pero que es vital en la retórica, como el estilo³⁶³.

Quintiliano considera que “la retórica es el arte del bien hablar”³⁶⁴, recogiendo la opinión de Gorgias de que no puede haber un verdadero orador que no se conduzca con justicia. A continuación Quintiliano señala que las personas que consideran que lo distintivo de la retórica radica en la persuasión, no por ello deben condenarla, pues una técnica puede utilizarse para fines diversos, incluidos los moralmente buenos.

Pero, señala Quintiliano, las personas que consideran, como él, que la retórica es el arte del bien hablar, vinculada al orador virtuoso; estas personas no tienen necesidad de justificar a la retórica de manera instrumental³⁶⁵.

³⁵⁹ Ibid. §2-17-1

³⁶⁰ Ibid. § 2-17-1

³⁶¹ Ibid. § 2-16

³⁶² Ibid. § 2-16

³⁶³ Ibid. § 2-16

³⁶⁴ Ibid. § 2-15; 2-17-1,2

³⁶⁵ Ibid. § 2-17-1,2

En mi opinión, esta teoría de Quintiliano tiene la gran ventaja de que no requiere situar a las emociones, al estilo y al carácter en un segundo plano para conservar la legitimidad moral de la retórica. No es necesario que los argumentos y una perspectiva reduccionista de la razón desnaturalicen a la apasionada y artística tradición retórica.

¿Entonces para Quintiliano la finalidad de la retórica no es la persuasión?, Quintiliano sostiene 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 hablar³⁶⁶.

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 virtud³⁶⁷. Al igual que las virtudes de la acción se remiten a la prudencia, lo mismo pasa con el decir o el callar. Quintiliano 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 son³⁶⁸.

Como explica García Castillo³⁶⁹ la definición del perfecto orador como *vir bonus*³⁷⁰, es uno de los temas recurrentes sobre Quintiliano, su gran aportación al saber retórico. Se ha especulado mucho sobre el modelo ético que defiende Quintiliano.

³⁶⁶ Ibid. § 2-17-1,2

³⁶⁷ Ibid. § 2-17-1,2

³⁶⁸ Ibid. § 2-17-1,2

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ La originalidad de este punto ha merecido estudios específicos de Winterbottom, Meador, Brinton Kennedy. Winterbottom. (1964). Quintilian and the *vir bonus*. *The Journal of Roman Studies* (LIV), 90-97. Meador, P. (1970). Quintilian and the Good Orator. *Western Speech* (34), 162-169. Brinton, A. (1983). Quintilian, Plato and the *Vir Bonus*. *Philosophy and Rhetoric* (16), 167-184. Kennedy, G. (1969). *Quintilian*. New York: Twayne Publishers.

Meador³⁷¹ ha sostenido que es, en esencia, plasmación del estoicismo propio del carácter romano.

Del estoicismo procede la idea de la 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 Castillo³⁷², además de la influencia estoica es evidente la influencia platónica. Por ejemplo, la del *Gorgias*, pues como vimos en él se sugiere un modelo retórico ideal capaz de engendrar la excelencia moral, el conocimiento y la belleza en las almas de la ciudadanía³⁷³.

La persona oradora no es en Quintiliano artífice de la persuasión, sino alguien que posee la excelencia moral. Quintiliano se suma a la idea platónica de la retórica como arte de la justicia, como unión indispensable de inteligencia, saber y de excelencia moral. Además, Platón había afirmado en el *Fedro* que consideraba vergonzoso no hablar bien, pero que entendía que el bien decir consistía no solo en la rectitud discursiva de las palabras, sino en la consecución de su fin que era el de hacer mejor el alma de quien escucha³⁷⁴.

Pero quizá el rasgo más platónico del perfecto orador se dé 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 educativo³⁷⁵.

No obstante, desde mi punto de vista, la propuesta de la retórica de la virtud de Quintiliano no debe reducirse a un idealismo, pues la retórica no es solo un modelo

³⁷¹ Meador, P. (1989). Quintiliano y la Institutio Oratoria. In J. Murphy (Ed.), *Sinópsis histórica de la retórica*. Madrid: Gredos. p. 212.

³⁷² Castillo, P. G. (1998). op. cit. p. 893 y ss.

³⁷³ Platón. (1983). *Gorgias*. op. cit. § 503 a-b

³⁷⁴ Platón. (1986). *Fedro*. op. cit. § 258 d

³⁷⁵ Castillo, P. G. (1998). op. cit. p. 895.

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 prácticos³⁷⁶. 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* y el *pathos*) y consiste en que la persona oradora (y también las partes y los testimonios) 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 capacidades³⁷⁷.

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.

Aristóteles³⁷⁸ 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

³⁷⁶ Así lo considera también Castillo. Ibid. p. 896.

³⁷⁷ Estas afirmaciones se han desarrollado anteriormente, aportando las correspondientes referencias.

³⁷⁸ Aristóteles. (1970). op. cit. cfr.

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.

Concluida esta breve introducción paso a explicar el modelo de virtud judicial propuesto por Aristóteles, para que la persona lectora constate por sí misma lo útil que resulta a la judicatura de hoy. Según dicho modelo, la prudencia, la *phrónesis*, es la principal virtud judicial³⁷⁹, 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 MacIntyre³⁸⁰, 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.

MacIntyre³⁸¹ 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 Kant³⁸² 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.

MacIntyre³⁸³ 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.

³⁷⁹ MacIntyre, A. (2013). op. cit. 185 y ss.

³⁸⁰ Ibid. 185 y ss.

³⁸¹ Ibid. p. 185.

³⁸² Kant, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. (E. Miñana, & M. GarcíaMorente, Trans.) Madrid: Espasa-Calpe.

³⁸³ MacIntyre, A. (2013). op. cit. 185 y ss.

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 Nussbaum³⁸⁴, Aristóteles³⁸⁵ 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 divinidades³⁸⁶, pues la razón humana, con sus debilidades, es la única que puede comprender el bien y el mal, lo justo y lo injusto.

³⁸⁴ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado. p. 193 y ss.

³⁸⁵ Aristóteles. (1988). *Política*. (M. GarcíaValdés, Trans.) Madrid: Gredos. § I-12a27

³⁸⁶ El ideal platónico de la virtud parece más bien dirigido a las divinidades. Nussbaum estudia el ideal platónico de la persona humana. 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. En *La República* Platón señala que hay actividades que solo nos parecen agradables porque disminuyen temporalmente un dolor o una necesidad previos, pero que su alivio temporal es peor que lo que aportaría un estado permanente de liberación de dolor y necesidad. Las personas que aman dichas actividades nunca han experimentado los placeres más elevados de la vida. 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.

La verdad es la finalidad que alcanzan los placeres elevados. En *El Filebo*, Platón afirma que el haber sufrido daño es la causa de que la venganza sea satisfactoria, y 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.

Platón propugna como ideal la vida ascética y dedicada a la filosofía. Cuanto menos tiempo se dedique a estas actividades, más tiempo se dispondrá para actividades valiosas, además, si prestamos atención al cuerpo, este se mostrará insaciable. Por ello Platón defiende un modo de vida filosófico y ascético, en el que la persona filósofa debe separarse del cuerpo hasta donde sea compatible con el mantenimiento de la vida. Platón. (1986). *República*. op. cit. §64e-83b; Platón. (1986). *Fedón*. op. cit. §60b-64d.

El libro IX de la República concluye afirmando que la verdadera identidad de las personas coincide con nuestra parte intelectual. Platón. (1986). *República*. op. cit.

Nussbaum critica el ascetismo del ideal platónico señalando que esta concepción se opone a la de la mayoría de las personas. Nussbaum señala que, para una persona común, hay muchas actividades que solo sirven para facilitarnos la vida y, por ello, prescindiríamos de realizarlas si pudiéramos. Esto nos conduce a utilizar lavadoras y máquinas de escribir, que facilitan la tarea de lavar la ropa y de escribir. Pero la gente no desea sustituir el comer por ingerir una píldora con todos los elementos nutritivos, ya que comer es, hasta cierto punto, valioso en sí mismo: por el placer del sabor, olor, textura y la relación social. Por eso criticamos a las personas que contemplan sus ocupaciones apetitivas de modo instrumental: que comen solo para calmar el hambre, y elogiamos a quien es capaz de dedicarse a ellas implicándose intelectualmente. La causa por la que Platón considera ideal la vida ascética es porque evita las crisis vitales y los conflictos de valores. El amor, el sexo, el deseo de poder y de dinero, son factores que provocan conflicto. Las matemáticas y la filosofía son actividades siempre disponibles. Los vínculos

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.

Otro rasgo del carácter judicial es su talante conciliador. El modelo judicial que propone Aristóteles se opone al relativismo moral y al escepticismo epistemológico que consisten en reconocer que unas personas piensan una cosa, otras piensan la contraria; y existen buenas razones para ambas posiciones. La persona relativista se queda anclada en ese conflicto, se niega a comprometerse con una tesis y se siente complacida viviendo en esa experiencia de disociación de opiniones, de modo que tiende a disponer los argumentos de una manera en la que se producen constantes conflictos irresolubles.

Aristóteles, sin embargo, como señala Nussbaum, no se siente a gusto en la experiencia del conflicto³⁸⁷ y considera que “todos los seres humanos buscan por naturaleza el saber”³⁸⁸ (comienzo de la *Metafísica*), ese profundo deseo solo puede satisfacerse resolviendo las contradicciones, buscando la coherencia intelectual³⁸⁹.

familiares y la propiedad también son fuentes de conflicto, de modo que Platón promueve el desapego. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 193 y ss.

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.

Sin embargo, Nussbaum matiza que Platón considera que la matemática y la filosofía no son valiosas solo porque son estables, sino también porque sentimos en nuestro interior, gracias a una afortunada cualidad innata, que son bellas y apasionantes. Por ello, incluso sin tener en cuenta el dolor del mundo, experimentamos un deseo natural de alcanzar ese placer filosófico o artístico que nos proporciona felicidad. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 193 y ss. Platón. (1986). Fedro. In Platón, *Diálogos* (Vol. III). Madrid: Gredos. § 250.

³⁸⁷ Aristóteles. (1970). *Metafísica*. (V. García Yebra, Trans.) Madrid: Gredos. §995a29-33.

³⁸⁸ Primeras líneas de la *Metafísica*. Ibid.

³⁸⁹ Añado a esta reflexión de Nussbaum que podemos comprender bien porqué a las filosofías hermenéuticas les gusta tanto Aristóteles y podemos prever el debate entre el interés conciliador de la hermenéutica y la reafirmación del conflicto de la deconstrucción.

Pero esto no implica que Aristóteles desee conciliar posiciones a toda costa., dado que no debemos dejarnos cegar por nuestro propio idealismo ni fingir que hemos solucionado un conflicto cuando en realidad este subsiste. Una vez que alcancemos una solución es imprescindible que regresemos a las tesis que originalmente estaban en conflicto y comprobemos que nuestra solución conserva la mayor parte del espíritu de lo que estas defendían. Aristóteles condena repetidamente a las personas demasiado idealistas, que no vuelven a la experiencia real para contrastar sus conclusiones³⁹⁰.

Otro aspecto a tener en cuenta al adoptar decisiones es que, cuando nuestras propias conclusiones se alejen mucho de las opiniones comunes, debemos plantearnos muy seriamente si estamos equivocados. Esto no significa que tengamos que asumir de modo acrítico las opiniones comunes, pero sí debemos admitir que todo lo que es objeto de creencia universal encierra una parte de verdad que no debe despreciarse³⁹¹³⁹².

No debemos oponer radicalmente la sabiduría de la gente culta a la sabiduría de la gente común. Lo cierto es que las personas sabias son reconocidas como tales precisamente porque mucha gente acepta su autoridad. Por ello, Aristóteles se opone a una noción elitista de la sabiduría que considere que las personas expertas saben más de justicia que el conjunto de la población.

Aristóteles considera, continúa exponiendo Nussbaum, 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 deseo de alcanzar soluciones es un anhelo humano universal, y siempre corremos el riesgo de caer en la simplificación y el

³⁹⁰ Ibid. §995a29-33.

³⁹¹ Aristóteles. (1970). *Metafísica*. op. cit. § 1009b2; Aristóteles. (1970). *Ética a Nicómaco*. op. cit. §1155b27.

³⁹² Por tanto, para Aristóteles, el conocimiento sobre la justicia no puede recaer, como en Platón, en manos de una persona ascética y solitaria, que vive encerrada en su propio idealismo y que desconfía de todo cuanto persiguen las personas comunes. El conocimiento radica, según Aristóteles, en nuestro mundo y en las ideas compartidas en la cultura que habitamos. Aristóteles. (1970). *Metafísica*. op. cit. § 107a39 y ss.

Es ahí donde la persona juzgadora debe buscar inspiración. Aristóteles reconoce a Platón que una vida únicamente volcada en el placer no es deseable, ya que, según Aristóteles, produce dificultad para escuchar a las demás personas; pero, en el extremo opuesto, el ascetismo exagerado también nos aleja del resto de las personas, porque esa insensibilidad no es humana, ya que el sentir agrado por las cosas del mundo es algo normal para cualquier persona humana. Aunque, matiza Aristóteles, es posible llevar una existencia humana ascética; sólo que esa persona asceta se perderá aspectos importantes de la vida humana. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. §1179-26 y 119a6.

reduccionismo³⁹³. Aristóteles reivindica, como brújula, reflexionar de manera cercana al mundo, con la mirada puesta sobre la realidad cotidiana³⁹⁴.

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 persona, señala Nussbaum³⁹⁵, no intenta situarse en una perspectiva ajena a las condiciones de la vida humana, 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 éticas. Pero eso no implica la ausencia de conocimiento ético, 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.

Como señala Nussbaum³⁹⁶, Platón quería llevar todo lo lejos posible esa exigencia de universalidad, buscando un sistema de normas que permitieran resolver cualquier nueva situación. El idealismo platónico intentaba ver cada nueva situación

³⁹³ Nussbaum señala, que “por intentar sentirnos en casa, fácilmente terminamos convertidos en unos extraños en ella tal como la experimentamos (...) Aristóteles piensa que, atrapados en el hedonismo, el materialismo, el mecanicismo u otras simplificaciones, la mayoría nos hemos vuelto extraños a algún aspecto de la vida que vivimos y el lenguaje que empleamos. Necesitamos la filosofía para que nos muestre el camino de retorno a lo ordinario y lo torne interesante y placentero, en lugar de convertirlo en algo indigno y de lo que conviene huir (...) El platonismo apela a una propensión, profundamente enraizada en nosotros, a avergonzarnos de la mezcla y confusión de nuestra humanidad. Cabría decir que quien se opone al retorno a las apariencias no está en paz con su propia condición humana”. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 295.

³⁹⁴ Sin sentir “repugnancia pueril” ante los aspectos corrientes de la vida, y cuenta un relato de unos estudiantes que quisieron ser presentados al filósofo Heráclito, y que cuando llegaron a su casa vieron al célebre hombre sentado en la cocina. Los estudiantes estaban confusos, ya que esperaban encontrarlo mirando al cielo o reflexionando, pero Heráclito les dijo: “Entrad. No temáis. Aquí también hay dioses” Aristóteles. (2001). *Parts of Animals*. (J. Lennox, Trans.) Oxford: Oxford University Press. §645a19-23; 645a24.

Por eso el ideal aristotélico, su propuesta de la virtud, está a medio camino entre el orden y el desorden, entre el exceso y el defecto, entre lo espiritual y lo corporal. La virtud aristotélica está hecha a la medida humana: radica en el punto medio. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 315 yss.

³⁹⁵ Ibid. p. 316.

³⁹⁶ Ibid. p. 317.

como el caso particular de un sistema. Platón no quiere que nos exponamos a la vulnerabilidad que supone admitir cada particularidad como algo único.

Aristóteles insiste en que la prudencia, la característica central de la persona virtuosa, no es cuestión de definiciones, sino que consiste en apertura y reflexión situada en el caso concreto. 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; Nussbaum³⁹⁷ señala que no debemos actuar como el sabio platónico, que intenta adaptar los casos particulares a los atributos universales previamente establecidos, y que descarta todo aquello de la particularidad que no encaja en la forma general.

Las características de cada situación deben prevalecer sobre la regla, y debemos mostrar apertura ante la idea de que lo inesperado y lo nuevo nos obligue a modificar la regla, ya que esta, para ser correcta, debe describir adecuadamente los casos. Esto significa que toda tarea ética posee incertidumbre e implica no instalarse en el conservadurismo del precedente.

Por tanto, en Aristóteles, el ideal ético está vinculado a la idea de prudencia, que es una virtud que permite decidir en cada caso lo más adecuado, es decir, la capacidad de percibir, no lo que hace común a una situación, sino lo que la hace distinta. Las reglas y los principios, por tanto, no son los árbitros últimos de lo ético.

³⁹⁷ Ibid. p. 317.

Una norma debe verse como una suma de decisiones prudentes, por tanto, conviene completarla con otras decisiones prudentes futuras y corregirla cuando no responda adecuadamente a lo que la persona juzgadora estime correcto. Aristóteles³⁹⁸ 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.

Nussbaum señala que “al piloto que guiara su nave siguiendo reglas fijas en medio de una tormenta de intensidad y dirección imprevistas se le consideraría un incompetente. La persona prudente utiliza la flexibilidad y la imaginación para afrontar lo nuevo y cultiva las facultades que se lo permiten”³⁹⁹.

Gadamer⁴⁰⁰, 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.

Aristóteles considera que⁴⁰¹ la interpretación literal de las normas no se corresponde con la actitud justa, y ni siquiera con lo que el legislativo decidiría si tuviera que enfrentarse al mismo caso al que se enfrenta la persona juzgadora. Por eso, Aristóteles 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 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”⁴⁰². Como vemos, para Aristóteles, las normas no pueden determinar la solución de un caso, sino que es imprescindible el papel de la persona prudente.

³⁹⁸ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. §1137b30-2; 1134b18-33.

³⁹⁹ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 317.

⁴⁰⁰ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. (A. y. Agud, Trans.) Salamanca: Sígueme. cfr.

⁴⁰¹ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. cfr.

⁴⁰² Ibid. §1138 a.

A pesar de que las reglas no puedan determinar completamente la solución de un caso, ello no significa ni mucho menos que sean inútiles. Nussbaum⁴⁰³ 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.

Gadamer⁴⁰⁴ señala que Aristóteles ejemplifica el método hermenéutico. Dice Gadamer que Aristóteles no aspira a alcanzar la certeza absoluta a través del conocimiento; pero, por otro lado, 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.

Nussbaum⁴⁰⁵ señala que la prudencia aristotélica es una actividad perceptiva que consiste en percibir determinados atributos importantes de una situación, en saber observar cosas que a otra persona menos experimentada le pasarían desapercibidas. Esta virtud se adquiere mediante un largo proceso de vida. Pero, se pregunta Nussbaum, ¿de

⁴⁰³ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 320.

⁴⁰⁴ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. op. cit. p. 386.

⁴⁰⁵ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 320. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. §114a12-16.

qué sirve la experiencia si lo que debe ver la sabiduría práctica es lo idiosincrásico y lo nuevo?

La prudencia aristotélica no es una percepción rupturista que rechace la guía de reglas y valores estables. La persona prudente es la que, gracias a su formación en la práctica, ha desarrollado una serie de virtudes que le permiten distinguir lo importante de lo secundario, por ejemplo, priorizando los bienes la justicia, la amistad y la generosidad, deseándolos por encima de cosas superficiales.

La prudencia da lugar a un sistema de reglas aplicables en una situación particular, que están vinculadas a un carácter, a una línea de acción coherente. El carácter y los valores que una persona va desarrollando a lo largo del tiempo es algo muy importante, ya que explica en gran parte lo que esa persona percibirá en una nueva situación.

Para poder realizar un juicio particular hemos de partir de una concepción general que constituye el núcleo de compromisos que configuran el carácter ético de la persona juzgadora. Esta concepción general sobre el derecho, la ética y la vida, está en permanente evolución. Se produce una aclaración recíproca entre lo particular y lo universal.

Aristóteles, explica Nussbaum, resalta la importancia de las emociones para la ética, pues, lejos de considerarlas obstáculos para el razonamiento, las considera elementos imprescindibles para una buena reflexión. Aristóteles considera 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 responder correctamente⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ 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 señala que las emociones tienen el poder de señalar cosas que sería aconsejable seguir y otras que sería mejor dejar, y sin las emociones no habríamos reparado en ello. A 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.

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 todo corazón, 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 moral⁴⁰⁷.

Gadamer⁴⁰⁸ explica, en este sentido, que una virtud positiva en la persona intérprete es la sensibilidad, virtud que Aristóteles toma en cuenta, y 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.

Una interesante pregunta que podemos hacernos es la de si es posible enseñar a juzgar. Según Aristóteles, la prudencia es, hasta cierto punto, susceptible de ser enseñada mediante la educación y la lectura; pero no se debe ir demasiado lejos en la pretensión de hacer una ciencia de la habilidad de juzgar porque lo teórico no debería anular a lo particular ni a la capacidad de las emociones de arrojar luz sobre la situación concreta.

La teoría de la virtud que plantea Aristóteles (y los modelos hermenéuticos que se inspiran en ella) presentan un importante problema: 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 existe el bien al margen de la persona virtuosa, es el ideal humano el que determina lo bueno. El problema es, según Nussbaum⁴⁰⁹, ¿cómo caracterizarla a ella (la persona prudente) y a sus métodos sin referirnos a la bondad de sus decisiones?

Rawls⁴¹⁰ considera que referirse a los compromisos morales de la persona juzgadora nos introduce en un argumento circular, y por eso sostiene que lo que se

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. op. cit. p. 386.

⁴⁰⁹ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 403 y ss.

⁴¹⁰ Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. op. cit. cfr.

deben señalar no son nociones materiales como la virtud de la justicia o la amistad, sino habilidades procedimentales, neutrales desde el punto de vista sustantivo, tales como la imaginación, la empatía o la atención a lo fáctico.

Ahora bien, replica Nussbaum, Aristóteles no se presta a un punto de vista procedimental, ya que, en su opinión, el método de la persona prudente no se limita a la posesión de una serie de habilidades intelectuales, sino que las habilidades son parte de un carácter, de la educación de las emociones y de la flexibilidad aprendida. Sin embargo, explica Nussbaum, el hecho de que la argumentación de Aristóteles, remita en última instancia a una concepción sustantiva de la persona justa, no debería servir como crítica ya que toda concepción moral compleja contiene elementos sustantivos.

El método aristotélico no es científico y por ello podría ser acusado de falta de sistematicidad. En efecto, frente a la universalidad abstracta, el método aristotélico busca claridad en la casuística y los ejemplos tomados de la vida, de modo que, según Nussbaum⁴¹¹, la narrativa literaria, con las historias de personas que sufren y que se enfrentan a las injusticias, expresa bien la metodología por la que se decanta Aristóteles.

La prudencia judicial es una virtud práctica, que solo se considera como tal cuando se expresa en la acción. La virtud judicial se demuestra en la práctica. Además, la virtud no es algo incorruptible ya que la excelencia de carácter demanda determinadas circunstancias exteriores: corporales, sociales y económicas. Una persona deprimida puede encontrar dificultades para actuar de forma justa, generosa y moderada. Las personas que están sufriendo mucho no están en situación de ayudar a nadie. El dolor y las privaciones impiden pensar y sentir con claridad⁴¹²⁴¹³.

⁴¹¹ Nussbaum resalta otro importante aspecto de la ética aristotélica, no se puede ser bueno sin ponerlo en práctica; es decir, la virtud no es algo teórico, sino una práctica. Aristóteles utiliza una analogía atlética: en una carrera aplaudimos a las personas que compiten y no a las que podrían considerarse las más fuertes o las mejores preparadas, pero que no compiten. Aristóteles no afirma que la vida buena sea una especie de competición, ni alaba el éxito. Lo que quiere resaltar es el elemento de acción. Las valoraciones éticas se basan en el esfuerzo y la actividad, y la evaluación de ese esfuerzo depende del carácter de quien realiza la actividad, del mismo modo que solo valoramos la carrera de una atleta si consideramos que su éxito se debió a su trabajo y su desempeño, y no a un factor externo. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 373 y ss. Aristóteles. (2011). *Ética Eudemia*. Madrid: Gredos. cfr.

⁴¹² Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 410 y ss.

⁴¹³ La concepción aristotélica de la vida buena requiere de cierta suerte, pero podríamos preguntarnos hasta qué punto el carácter virtuoso puede ser dañado por las circunstancias del mundo. Según Aristóteles, la excelencia humana es bastante estable cuando se ha asentado en el carácter, pero si ocurren desgracias o eventos suficientemente grandes o frecuentes, “contaminan” el buen vivir tan gravemente

Nussbaum señala que la persona juzgadora prudente procura promover tanto en sí misma, como en el resto de personas, el ideal de una vida plena, que expresa todo lo que se considera valioso por sí mismo. Así, una persona excelente valorará más el amor, la amistad y la comunidad, que la comodidad, la seguridad, el poder y el dinero; y comprenderá que no existe nada más importante que los seres queridos⁴¹⁴⁴¹⁵. Los derechos humanos plasman la garantía jurídica de ese ideal de vida florecida.

El ideal de la vida plena, tal y como se describe en la *Ética a Nicómaco*⁴¹⁶, se basa en bienes como el cultivo del intelecto, la sociabilidad, la ciudadanía, la participación política, la amistad y el amor. Por tanto, hay bienes valiosos que nos otorgan autonomía, como el intelecto, y otros bienes valiosos que nos hacen vulnerables y dependientes del mundo, como la amistad. Debemos aceptar que la vida humana es fuerte y vulnerable al mismo tiempo.

Como Aristóteles vincula la prudencia a la experiencia vital, puede parecer que sostiene que las personas mayores son más justas que las jóvenes. Sin embargo no es así. Aristóteles sostiene que la prudencia, necesaria para actuar bien, se adquiere con el tiempo; pero el tiempo también suele traer sufrimientos. Como las virtudes aristotélicas requieren apertura y confianza en el mundo, la experiencia de la traición erosiona lentamente las virtudes, de modo que la virtud encierra la semilla de su propia destrucción.

que solo un enorme golpe de buena fortuna podría restituir ese carácter. Sin embargo, matiza Nussbaum, quien posee buen carácter y prudencia, es capaz de actuar de modo virtuoso incluso en medio de importantes adversidades. Además, incluso si le ocurren cosas terribles, probablemente una persona virtuosa difícilmente caerá en una total degeneración moral, de modo que resistirá incluso la coacción y probablemente se negará a realizar las acciones más despreciables. Por tanto, una persona excelente no se apartará fácilmente de la vida bondadosa, a no ser que le ocurran enormes y numerosos infortunios, pero una vez que se haya apartado, no volverá a ser la misma en poco tiempo, sino tras grandes esfuerzos y merecidas recompensas. Recuperar la virtud es difícil porque el deseo, las esperanzas y el pensamiento se ven torcidos cuando ocurre una desgracia prolongada y abrumadora. Hacen falta años para recuperar la dignidad, la autoestima, o la capacidad de amar. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. §1110a 24-6. Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 410 y ss.

⁴¹⁴ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. op. cit. §1169a18-b12

⁴¹⁵ 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.

⁴¹⁶ Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. op. cit. p. 431 y ss.

Con respecto a la capacidad corruptora del dinero y del poder, Aristóteles considera⁴¹⁷ que las buenas personas se desenvuelven mejor cuando disponen de lo necesario para vivir, pero también se ha de tener en cuenta que casi todas las personas pueden ser corrompidas por la riqueza y la posición social, volviéndose altivas y valorando la vida en términos económicos. Cuanto más desarrollemos las virtudes judiciales, menos vulnerables seremos a la corrupción; pero nadie es del todo invulnerable porque la vida puede castigar de tal modo a una persona que dinamite hasta al carácter más virtuoso.

Este modelo aristotélico de la ética judicial que he expuesto no queda muy lejos de análisis contemporáneos de las cualidades judiciales. El juez Posner⁴¹⁸ 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 adquiridos⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ibid. p. 432.

⁴¹⁸ Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca, Trans.) Madrid: Marcial Pons. p. 114 y ss.

⁴¹⁹ 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.

He expuesto el modelo aristotélico de virtud judicial, de la mano de Gadamer, MacIntyre y, especialmente, de Nussbaum. Es probable que al leerlo notemos una importante ausencia. Entre las virtudes de una persona juzgadora no se menciona aquella que, si hoy preguntásemos a cualquiera por la calle, nos diría que es la virtud esencial de la judicatura. Me refiero a la virtud de la imparcialidad (y también a la virtud conexas de la independencia).

Aguiló⁴²⁰ 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 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 imparcialidad⁴²¹ tratan de proteger el derecho de la ciudadanía a ser juzgada desde la legalidad vigente.

Bajo 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.

⁴²⁰ 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.

⁴²¹ 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.

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 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 todas las personas tenemos prejuicios (todas las personas razonamos desde la experiencia anterior) y ha de estar dispuesta a dejar que el caso modifique sus ideas preconcebidas.

Kronman⁴²², 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

⁴²² Kronman, A. (1993). *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University. cfr.

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. Una buena persona juzgadora es una persona prudente.

El ideal aristotélico⁴²³ 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 Lozada⁴²⁴ concuerdan con Aristóteles, pues sostienen que las personas juzgadoras no deben ser formalistas, y nos recuerdan que la evitación del formalismo es una de las exigencias del *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*⁴²⁵.

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 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 tecnicismos y un lenguaje autoritario.

En el rechazo al formalismo estoy plenamente de acuerdo con Atienza y Lozada. Sin embargo discrepo con ellos en otra de sus tesis relativas a la virtud judicial. 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.

⁴²³ Aristóteles. (1990). *Retórica*. (Q. Racionero, Trans.) Madrid: Gredos. § I, 1374b, 12-23.

⁴²⁴ Atienza, M., & Lozada, A. (2009). *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos. p. 127 y ss.

⁴²⁵ Este Código expone un modelo orientativo de excelencia judicial: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

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, como he tratado de explicar en este trabajo, 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 juzgadas 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.

3. LAS VIRTUDES DE LA PERSONA ABOGADA

Sería interesante plantearse si podemos aplicar a la profesión de la abogacía un modelo de virtudes parecido al que Aristóteles plantea para la persona juzgada. Aparentemente ambas profesiones tienen una gran diferencia: mientras que la persona juzgada 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 Alexy⁴²⁶, han sostenido que la abogacía, como la judicatura, argumenta de modo racional y de un modo que pretende ser justo. Atienza⁴²⁷ 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.

⁴²⁶ Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. cfr.

⁴²⁷ Atienza (2013). op. cit. p. 704.

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 amenazas⁴²⁸.

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 las personas abogadas. Es el caso de la persona oradora ideal que plantea Quintiliano en sus *Instituciones Oratorias*⁴²⁹. La persona abogada ideal es intelectual y comprometida con la ética. Para ser intelectual, señala Quintiliano, es necesario dedicarse mucho al estudio, lo cual no deja demasiado tiempo para perseguir el poder o buscar el lucro económico. Eso hace que la intelectualidad sea poco compatible con los caracteres más perversos.

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 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

⁴²⁸ 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.

⁴²⁹ Quintiliano (2001). op. cit. § XII-I-I.

con prudencia. Cuando lo que se dice es sincero y acorde con la ética, resulta naturalmente persuasivo⁴³⁰.

Aunque algunas personas sostienen que una causa justa y verdadera no necesita de grandes dotes oratorias, Quintiliano no está de acuerdo. La retórica es necesaria para desenmascarar argumentos engañosos y no debemos permitir que la abogacía con mejores habilidades argumentativas se ponga al servicio de las causas menos nobles. Que la justicia esté de nuestro lado no es suficiente. A menudo hechos falsos tienen apariencia de verdaderos, y hechos verdaderos parecen ser falsos.

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 tenga 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 vida. Por todo ello, el conocimiento de retórica es útil a las personas honestas.

La propuesta de Quintiliano de la abogacía ideal podría sintetizarse en la siguiente afirmación: un “orador”, para Quintiliano, es una persona honrada instruida en retórica⁴³¹.

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.

⁴³⁰ Ibid. § XII-I-I

⁴³¹ Ibid. § XII-I-I

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 honorables⁴³². 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 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 tribunales⁴³³.

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 dañan⁴³⁴. 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 injusta⁴³⁵.

Vemos que el modelo ideal de la oratoria-abogacía clásica sostenía el inherente compromiso de la persona abogada con la ética. Como afirma Adam Gearey⁴³⁶, 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

⁴³² Ibid. §XII-VII-I

⁴³³ Ibid. §XII-VII-I

⁴³⁴ Ibid. §XII-VII-I

⁴³⁵ Ibid. §XII-VII-II

⁴³⁶ Op. Cit. Gearey (2001). p. 122.

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, 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 justa⁴³⁷.

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 ven⁴³⁸.

La ideología profesionalista, que he mencionado antes, 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. Meador⁴³⁹ señala que el modelo de la virtud que establece Quintiliano está muy relacionado con el mundo romano del que procede. Ya que, para el

⁴³⁷ Ibid. p. 124.

⁴³⁸ Fitzpatrick, P. (2004). Juris-fiction: literature and the law of the law. *ARIEL: A Review of International English Literature* (35), 215-229. p 17.

⁴³⁹ Meador, P. (1983). Quintiliano y la Institutio oratoria. In J. Murphy, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*. Madrid: Gredos. p. 142 y ss.

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 defender 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.

El modelo de Quintiliano se basa en el de Cicerón, que explica de modo muy ameno en su obra *Diálogos del orador*⁴⁴⁰. En dicha obra, Cicerón contrapone dos visiones distintas de la abogacía defendidas por dos personajes de su diálogo: 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. Cicerón defiende el ideal del que habla el personaje Craso, pero presenta también con elocuencia los

⁴⁴⁰ 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.

argumentos escépticos de Antonio. 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), solo así logrará que sus discursos emocionen a las demás personas.

Además de dominar el campo de conocimiento sobre el que diserta, quien se disponga a hablar deberá saber elaborar un discurso bello, sea cual sea el tema. Pues nadie puede hablar bien de lo que no sabe, pero 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, aunque nadie puede ser llamado orador si no tiene una cultura general. 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 disertando⁴⁴¹.

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 retórica⁴⁴².

La formación de esta persona oradora consistirá en escribir mucho y bien, ejercitar la voz y los movimientos corporales, ejercitar la memoria, leer literatura, historia y leer a grandes maestros de todas las materias. La persona oradora también hará ejercicios de argumentación como alabar, criticar y refutar lo leído, y aprender a 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

⁴⁴¹ Ibid. p 33.

⁴⁴² Ibid. p 46.

hablando de una persona oradora que se va a enfrentar a pleitos. También es buena cosa desarrollar un sentido del humor elegante que amenice el discurso⁴⁴³.

Antonio no comparte la visión de la abogacía que defiende Craso, porque considera que es excesiva⁴⁴⁴. 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 al hablar en público y que escucharle resulte ameno, pero es excesivo lo que sostiene Craso.

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 filosófico⁴⁴⁵. 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.

Resulta aburrido y aséptico argumentar de modo muy racional. 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 jurídica. El ingenio, la gracia y la alegría de la persona abogada pueden ser más determinantes que sus conocimientos jurídicos.

Antonio considera 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.

⁴⁴³ Ibid. p 51.

⁴⁴⁴ 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 librará 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.

⁴⁴⁵ Ibid. p 65.

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 perfección en la expresión corporal o en el dominio de la voz. 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 aterciopelada⁴⁴⁶.

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 sean⁴⁴⁷.

Craso critica que el orador 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 abogacía⁴⁴⁸.

Sostiene Craso que, para el concepto de la antigua sabiduría griega, el gobierno, la erudición y la retórica iban de la mano, y las personas oradoras eran también las gobernantes. Pero, posteriormente, las personas eruditas se excluyeron a sí mismas de la

⁴⁴⁶ Ibid. p. 76.

⁴⁴⁷ 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.

⁴⁴⁸ Ibid. p. 79.

vida política por hastío y se dedicaron a la poesía, la matemática, la música o la filosofía.

Primero se separó la política de la erudición y después se separó a la retórica de la filosofía. Pero estas separaciones, sostiene Craso, son artificiosas⁴⁴⁹. Es absurdo separar al pensamiento del lenguaje con el que se expresa. No tiene sentido que consideremos que unas personas tienen una sólida inteligencia y otras tienen la capacidad de hablar bien. Lo natural es que quien habla bien sea quien razona bien, y que estas que hablan y razonan bien sean las que se ocupen tanto de la abogacía como de la política⁴⁵⁰.

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.

El nervio de la abogacía hace de la persona oradora alguien enérgico y solemne, y la erudición le aporta cultura y sabiduría. Opina Craso que, en los tiempos en los que Antonio y él viven, el ideal del orador se ha perdido, está muy lejos de la realidad, pues las personas dedicadas a la política están muy lejos de ser personas cultas y, como mucho, sobresalen en el conocimiento de alguna parte específica del derecho, o bien destacan por hablar bien, pero sin conocer la auténtica retórica, pues solo saben prorrumpir un torrente de palabras sin un contenido teórico profundo, y sin la ética y la virtud que caracterizan a la auténtica persona oradora. Quedaron atrás los tiempos, dice Craso, en los que quienes se dedican a la política se formaban con quienes estudian la filosofía⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Ibid. p. 193. Cicerón explica que hubo grandes mentes que se dedicaron a la política y la retórica, como Pericles, pero hubo otros grandes que se dedicaron solo a la retórica y a la abogacía, como Gorgias e Isócrates. Otros se dedicaron a la filosofía, como Sócrates. Como Gorgias e Isócrates consideraban que al hacer retórica hacían filosofía, y Sócrates despreciaba la filosofía de aquellos, les arrebató el nombre de filósofos y separó en el plano teórico la filosofía de la retórica y la abogacía.

⁴⁵⁰ Ibid. p. 193.

⁴⁵¹ 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.

Cicerón explica así, como he expuesto, dos concepciones sobre la retórica. 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*⁴⁵², Cicerón desarrolla algunos de los rasgos que ha de tener este ideal de la persona oradora.

En esta obra explica Cicerón que el orador que propone es alguien que nunca ha existido, pues busca al orador ideal y perfecto, un modelo dechado de perfección que guíe a todas las personas oradoras⁴⁵³.

El conocimiento de filosofía, sostiene Cicerón, aporta a la oratoria facilidad para definir la materia sobre la que se está debatiendo, para ordenar y clasificar las ideas, para distinguir lo verdadero de lo falso, para refutar los argumentos inconsistentes y para señalar lo que resulta confuso. También aporta la filosofía facilidad para hablar sobre la vida, la virtud, el deber, la ética, el placer y las pasiones⁴⁵⁴.

Cuanto más brillante sea la persona oradora y más se acerque a la perfección, mayores serán sus conocimientos sobre múltiples materias, incluyendo las de las ciencias naturales, pero especialmente grande será su conocimiento del derecho que necesitará cada día en las causas legales, pues no hay nada más torpe que llevar una causa sin conocer el derecho aplicable⁴⁵⁵.

Los conocimientos de retórica permitirán a la persona oradora atraer la atención del auditorio, emocionar con sus palabras y exponer el asunto con brevedad y verosimilitud. Probará sus argumentos y refutará los de la parte contraria, no de modo confuso, sino de modo ordenado. Por último, concluirá el discurso de manera apasionante. La retórica también aporta prudencia, decoro y sentido de la oportunidad la persona oradora.

Sostiene Cicerón que la persona abogada necesita por igual los conocimientos de retórica y de derecho. Explica que, en los tiempos pacíficos y tranquilos de la República romana, la retórica se consideraba lo más importante para las personas abogadas, y solo

⁴⁵² Ciceron, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial.

⁴⁵³ Ibid. §III-10

⁴⁵⁴ Ibid. §V-17

⁴⁵⁵ Ibid. § XXXIV-119

en segundo lugar se encontraba el conocimiento del derecho. Esto tiene sentido, dice Cicerón, pues en la retórica está la clave del éxito tanto en la acusación como en la defensa. Pero lamenta Cicerón que, en sus tiempos, la facilidad de palabra se ha vuelto sospechosa entre juristas y el profesorado de derecho ignora su práctica⁴⁵⁶.

Quintiliano⁴⁵⁷ suscribe el modelo de orador ideal propuesto por Cicerón y señala 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 misma⁴⁵⁸.

4. ¿PUEDE EL ARTE HUMANIZAR LA PROFESIÓN DE JURISTA?

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. Así, comúnmente se 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

⁴⁵⁶ Pide Cicerón que, si no ha logrado convencer de la utilidad de la retórica, al menos le permitan continuar enseñándola por entretenimiento en su jubilación como abogado, pues le resulta muy divertido.

⁴⁵⁷ Quintiliano (1887). op. cit. § I-Proemio-II

⁴⁵⁸ 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 cuadrado 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

puede hacernos mejores personas, mostrando las complejidades de las historias humanas que son objeto del derecho. De acuerdo con esta visión, 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 Ward⁴⁵⁹ 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 Cook⁴⁶⁰ 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 realista, mediante casos prácticos. Cuando la literatura narra situaciones estas parecen más cotidianas, y eso disminuye el temor a intervenir.

Perry Hodges⁴⁶¹ 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 Rorty⁴⁶², la ventaja de generar solidaridad y promover la identificación con las personas marginadas de la sociedad. En efecto, como indica Julius Getman⁴⁶³, no hay que formar solo a profesionales de la abogacía, sino también a personas. Centrarse de modo miope en el profesionalismo no

⁴⁵⁹ Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Nueva York: Cambridge University Press. p. 23.

⁴⁶⁰ Cook, N. (1991). Shakespeare Comes to the Classroom. *Denver University Law Review* (68), 387-401.

⁴⁶¹ Perry, E. (1988). Writing in a Different Voice. *Texas Law Review* (66), 629-632. p. 25.

⁴⁶² Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós Ibérica. cfr.

⁴⁶³ Getman, J. (1988). Voices. *Texas Law Review* (66), 577-78. p. 25.

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 Gearey⁴⁶⁴ 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 mismo 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 Nussbaum⁴⁶⁵ 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. La capacidad moral depende de la excelencia estética. 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.

⁴⁶⁴ Gearey, A. (2001). *Law and Aesthetics*. Oxford: Hart Publishing. p. 91.

⁴⁶⁵ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. (C. Gardini, Trad.) Barcelona: Editorial Andrés Bello. p. 56 y ss.

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 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 Manderson⁴⁶⁶, 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 Posner⁴⁶⁷ 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 opuestos⁴⁶⁸ a aquellos que son convenientes a la vida política. Los

⁴⁶⁶ Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press. p. 127.

⁴⁶⁷ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.

⁴⁶⁸ 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

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 novela⁴⁶⁹. 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

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 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. Berándeiz, Trans.) Buenos Aires: Losada. p.51.

⁴⁶⁹ 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.

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 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.

Posner⁴⁷⁰ 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.

⁴⁷⁰ Ibid. p. 489 y ss.

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 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 Fisher⁴⁷¹, 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 raza⁴⁷² (nótese el desagradable sabor de este comentario de Posner).

Maria Aristodemou⁴⁷³, 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.

⁴⁷¹ Fisher, J. (1993). Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence? *Texas Law Review* (72), 135-160.

⁴⁷² Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 493.

⁴⁷³ Aristodemou, M. (2000). *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity*. Londres: Oxford University Press. p. 5.

George Orwell, a pesar de ser un escritor didáctico, presentó un argumento que se ha criticado usualmente a la novela como género. 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. 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 Said⁴⁷⁴ consideró que la novela ha estado implicada en la construcción 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 pareciera 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. Said⁴⁷⁵ 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 Aristodemou⁴⁷⁶, 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.

⁴⁷⁴ Said, E. (1978). *Orientalism*. New York: Pantheon. cfr.

⁴⁷⁵ Said, E. (1983). *The World, the Text and the Critic*. Cambridge: Harvard University Press. cfr.

⁴⁷⁶ Aristodemou (2000). op. cit. p. 5.

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, Aristodemou⁴⁷⁷ 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.

Nussbaum⁴⁷⁸ 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 conducirnos a sentir emociones como rabia, rechazo o amor, en sentidos éticamente repudiados. 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.

Tal vez el más célebre defensor de la tesis edificante⁴⁷⁹ fue el filósofo romántico Friedrich Schiller⁴⁸⁰, que reflexionó sobre el papel que el arte en general, y no solo la literatura, tiene para la acción ética y para la emancipación social⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Ibid. p. 5.

⁴⁷⁸ Nussbaum (1995). op. cit. p. 62.

⁴⁷⁹ 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

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 elevándolos 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

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.

⁴⁸⁰ Schiller, F. (1969). *Cartas sobre la educación estética del hombre*. (V. Romano, Trad.) Madrid: Aguilar. Cartas VII y ss.

⁴⁸¹ 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.

nos hubiera dañado coacción alguna⁴⁸². El estado estético no provoca el estado de pereza 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 Schiller⁴⁸³, 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 no es algo que pueda recibirse desde fuera, sino que es algo que cada cual debe tener dentro de sí. El impulso del juego y la felicidad que nos reporta nos pone en la disposición adecuada para comportarnos generosamente.

⁴⁸² 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”. “Este efecto solo puede lograrse por la fuerza interior de una disposición artística. Pero aquella disposición de espíritu puramente objetiva es favorecida y estimulada exteriormente por la visión de objetos que nos predisponen a ella, por la exuberante hermosura de la naturaleza. La naturaleza, con su hermosura, al aparecer de improviso a nuestros ojos, consigue arrancarnos, aun cuando no sea 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

⁴⁸³ Schiller, F. (1969). *Cartas sobre la educación estética del hombre*. op. cit. Carta XXI.

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; Schiller⁴⁸⁴ 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 que el bien moral solo hace felices a los abnegados y a las personas de gran corazón, la belleza es capaz de hacernos felices a todos y de hacer que todos olvidemos nuestras discrepancias mientras experimentamos su mágico poder⁴⁸⁵. El placer estético es persuasivo y no impositivo, debe contar con la aquiescencia, porque nadie puede obligar a otro a sentirlo⁴⁸⁶.

Peter Häberle⁴⁸⁷ 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 también la producida por grandes juristas como, en el caso de Alemania, Savigny⁴⁸⁸ y Radbruch⁴⁸⁹. Europa, sostiene Häberle, es una utopía aún en formación, una comunidad que debe sustentarse en una cultura compartida, tanto jurídica como artística. 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.

⁴⁸⁴ Ibid. Carta XXV.

⁴⁸⁵ 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.

⁴⁸⁶ Ibid. Carta XXVII.

⁴⁸⁷ Cfr. Häberle, P., & López, H. (2004). “Poesía y derecho constitucional: una conversación”. *Punt de vista* (17), 6-30. cfr.

⁴⁸⁸ Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho romano actual*. (J. Mesía, & M. Poley, Trans.) Madrid: Centro Editorial Góngora.

⁴⁸⁹ Radbruch, G. (1933). *Filosofía del Derecho*. (J. Media, Trans.) Madrid: Editorial Revista de derecho privado. cfr.

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 ática⁴⁹⁰.

Manderson⁴⁹¹ 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 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 poseen una rica sensibilidad y aportan 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

⁴⁹⁰ Häberle, P., & López, H. (2004). "Poesía y derecho constitucional: una conversación". op. cit. p. 28.

⁴⁹¹ Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press. Op. Cit. p. 199 y ss.

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 utopía⁴⁹².

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 pluralismo⁴⁹³. 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*, Häberle⁴⁹⁴ desarrolla la tesis 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 Locke⁴⁹⁵.

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.

⁴⁹² Häberle & López (2004). op. cit. p. 20 y ss.

⁴⁹³ Ibid. p. 23.

⁴⁹⁴ Häberle, P. (2004). Fragmentos de *La Constitución de los Literatos*. *Punt de vista* (17), 31-74.

⁴⁹⁵ Ibid. p. 53 y ss.

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

Como señala Otero Parga⁴⁹⁶, durante siglos la tarea del estudiante de derecho no se limitó a estudiar códigos y normas escritas, sino que además estudiaban retórica, lo cual perseguía la elevada finalidad de que la persona jurista pudiese decir lo bueno y lo justo 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 negro. Pero por suerte esto es un estereotipo, la abogacía real no tiene este grado de vileza y no solo necesita ingenio, sino también conciencia.

El ideal pedagógico de la antigüedad puede encontrarse en las *Instituciones oratorias*⁴⁹⁷ 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, expone Quintiliano las artes y ciencias que debe aprender alguien que aspire a este ideal, desde la infancia.

Esta reflexión pedagógica me parece muy interesante porque cuestiona la orientación actual 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

⁴⁹⁶ Otero, M. (2009). Retórica versus argumentación. Perspectivas en el nuevo espacio de educación superior. *Dereito*, XVIII (2), 149-180. p. 151 y ss.

⁴⁹⁷ Quintiliano (1887). op. cit.

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 escritura⁴⁹⁸.

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. La persona oradora debe saber modular la voz, adaptándola al significado de las palabras. 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 compasión⁴⁹⁹.

Quintiliano considera que las matemáticas son importantes, no solo para la persona oradora, sino para cualquiera. Como su uso es muy frecuente en las causas forenses, la persona abogada que no las domine quedará como una ignorante. Además las matemáticas conectan con la habilidad lógica, que permite argumentar pasando de unas premisas a una conclusión. La lógica puede ayudarnos a desvelar la falsedad de una tesis que parecía cierta⁵⁰⁰.

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,

⁴⁹⁸ Ibid. §I-IV-I a I-VI

⁴⁹⁹ Ibid. §I-VIII

⁵⁰⁰ Ibid. §I-IX

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 gestos⁵⁰¹. 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 corporal, 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 movimientos⁵⁰².

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 conveniente⁵⁰³. 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.

El estudio de la ética es positivo para el cultivo de las virtudes morales, amoldando a ellas nuestras vidas. Cuando 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

⁵⁰¹ Ibid. §I-X-I

⁵⁰² Ibid. §I-X-II

⁵⁰³ Ibid. §XII-II a XII-IV

parte de la fuerza de la retórica, que recae en su capacidad para emocionar y entretener⁵⁰⁴.

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 leyes⁵⁰⁵. 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. Un ejemplo de ejercicio es el de debatir sobre si una narración histórica o ficticia es creíble o no lo es; otro ejercicio es el de alabar lo virtuosos y vituperar lo condenable; y otro ejemplo es el de comparar unas cosas con otras. Otro ejercicio es el de reflexionar sobre cuáles pudieron ser las causas de un hecho. Junto con la realización de ejercicios de este tipo, resulta muy conveniente la lectura y el análisis retórico de discursos célebres, y especialmente si son de temática jurídica; estos discursos pueden memorizarse y ser declamados⁵⁰⁶.

Para aprender retórica, señala Quintiliano, son necesarias en esencia tres habilidades: escribir, leer y pronunciar discursos. Es importante para la persona oradora presenciar la declamación de discursos, porque hay cosas que logran decirse solo con el movimiento y la voz. Cuando se leen argumentaciones jurídicas es conveniente leer también la argumentación de la parte contraria y conocer el contexto en el que surge el asunto.

⁵⁰⁴ Ibid. §XII-II

⁵⁰⁵ Ibid. §XII-III-XII-VIII

⁵⁰⁶ Ibid. §II-II a II-XI

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 de escribir, 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 importante⁵⁰⁷. 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 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 oratoria⁵⁰⁸.

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.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Ibid. §X-V

⁵⁰⁸ Ibid. §XII-VI

⁵⁰⁹ Ibid. §XII-XI-IV

1. CONCEPTOS CLAVE DEL SABER RETÓRICO Y CLASIFICACIONES ESENCIALES

En este apartado presentaré algunas de las nociones centrales de la retórica clásica, a modo de exposición esquemática. El presente trabajo defiende la recuperación de esta tradición y, en particular, de los elementos psicológicos y estilísticos, que en la “teoría estándar” parecen situarse en los límites de la argumentación, pero que en la tradición clásica son objeto de amplio estudio y dedicación.

Enseñar, deleitar y emocionar

Una primera cuestión que considero que es interesante destacar es la teoría de los tres fines de la retórica. La pregunta que vertebra esta teoría es la de ¿para qué sirve la retórica?, es decir ¿para qué quiere un orador o una oradora convencer al auditorio?

Cicerón, en sus *Diálogos del orador*, señala 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 discurso⁵¹⁰.

Quintiliano sintetiza esta teoría de Cicerón, afirmando en sus *Instituciones*: “Tres cosas debe hacer el orador: enseñar, deleitar y emocionar”⁵¹¹. 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. Para enseñar es necesario que se nos comprenda. Deleitar es muy importante,

⁵¹⁰ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 160.

⁵¹¹ Quintiliano (1887). op. cit. § V-Proemio.

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 práctica. Las emociones tienen el poder de mover a la acción⁵¹², aunque en otros muchos casos, matiza Agustín de Hipona, el conocimiento es suficiente aliciente para la acción. También hay quienes se deleitan con un discurso puramente racional, sin belleza lingüística, formado por razonamientos. Por eso para Agustín de Hipona, de los tres fines, el de enseñar es el principal⁵¹³.

Continúa diciendo que, cuando con el discurso pretendamos solo informar, será suficiente con enseñar y deleitar, pero cuando queramos que el auditorio actúe de un modo determinado, será muy conveniente que el discurso logre emocionar⁵¹⁴. El autor relaciona esta teoría de Cicerón con la teoría ciceroniana de los tres estilos (que expondré más adelante): explica que, para enseñar, es conveniente hablar con sencillez; para deleitar, hacer gala de moderación de carácter; y para emocionar, conviene hablar de modo apasionado⁵¹⁵.

⁵¹² DeHipona, A. (1958). Sobre la doctrina cristiana.. p. 27.

⁵¹³ Ibid. p. 28.

⁵¹⁴ Ibid. p. 29.

⁵¹⁵ Ibid. p. 34.

Convencer y persuadir

En las *Particiones Oratorias*, Cicerón⁵¹⁶ 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 Perelman⁵¹⁷. 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 persuasión⁵¹⁸.

Quintiliano⁵¹⁹ 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 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

⁵¹⁶ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico. p. 9.

⁵¹⁷ Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

⁵¹⁸ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 9.

⁵¹⁹ Quintiliano (1887). op. cit. § V-Proemio.

contraria. Pero las emociones y el deleite son vías legítimas y complementarias que no deben rechazarse.

Los tres géneros retóricos

La retórica de Aristóteles distingue tres grandes géneros retóricos: el deliberativo, el judicial y el epidíctico. El deliberativo podría corresponderse hoy en día con la retórica política y parlamentaria, así como con la retórica que preside en cualquier asamblea cuyo objeto sea decidir si se debe hacer algo y cómo se debe hacer.

El género judicial es el que más interesa a la abogacía y la judicatura, pues es el que se dedica a los asuntos jurídicos. El género epidíctico, por último, es el que se centra en la composición de discursos elogiosos (o discursos de censura) que se exponen en actos conmemorativos o festejos. Aristóteles dio prioridad a la retórica política, mientras que Cicerón y Quintiliano se centraron más en la oratoria para la abogacía⁵²⁰.

Cicerón considera que en la retórica tienen un papel central las emociones, frente al enfoque aristotélico, que a pesar de tratar de modo extenso las emociones, considera que producen una adhesión inferior a la lograda mediante la lógica. Es tanta la importancia que Cicerón da a las emociones que considera que los tres tipos de discurso están estrechamente relacionadas con tipos distintos de emociones: el discurso político está muy relacionado con la esperanza y el temor, el judicial con la indignación y la compasión, y el epidíctico con el placer estético⁵²¹.

Las cinco etapas en la elaboración de un discurso

La retórica tiene cinco etapas, que consisten en los pasos que tiene que dar la persona oradora para crear y, finalmente, exponer un discurso. Imaginemos a una abogada que está preparando una causa, ¿qué fases tendrá la elaboración del escrito jurídico que piensa utilizar como base en el juicio oral? Pues bien, lo primero que hará será buscar, inventar, los argumentos que va a utilizar. Esta primera fase de su trabajo, que es la de búsqueda de los argumentos, se llama “inventio”.

⁵²⁰ Atienza (2013). op. cit. p. 368.

⁵²¹ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 11.

Una vez que haya pensado cómo puede defender la causa, pensará en qué orden colocar los argumentos dentro del texto, cómo organizar la disposición de las ideas. Esta fase se llama “dispositio”. Cuando la abogada ya ha pensado en los argumentos y en cómo va a organizarlos, surge el momento de redactar el escrito, con las cualidades estilísticas más adecuadas para el propósito que persigue, que es lograr persuadir a la persona juzgadora. Esta fase se llama “elocutio”.

Una vez que la abogada tiene realizado su escrito debe prepararse para el juicio, para lo cual necesitará memorizar múltiples aspectos de la causa y de su escrito; “memoria” se llama esta fase. Finalmente llega el gran momento, la defensa en Sala, para lo que necesitará hacer una magnífica actuación, que logre convencer. Esta última fase se llama “actio”.

En las *Particiones*, Cicerón explica brevemente qué hay que hacer en cada una de estas etapas para lograr el éxito en un pleito. He recogido algunos de estos consejos, evitando extenderme demasiado. En la invención hay que hacer tres cosas: buscar pruebas que hagan creíble la causa, elementos emocionales que conmuevan al auditorio y argumentos que aludan a esas pruebas y a esos elementos emocionales⁵²².

En la disposición se trata de ordenar el discurso, y el orden dependerá del tipo de discurso. En los discursos fúnebres o festivos la finalidad es causar emoción, y por ello se hará una exposición de virtudes en orden cronológico, o de lo mayor a lo menor, o de lo menor a lo mayor, etc. En los discursos políticos hay que ir al grano, evitando los preámbulos largos y las largas narraciones de hechos.

En los discursos de la abogacía, que es lo que más nos importa aquí, Cicerón recomienda que la acusación trate de indignar a la persona juzgadora, mediante una exposición ordenada y vehemente de los hechos, una argumentación didáctica de sólidas bases legales y pruebas, y una conclusión apasionada.

La defensa, por su parte, tratará de lograr benevolencia, para lo cual la narración de los hechos eliminará todo lo que sea perjudicial o incluso se eliminará la narración si toda ella perjudica. Las pruebas de la parte contraria deben rebatirse si hay argumentos

⁵²² Ibid. p. 5.

más sólidos o igualmente sólidos, o confundirse introduciendo asuntos secundarios que desvíen la atención⁵²³.

Con respecto a la disposición, Quintiliano expresa con esta afirmación la importancia de la misma: “Así como no basta que el artífice tenga buenos materiales para la fábrica de un edificio, si no sabe darles un buen orden y colocación, así por más afluencia de voces que haya en la oratoria, sólo servirán de abultar y llenar, si no se unen y ordenan entre sí por una competente disposición. (...) No van descaminados los que dicen que la naturaleza consiste en el orden”⁵²⁴.

Cicerón, en las *Particiones*, explica que la elocución, la búsqueda del estilo, debe basarse en varias características, que han de estar presentes tanto en el discurso escrito como en el oral: la claridad, la brevedad, la veracidad, la viveza y la suavidad. La claridad implica hablar con un lenguaje comprensible, con escasos tecnicismos y sin datos innecesarios; la brevedad exige no dilatarse más allá de lo justo y necesario para hacernos entender; la veracidad implica utilizar jurisprudencia, interpretaciones del derecho comúnmente admitidas y datos que sabemos que serán compartidos con facilidad; la viveza consiste en narrar los hechos de modo tan vívido que parezca puesto ante la vista del auditorio; la suavidad implicará no gritar ni destilar agresividad, así como hacer gala de educación y cortesía, mediante elogios a otras personas y modestia⁵²⁵.

Las tres vías para el logro de la persuasión

Hemos llegado a la que personalmente considero la clasificación más importante del saber retórico que 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

⁵²³ Ibid. p. 15.

⁵²⁴ Quintiliano (1887). op. cit. § VII-Proemio

⁵²⁵ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 22.

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 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.

Aristóteles⁵²⁶, 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

⁵²⁶ Aristóteles. (1990). *Retórica*. § II-1357a 31-32

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.

El auditorio

En este breve recorrido por las nociones básicas de la retórica clásica es necesario hacer mención al auditorio, entendido como compuesto por personas de carne y hueso, y que reaccionan tanto de modo racional como emocionalmente ante las palabras y la actuación de una oradora o de un orador, que también es de carne y hueso.

Cicerón, a diferencia de la “teoría estándar”, 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 de todas las personas de 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”⁵²⁷. 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 admite⁵²⁸ que a veces el pueblo aplaude discursos mediocres o incluso malos, pero señala que eso solo ocurre cuando 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 porqué 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.

⁵²⁷ Cicerón, M. (2004). *Bruto, o de los ilustres oradores*. p. 44.

⁵²⁸ *Ibid.* p. 44 y ss.

La ocasión

Cicerón⁵²⁹ señala que cuando preparamos un discurso debemos hacernos tres preguntas ¿qué vamos a decir?, ¿cómo lo vamos a decir?, y ¿cuándo lo vamos a decir?, la última pregunta es especialmente reseñable porque alude a una cuestión que no debemos descuidar, la de la oportunidad en la que vamos a hablar: ante quiénes, en qué momento, en qué lugar. La pregunta por el ¿cuándo lo vamos a decir? Condiciona el qué y el cómo.

Quintiliano expresa elocuentemente la importancia que tiene para la oratoria el saber adaptarse a las ocasiones: “ninguno aguarde de mí que dé a los aficionados de la elocuencia aquellos preceptos, que la mayor parte de los que trataron esta materia miraron como leyes inviolables (...) Cosa muy fácil, por cierto, sería la oratoria si estuviera ceñida a unas reglas tan breves y precisas (...) La regla principal es el tino y juicio del orador, el que dirá cómo y cuándo debe mudarlas”⁵³⁰.

2. UN PASEO POR LA REGIÓN DEL LOGOS

Aunque en este trabajo reflexiono especialmente sobre los aspectos del saber retórico que la llamada “teoría estándar” ha situado en los límites de la argumentación (las virtudes de la persona oradora, las emociones y los elementos estéticos), en este epígrafe voy a hacer mención a algunos aspectos de la retórica clásica pertenecientes a la “región del *logos*”, territorio de estudio privilegiado por la “teoría estándar”.

Los aspectos más interesantes desde el punto de vista de una racionalidad lógica y argumentativa son los relativos a la *inventio* (búsqueda de los argumentos) y a la *dispositio* (organización de los argumentos dentro del discurso).

⁵²⁹ Ciceron, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial. § XIV-43

⁵³⁰ Quintiliano (1887). op. cit. § II-XIV-I

Las partes del discurso

Como he señalado antes, la *dispositio* es la operación consistente en organizar el discurso, oral o escrito, en partes. Pues bien, la retórica clásica ofrece un esquema orientativo para organizar un discurso; ¿cuáles son las partes del discurso según este esquema?

En primer lugar hemos de realizar una introducción (*exordio*), posteriormente exponer la narración de los hechos de la causa (*narratio*), a continuación describir de manera clara y sintética qué es lo que se discute y qué tesis adopto yo, y qué comparto y en qué discrepo con la parte contraria, así como qué puntos voy a tratar (*divisio*), después presentaré los argumentos y pruebas favorables, y refutaré los del contrario (*argumentatio*), por último expondré las conclusiones que resumen los aspectos centrales que he defendido (*peroratio*).

Algunos autores añaden otra parte que puede darse en un discurso, la digresión, que como explica Quintiliano, consiste en salirse del tema principal con la finalidad de amenizar el discurso. Lo natural es que se utilicen digresiones en cualquier parte del discurso cuando resulten útiles. La digresión no debe distraer al auditorio de la cuestión principal de modo que olviden de lo que estamos hablando, sino que se utiliza para retomar fuerzas, o para suavizar la dificultad técnica o la agresividad del discurso⁵³¹.

Esquemas argumentativos

Desde el punto de vista del *logos*, hay una operación aún más importante que la *dispositio*: me refiero a la *inventio*. El hallazgo de los argumentos es, y esto parece una obviedad, un elemento central en una concepción de la retórica que la concibe como argumentación. La retórica clásica nos ha dejado unos consejos para buscar argumentos jurídicos que han influido sobre los estudios en lógica informal. Cicerón⁵³², en las *Particiones*, explica cómo elaborar una argumentación según la finalidad y el tipo de discurso.

⁵³¹ Quintiliano (1887). op. cit. § IV-III

⁵³² Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 44.

Hay pleitos, comienza, en los que la clave puede estar en una definición, por eso recomienda manejar bien el arte de definir⁵³³, pues siempre caben definiciones alternativas. En la argumentación es esencial, además, aprender a refutar, ¿y cómo podemos hacerlo?, Cicerón sugiere distintas estrategias como sostener que todo lo que ha dicho la parte contraria es deliberadamente falso, o refutar el argumento más fuerte de la parte contraria (mostrando que está en un error), o mostrar que de las premisas de las que parte no se deduce la conclusión que sostiene. En cualquier caso, dice, conviene refutar todos sus argumentos uno por uno. En la refutación se ha de señalar jurisprudencia en sentido contrario y también se ha de apelar a las consecuencias nefastas que tendría aceptar tesis como las de la parte contraria.

También han de refutarse los testimonios alegando que son débiles, irrelevantes, falsos o que obedecen a intereses personales o a pasiones ocultas, y se les puede comparar con otros testimonios a los que no se ha dado crédito. Tanto en los

⁵³³ Al respecto merece la pena tener en cuenta a Isidoro de Sevilla en las *Etimologías*. El autor enumera varios tipos de definiciones: La definición explica qué es una cosa, cómo es y cuántos son sus miembros. Es una oración breve que determina la naturaleza de la cosa, separándola de lo que es común a otra. Hay quince modos de definir.

-Definición sustancial. Es la auténtica definición. Consiste en mostrar la especie, las diferencias y lo propio. “El hombre es animal racional, mortal, capaz de risa y de disciplina”.

-Noción de la cosa: Este modo de definición no dice lo que es la cosa, sino que dice alguna de sus características que nos conduce al conocimiento de lo que es. “El hombre es un ser racional que, por ello, está por encima de todos los animales”.

-Definición cualitativa: Este modo de definición nos enumera las cualidades de lo definido. “El hombre es el ser que tiene la facultad de discurrir, se ejercita en las artes y por el conocimiento que tiene de las cosas sabe qué tiene que elegir y qué es lo que tiene que rechazar”.

-Descripción de hechos y dichos: Este modo de definición consiste en definir hechos y dichos. “Lujurioso es el que apetece comidas no necesarias, sino suntuosas y caras, inclinado a las delicias y a la sensualidad”. Esta definición es más apta para los oradores que para la dialéctica porque sirve para amplificar (exagerar).

-Definición por sinónimo: Este modo consiste en aclarar el sentido de una palabra con otra palabra que tiene el mismo significado. “Ciudad devastada significa ciudad destruida”.

-Definición comparativa: Este modo consiste en comparar dos elementos para resaltar y aclarar las características de uno de ellos. “El rey es moderado y templado; el tirano es impío y cruel”.

-Definición metafórica: Consiste en definir mediante una metáfora. “La playa es el lugar que rechaza la ola”.

-Definición mediante contraposición: Consiste en definir algo exponiendo su contrario, cuando lo contrario es conocido. “Si lo bueno es lo que aprovecha con decoro, lo que no es tal es malo”.

-Definición analógica: Se recurre a algo que se parece para definir. “Un animal es... como el hombre”.

-Definición por la carencia: Es la que define aludiendo a lo que le falta para ser pleno. “La tercera parte es aquello a lo que le faltan dos partes para ser una unidad”.

-Definición epidíctica: Procede por alabanza o por vituperio. “La ley es la mente, el consejo, el espíritu y el común saber de la ciudad”.

-Definición relacional: “Padre es el que tiene hijo”.

-Definición del género a la parte o de la parte al género: “Biblioteca es lo que abarca muchos libros”. DeSevilla, I. (1951). *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. p. 67 y 68.

testimonios como en las declaraciones de la parte contraria puede señalarse ambigüedad, inconsistencia, que el relato es increíble, o que hay contradicciones entre las declaraciones⁵³⁴.

Además de estas sencillas recomendaciones sobre la refutación, Cicerón esboza unos esquemas para el discurso suasorio y para el disuasorio que han tenido bastante calado en el interior de la “teoría estándar”⁵³⁵. Entre los discursos políticos o que se producen en asambleas, señala Cicerón, hay que distinguir dos tipos: los que intentan convencer de una propuesta y los que tratan de disuadir de otra.

En primer lugar Cicerón expone el esquema de un discurso suasorio, es decir, del que intenta convencer para adoptar una propuesta. Lo primero que hay que probar es que la propuesta que se está planteando es necesaria y es posible, ya que si algo no es necesario o no es posible, la propuesta no logrará salir adelante.

Para probar que la propuesta es posible se ha de señalar que es fácil de realizar y también aquí se señalará que el problema que se trata de resolver es muy importante. A continuación se demostrará que la propuesta que se plantea es útil, desde todas las perspectivas presentes en el auditorio; es decir, que trae consigo lo que buscan las personas menos altruistas: dinero, placer y poder; y también lo que buscan las personas altruistas, mostrando que la propuesta sirve a la justicia, la virtud y el prestigio. Hay que procurar no contraponer ambos aspectos, sino que la justicia y los intereses caminen en la misma dirección⁵³⁶.

Tras hablar de lo positivo de nuestra propuesta hablaremos de los problemas que traería no seguirla, porque la mayoría de la gente se convence más por la evitación de los problemas que por la persecución de los bienes⁵³⁷.

Aquí apelaremos a los temores de las personas más elevadas y de las más superficiales que se derivarán de no hacer lo que decimos. Apelaremos a la deshonra, la

⁵³⁴Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit p. 51.

⁵³⁵ Vega Reñón propone unos modelos argumentativos para la suasión y la disuasión que son sustancialmente idénticos a los propuestos por Cicerón. Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. cfr.

⁵³⁶Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit p. p. 89.

⁵³⁷Ibid. p. 91.

vergüenza pública, el rechazo social, el sufrimiento común, el dinero que se dejará de ganar, el dolor que se experimentará, el placer al que se renunciará por siempre⁵³⁸.

Tras tratar todos estos aspectos nos detendremos en cuestiones de logística que muestran que el éxito de nuestro plan es casi seguro. Así, aclararemos con quiénes haremos el plan, contra quiénes, en qué tiempo, en qué lugar, con qué dinero, con qué ayuda, etc. No solo ha de considerarse lo que nos ayuda, sino también los obstáculos. No solo trataremos de demostrar que es posible, sino además que no tiene ninguna dificultad y que será agradable⁵³⁹.

Este es el esquema del discurso suasorio. A continuación Cicerón presenta el esquema para un discurso disuasorio. Un discurso disuasorio tratará de demostrar que la propuesta no sirve para nada o que es imposible de realizar. En la disuasión se puede apelar a los intereses y a los vicios del auditorio, así como a la tranquilidad, indicando que la propuesta tiene pocos visos de éxito y que más nos vale conservar la prosperidad que ya tenemos y evitarnos peligros futuros e inestabilidad⁵⁴⁰.

Tanto los discursos suasorios como los disuasorios vendrán precedidos por una pequeña introducción en la que se explicará de qué asunto se va a hablar y por qué razones se va a hablar de eso, también se dirá que el discurso será breve y se rogará que se escuche con atención⁵⁴¹. Estos discursos requerirán un estilo sencillo y digno.

Los estados de la causa

Como hemos visto, una de las cosas importantes en el discurso es dejar claro qué se discute y qué se defiende. Perelman dice, en este sentido, que en la argumentación jurídica ocurre a menudo que dos oradores u oradoras, que se enfrentan en una controversia y que deberían tratar el mismo tema, presentan exposiciones hasta tan punto diferentes que quien ignora el contexto puede creer que se trata de dos problemas que no tienen entre sí nada en común. Por ello, para quien debe tomar posición es esencial establecer los puntos de desacuerdo y, a partir de ellos, trasladar los discursos a un plano en que las tesis contrapuestas se hagan comparables y en el que los argumentos

⁵³⁸ Ibid. p. 92.

⁵³⁹ Ibid. p. 95.

⁵⁴⁰ Ibid. p. 96.

⁵⁴¹ Ibid. p. 96.

utilizados a favor de la primera opción se conviertan en objeciones frente a la segunda⁵⁴².

Esto nos conduce a hablar de los estados de la causa, que es una de las teorías elaboradas por la retórica clásica y que forma parte de la racionalidad del *logos* que es la que nos permite clasificar, organizar y comparar.

La doctrina de los estados de la causa fue desarrollada por Hermágoras, un rétor del siglo II a. C cuya obra se ha perdido, pero lo esencial de su clasificación figura en la *Retórica a Herenio*⁵⁴³, obra anónima del siglo I a. C.

La pregunta que se hace la doctrina del estado de la causa es ¿qué se debate en este pleito?, para ello tendremos que localizar cual es la fuente de la discrepancia sobre la que una parte afirma una cosa y la otra parte afirma la contraria. El estado de la causa, por tanto, está formado por dos tesis contrapuestas y por una pregunta, que se llama “punto a juzgar”. En la *Retórica a Herenio* figura un ejemplo: acusación (mataste a Ajax), defensa (no lo maté). Punto a juzgar (¿lo maté?).

Para poder desarrollar un discurso coherente debemos identificar los puntos a juzgar en la causa, pues estos puntos a juzgar constituyen el epicentro de la argumentación desplegada. El sistema entero de ambos discursos debe ser conducido a este punto a juzgar. Cada punto a juzgar es un estado de la causa, pero en un mismo pleito pueden debatirse varios puntos a juzgar, por ejemplo, dos cuestiones de interpretación, o una de interpretación y otra de otro tipo.

La doctrina del estado de la causa establece, en su versión simplificada⁵⁴⁴, tres tipos de causas, es decir, de estados de la causa: causas conjeturales, causas legales y

⁵⁴² Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas. p. 161.

⁵⁴³ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. (S. Núñez, Trad.) Madrid: Gredos. § Libro I, 11-15; p. 86-98.

⁵⁴⁴ En las obras hasta aquí citadas de Cicerón figura una versión más completa de la doctrina de los estados de la causa que es resumida con mucha claridad con Isidoro de Sevilla como sigue: “El estado de la causa es la cuestión en la que consiste la causa. Los romanos le llaman “constitutio causae” y los griegos “stasis” (controversia). Los estados de la causa racionales son los siguientes: el estado de la causa *conjetural* es el que debate sobre si un hecho ha ocurrido o no, el *definitivo* es el que demuestra con argumentos lógicos la tesis, el *cualitativo* es el que debate qué es la cosa, el *traslativo* es cuando se debate sobre trasladar la causa porque no hay competencia, o no están las partes, o hay defecto de tiempo, o cualquier otro defecto procesal.

Los estados de la causa legales son los siguientes: el *judicial* es el que debate sobre la justicia y la equidad, el *negocial* es el que intenta determinar la moral observando las costumbres y el precedente de

causas jurídicas. Las causas conjeturales son las que se refieren a los hechos ¿ocurrió este hecho o no ocurrió?; las causas legales son las que se refieren a cuestiones interpretativas o procesales ¿es competencia de este tribunal?, ¿debe aplicarse esta ley o esta otra?, ¿cómo debemos interpretar este texto legal?

Por último, el estado de la causa jurídico es aquel en el que hay acuerdo sobre los hechos y también sobre la interpretación de los textos, la cuestión es ¿estos hechos son conformes a derecho?

Cicerón, en *La invención*, menciona otro tipo de estado de la causa que ha de ser mencionado, el de petición de beneficio o recompensa, que responde a la pregunta ¿debe esta persona recibir tal prestación?⁵⁴⁵ Considero que este estado de la causa puede ser de especial interés para quienes se dediquen a pleitear en materia de seguridad social.

Aunque hoy en día parezca haberse olvidado esta importante cuestión del saber clásico, Atienza destaca la similitud entre la doctrina de los estados de la causa y la famosa tipología de casos difíciles establecida por MacCormick⁵⁴⁶. El mismo

equidad, el *asuntivo* es el que a priori no resulta justo pero en atención a circunstancias particulares puede ser justificable.

En función de la reacción del reo hay varios estados de la causa: la *concesión* es cuando el reo admite el hecho pero pide que se le perdone; la *remoción* del crimen es cuando trata de imputar a otro el crimen que se le imputa; la *relación del crimen* es cuando dice haberlo hecho en legítima defensa o en respuesta razonable a una ofensa; la *comparación* es cuando se afirma que se hizo para lograr una fin justo u honesto de mayor importancia; la *exculpación* es cuando se admite el hecho pero se achaca a imprudencia, caso fortuito o necesidad; la *deprecación* es cuando el reo admite el hecho y no muestra arrepentimiento, pero pide que se le perdone.

En función de la relación entre las leyes y la voluntad tenemos varios estados de la causa: el de *escrito y voluntad* se da cuando las palabras parecen no coincidir con la intención del escritor; el *estado de las leyes contrarias* se da cuando no concuerdan unas leyes con otras; la *ambigüedad* se da cuando lo escrito no está claro y puede entenderse de varias maneras; el *raciocinio* se da cuando de lo escrito se deduce algo nuevo que no está escrito; la *definición* es el que soluciona el asunto acudiendo a una definición jurídica. Los estados de la causa son, según hemos visto y siguiendo a Cicerón, dieciocho". DeSevilla, I. (1951). *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. p. 48.

⁵⁴⁵ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos. p. 270.

⁵⁴⁶ Dice MacCormick que, a propósito de la norma cabría plantearse: 1. Problemas de interpretación, hay acuerdos sobre la norma aplicable, pero no sobre cómo debe ser entendida, 2. Problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre si hay o cuál es la norma aplicable. A propósito de los hechos surgen las siguientes preguntas. 1. Problemas de prueba, si un hecho ha tenido lugar. 2. Problemas de calificación, que van sobre si un hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto. Cfr. MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Atienza señala que esta tipología pasa por alto las cuestiones procesales y los casos, la cuestión de si una norma es válida o no, y los casos en los que la persona juzgadora tiene que aplicar una regla de fin o de principio. Atienza (2013). Op. Cit. p. 432 y ss

Atienza⁵⁴⁷, ofrece una tipología de causas, partiendo de MacCormick y de la doctrina clásica: causas procesales (ej. ¿Es competencia de este tribunal?), de prueba (ej. ¿Podemos concluir que tales hechos han quedado probados?), de calificación (ej. ¿Cómo debemos calificar jurídicamente a tales hechos?, ¿son conformes a Derecho?), de aplicabilidad (ej. ¿Esta es la norma aplicable?), de validez (ej. ¿Tal norma es conforme con las leyes, y con la Constitución?, ¿fue promulgada en tiempo y forma?), de interpretación (ej. ¿Cómo debemos interpretar tal norma o tal principio?), de discrecionalidad (ej. ¿Se ha excedido tal órgano en el ejercicio de su discrecionalidad?, ¿qué solución garantizaría el mayor bien para el menor en este pleito de divorcio?), y de ponderación (ej. ¿Cuál es la solución que nos permitiría maximizar todos los bienes en conflicto?).

Una cuestión puede responder simultáneamente a dos estados de la causa, por ejemplo, señala Atienza, la pregunta ¿consideramos que se ha vulnerado la dignidad de esta persona?, es simultáneamente de calificación (estado de la causa jurídico) y de interpretación⁵⁴⁸.

En la *Retórica a Herenio*⁵⁴⁹ se señala que, dentro del discurso, el punto a juzgar y nuestra tesis, deben ser explicados de modo claro y sintético en la parte del discurso denominada “división”. Por ejemplo: estamos de acuerdo con la contraparte en que tales hechos ocurrieron, pero lo que se discute es si tal acción era ilícita; o bien: la contraparte admite que tales hechos ocurrieron, y pese a ello, afirma que esos hechos no deben tener consecuencias penales.

La división del discurso también contendrá una enumeración, que sirve para decir cuántos puntos (argumentos) vamos a tratar. Conviene que nos centremos en un máximo de tres puntos. Explicaremos brevemente en qué consiste cada punto.

Por tanto, como señala Cicerón⁵⁵⁰, la división del discurso contiene dos partes: en la primera exponemos los puntos en los que estamos de acuerdo con la parte contraria y aquellos en los que disentimos, señalando al oyente el punto específico al

⁵⁴⁷ Atienza (2013). Op. Cit. p. 432 y ss.

⁵⁴⁸ Ibid. p. 438.

⁵⁴⁹ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 85 y 86.

⁵⁵⁰ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 129.

que debe prestar atención. En la segunda indicamos de manera breve y ordenada los asuntos de los que vamos a tratar.

Cuando señalemos aspectos de la parte contraria con los que estemos de acuerdo mostraremos aquellos que nos beneficien, y luego señalaremos el punto concreto que es objeto del litigio.

Quintiliano señala que “perjudica muchísimo la división demasiado escrupulosa en muchos puntos”⁵⁵¹. La finalidad de la división no es solo dejar las cosas muy claras, sino también aliviar la fatiga de las personas oyentes, pues es como una división de las leguas del camino que anima a la persona caminante, permitiéndole saber lo que lleva recorrido y lo que queda de camino. El camino no resulta tan largo, dice Quintiliano, cuando vemos el fin a lo lejos. La división debe ser muy clara “pues ¿qué mayor monstruosidad que ser oscura aquella parte cuyo único fin es dar luz a lo restante del discurso?”, y debe ser breve, porque en ella no argumentamos sino que solo anunciamos aquello que vamos a argumentar⁵⁵².

Los estados de la causa son el epicentro del *logos*, porque, como señala el autor anónimo de la *Retórica a Herenio*, “toda la esperanza de victoria y los procedimientos de la persuasión residen en la demostración y en la refutación. En efecto, una vez que hayamos expuesto nuestros argumentos y refutado los de nuestros adversarios, habremos cumplido de manera perfecta nuestro objetivo de orador”⁵⁵³. Por tanto, la identificación de los estados de la causa es crucial para ayudarnos a argumentar, a saber qué tenemos que demostrar y qué tenemos que refutar⁵⁵⁴.

Cicerón señala que no debemos escribir el discurso antes de tener muy claro cuál es el punto a juzgar, cuál es nuestra tesis y cuáles son nuestros argumentos⁵⁵⁵. Dicho autor explica con sencillez cómo podemos enfrentarnos a cada tipo de causa; si la causa gira en torno a una calificación jurídica, por ejemplo ¿bajo qué tipo delictivo debe calificarse este hecho?, lo que tendremos que hacer es definir claramente en qué

⁵⁵¹ Quintiliano (1887). op. cit. § IV-V-I

⁵⁵² Ibid. § IV-V-I

⁵⁵³ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 86.

⁵⁵⁴ Ibid. p. 88.

⁵⁵⁵ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 111.

consiste cada categoría jurídica y argumentar que el hecho exige una calificación distinta a la que reivindica la contraparte.

La causa puede girar en torno a una calificación jurídica conectada con un motivo de justicia más profundo, por ejemplo, ¿cualquier persona razonable se habría visto obligada a actuar así?, no podemos dejar de aludir a los fundamentos últimos del Derecho. Aquí la controversia no está en si unos hechos ocurrieron o no (o si han sido cometidos por otra persona), sino en si hubo ignorancia, casualidad, necesidad, legítima defensa, o si se actuó bajo coacción. En estas causas las emociones son muy importantes.

Otras veces la causa puede versar sobre cuestiones procesales tales como competencia, legitimación procesal, procedimiento, jurisdicción, plazos, o requisitos de la acción. Lo importante, señala Cicerón, es que identifiquemos todos los estados de la causa presentes en el asunto, todas las cuestiones que se discuten.

Las controversias sobre la interpretación de textos pueden mostrar aparente contradicción con la intención bien conocida del autor de la norma, es posible que el texto tenga dos o más posibles significados, que las leyes parezcan discrepar entre sí, que sea pertinente realizar una analogía para extender el significado de un texto a otro, o que queramos indagar sobre el significado de una palabra del texto (definición).

En las causas de beneficio o recompensa, la persona juzgadora analizará los servicios prestados, la credibilidad de la persona que solicita la prestación, el tipo de recompensa y los recursos disponibles. Sobre los servicios prestados se analizará su magnitud y dificultad, si son excepcionales o comunes, si se prestaron con vistas a lograr el beneficio que hoy se pide o sin la vista puesta en ello. Se verá cuál es la conducta de la posible persona beneficiaria, y si tuvo una prestación parecida con anterioridad o estuvo en una situación análoga, se valorarán el esfuerzo y los gastos que genera la situación por la que se solicita el beneficio, se verá si la persona dispone de medios, o de ayuda de terceros.

Se analizará si hay proporción entre las circunstancias y el beneficio que se pide, y el grado de importancia de los hechos, así como los motivos por los que se solicita. Se investigará además, con qué causas suelen darse ese tipo de beneficios, para ver si hay

analogía con el caso presente y se tendrá en cuenta que los grandes beneficios no pueden ser concedidos con excesiva facilidad⁵⁵⁶.

Por consiguiente, la doctrina del estado de la causa exige hacerse varias preguntas ¿cuáles son las tesis contrapuestas en esta cuestión?, ¿cuál es el argumento principal que esgrime la defensa y sin el cual no habría discusión?, ¿ese argumento es lo suficientemente sólido como para continuar la discusión?⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Ibid. p. 269.

⁵⁵⁷ Ibid. p. 110.

3. EL ETHOS COMO VÍA DE PERSUASIÓN

Anteriormente expuse las tres vías para el logro de la persuasión que recoge la retórica clásica, y que fueron propuestas por Aristóteles⁵⁵⁸. La primera de ellas es el *logos*, que se refiere a la argumentación racional, y que en el caso de una causa jurídica haría referencia tanto a la prueba de los hechos como a los fundamentos de derecho. Como expliqué antes, según Aristóteles, esa vía es la más importante.

La segunda vía de la persuasión es la del *ethos*, que es el poder persuasivo que posee el carácter de la persona oradora, es decir, la imagen positiva de sí (o de su cliente o clienta) que logra transmitir la persona abogada. Esta es la segunda vía más importante, en el esquema de Aristóteles. La tercera vía, la del *pathos* es la de las emociones, tales como la pasión y la ira.

Aristóteles considera que las dos últimas vías son susceptibles de ser usadas tanto para servir a fines loables, como para servir a fines perversos; mientras que la vía del *logos* es más difícil de manipular⁵⁵⁹, ya que los hechos y los argumentos son los elementos más racionales de la argumentación.

No obstante, Aristóteles admite que una argumentación buena y eficaz es la que sirve a la verdad y a la justicia, y lo hace utilizando las tres vías de la persuasión⁵⁶⁰. Ese es el único modo de que las personas que defienden la justicia triunfen sobre las que defiendan, de modo elocuente, causas innobles. El *ethos* y el *pathos* son complementos necesarios para que el discurso logre persuadir a todo el mundo, y no solo a las personas sabias que se persuaden mediante el *logos*⁵⁶¹.

Como he expresado en este trabajo, una parte importante de la tradición retórica ha sostenido una visión del *ethos* más compleja que la aristotélica. En esa visión, el *ethos*, entendido como el desarrollo de virtudes éticas e intelectuales, se consideró tan importante que constituía la piedra angular de una visión distinta de la retórica (que yo he suscrito y denominado “retórica de la virtud”).

⁵⁵⁸ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §I- 2- 1356a/1357

⁵⁵⁹ Ibid. § I- 1354 a;I- 2- 1356a

⁵⁶⁰ Ibid. § I- 1355 b

⁵⁶¹ Ibid. § I- 1355 b

En este epígrafe, voy a abordar la noción de *ethos* como vía de persuasión; es decir, los aspectos estratégicos relacionados con el mismo. No obstante, como veremos, incluso el uso estratégico del *ethos* se ve condicionado por la concepción del mismo que se acoja.

Aristóteles propone algunos consejos que permiten a una persona oradora revestirse de un halo de credibilidad. Por ejemplo, un consejo es que la persona oradora no debe hablar de sí misma. El autoelogio no es el modo adecuado para que las demás personas nos atribuyan determinadas virtudes, ya que es muy posible que piensen que somos prepotentes. Tampoco es conveniente descalificar a la parte contraria, pues esa actitud resultará grosera⁵⁶².

Otro consejo para proyectar una buena imagen es el de usar palabras que no resulten, ni demasiado refinadas, ni demasiado vulgares. Es decir, la persona abogada no debe excederse en el uso de tecnicismos, sino que debe buscar un equilibrio entre el uso de palabras técnicas y el uso de palabras propias, que faciliten la comprensión. Los discursos demasiado técnicos y llenos de cláusulas de cortesía presentan dos importantes inconvenientes: son difíciles de comprender y resultan poco emotivos. Estos dos inconvenientes otorgan a estos discursos apariencia de ser pura palabrería⁵⁶³.

Como he explicado, para Aristóteles, el *ethos* es una vía de persuasión más susceptible de usarse para la manipulación que el *logos*. Es posible aplicar consejos como los dos anteriores de una manera puramente técnica, al margen de toda preocupación por la ética o por la defensa de una causa justa. Sin embargo, en Cicerón la noción del *ethos* comienza a cambiar y eso se manifiesta en el uso estratégico del mismo.

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

⁵⁶² Ibid. § III- 1418 b

⁵⁶³ Ibid. § III- 1404b/1408b

estudio son difíciles de fingir, por lo que recomienda una transformación personal, una adquisición de virtudes que nos aproxime al ideal de la elocuencia⁵⁶⁴.

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 personal⁵⁶⁵.

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 tranquilo⁵⁶⁶, 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.

En esta línea, jamás gritaremos⁵⁶⁷ a la parte contraria, ni siquiera cuando nos haya gritado antes, sino que señalaremos su mal proceder y suplicaremos a la persona juzgadora que no permita a la parte contraria monopolizar la discusión, sino que se nos permita expresarnos. Por otra parte, señala Quintiliano, tampoco debemos adoptar una actitud demasiado blanda, pues dejar que la parte contraria hable todo el tiempo o se imponga, sin manifestar queja, no es signo de bondad, sino de debilidad.

⁵⁶⁴ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 33.

⁵⁶⁵ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. § 2-15; 2-17-1,2

⁵⁶⁶ Ibid. § VI-II-I

⁵⁶⁷ Ibid. § VI-IV

Además de estas virtudes morales, la persona oradora se esforzará en parecer natural⁵⁶⁸ y no artificiosa, evitando hablar de modo robótico o con un tonillo repetitivo. La persona oradora manifestará confianza y seguridad⁵⁶⁹, dando a entender que la causa ofrece buenas esperanzas. En esto, dice Quintiliano, fue Cicerón 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 alguien⁵⁷⁰ o parecer personas malintencionadas. Especialmente debe evitarse ofender a clases o categorías de personas (hemos de dejar de lado los prejuicios). Ha de tenerse en cuenta, además, que la persona juzgadora puede pertenecer a ese grupo de personas o puede sentir simpatía por dicho grupo.

El buen discurso, señala Quintiliano, no es el que resulta espectacular, sino el que parece fácil, sencillo y verdadero. Por eso hay que evitar la desmesura en los gestos⁵⁷¹ de los brazos, en las modulaciones de la voz, en las posturas, palabras y en la pronunciación. El exceso suele granjearse incomprensión. Un último consejo es que las narraciones de hechos deben ser creíbles, lo cual se logrará si se cuentan de modo muy visual, y con seriedad y gravedad.

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 Lámpsaco⁵⁷², 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

⁵⁶⁸ Ibid. § V-XII

⁵⁶⁹ Ibid. § V-XIII-VIII

⁵⁷⁰ Ibid. § IV-Proemio

⁵⁷¹ Ibid. § IV-II-III

⁵⁷² DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. Madrid: Gredos. p. XXXVIII. 3.

en los hábitos vitales. Y para construir un *ethos* excelente, lo mejor es llevar a cabo acciones grandes y nobles⁵⁷³.

La verosimilitud de lo que decimos está muy unida al carácter que se nos conoce, por tanto, las partes implicadas, así como los y las testigos, deben ser conscientes de que la narración se contrastará con esa información previa. Por eso la persona abogada debe asegurarse de conocer bien a quienes está defendiendo y a las personas que testifiquen⁵⁷⁴.

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 (como 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 costumbres⁵⁷⁵. Una vida que cultive el *ethos* es, en su opinión, la que 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 comunidad⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Ibid. p. 5.

⁵⁷⁴ Ibid. p. 8.

⁵⁷⁵ Ibid. p. 24.

⁵⁷⁶ Ibid. p. 25.

Cicerón considera que el *ethos*, como vía persuasiva, adquiere una gran importancia a causa del carácter apasionado de las personas humanas. A través de su personaje Antonio, Cicerón explica que “los hombres, la mayor parte de las veces, juzgan por odio, por amor, por codicia, por ira, por dolor, por alegría, por esperanza, por temor, por error, o algún otro afecto del alma, más bien que por la verdad ni por la ley o el derecho, ni por las fórmulas del juicio”⁵⁷⁷. Y continúa más adelante, “vale, pues, mucho para vencer el que se forme buena opinión de las costumbres, acciones y vida del orador y del defendido, y, por el contrario, desventajoso concepto de los adversarios, y que se inspire benevolencia a los oyentes”⁵⁷⁸.

Persuadir mediante el *ethos* requiere, no solo de una vida anterior que otorgue buena imagen, sino también, de un estilo en el decir que genere una buena imagen durante la pronunciación del discurso. Así, dice Cicerón “ayudan al orador la suavidad de la voz, la serenidad apacible del semblante, la modestia y la cortesía, de suerte que, aun en los momentos de mayor acritud, muestre que obra así por necesidad y a disgusto. Muy útil será dar muestras de liberalidad, gratitud, piedad, mansedumbre, y de no ser codicioso, ni avaro, (...) ni envidioso (...); porque todo lo que indica (...) modestia atrae los ánimos hacia el orador, y, por el contrario, los enajena de aquellos en quien no se hallan estas cualidades.”⁵⁷⁹

Cicerón explica que no siempre se ha de persuadir mediante el *ethos*. El estilo suave y sereno del *ethos* es solo uno de los tres grandes estilos. Sin embargo, a veces no se quiere convencer de ese modo. Por ejemplo, habrá veces que sea más adecuado persuadir por la vía del *pathos*, despertando intensas emociones de ira o de ilusión. Para ello es preferible utilizar un modo de hablar arrebatado, vehemente y enérgico. Cuando se quiera, sin embargo, despertar sentimientos suaves, como la compasión y proyectar una imagen de dignidad, es mejor utilizar el estilo tranquilo, blando e incluso sumiso del *ethos*⁵⁸⁰.

Aunque la abogacía solo puede dar imagen de sí misma mediante el estilo del hablar y la expresión no verbal, sí puede expresar con palabras las virtudes de la persona

⁵⁷⁷ Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. op. cit. p. 123.

⁵⁷⁸ Ibid. p. 125.

⁵⁷⁹ Ibid. p. 125.

⁵⁸⁰ Ibid. p. 126.

que defiende. Esto se hará aludiendo a los hábitos y costumbres de la persona defendida, explicando hechos que muestren su integridad moral, aludiendo a su timidez y explicando el sufrimiento padecido de modo vívido. Todo esto, evidentemente, ha de hacerse con prudencia y discreción, para que no parezca que se está intentando dar pena. La vía del *ethos*, dice Cicerón, puede ser más efectiva para el logro de la persuasión que los fundamentos de derecho y las pruebas fácticas, pues cuando se logra describir los hechos de un modo tan vívido que el auditorio pueda sentirlos, las palabras y los gestos de ese discurso quedarán impresas en la memoria⁵⁸¹.

Cicerón explica la proximidad que existe entre las vías persuasivas del *ethos* y del *pathos*. Mientras que el *ethos* intenta que el auditorio sea benévolo, y lo hace mediante un estilo apacible; el *pathos* intenta despertar conciencias o exaltar los ánimos, y lo hace mediante un estilo apasionado. El mejor discurso es el que sabe pasar de un estilo a otro y además, en todo momento, mantiene la cortesía propia del *ethos* y la fortaleza propia del *pathos*⁵⁸².

Quintiliano explica algunos modos habituales de cuestionar la credibilidad de un testimonio. Por ejemplo, cuando la persona no habla de lo que vio, sino de lo que otras personas afirmaron, o cuando la persona más que un testimonio es una parte implicada⁵⁸³.

Cuando la abogada o el abogado presenta un testimonio de su parte, debe preparar de antemano las preguntas y las respuestas, ejercitando a la persona para que no titubee, no responda con miedo y no diga nada inconveniente. A veces un testimonio puede hacer más mal que bien, “porque suelen turbarse y aun ser engañados por los abogados de la parte contraria; y así cazados una vez, es mayor el daño que ocasionan que el provecho que causarían manteniéndose firmes”⁵⁸⁴. Quintiliano recomienda que se ensayen antes del juicio todas las preguntas que suele hacer la parte contraria en asuntos semejantes, para que no titubeen ni se contradigan.

Quintiliano aconseja también tener cuidado de que las personas que testifican no se cambien de bando, al ser llamadas por la abogacía de la parte contraria, por eso es

⁵⁸¹ Ibid. p. 126.

⁵⁸² Ibid. p. 135.

⁵⁸³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. § V-VII

⁵⁸⁴ Ibid. § V-VII

importante analizar bien los motivos que tienen para testificar y desconfiar especialmente de la gente que se presta a prestar falso testimonio.

Si el testimonio lo presenta la acusación, esta debe preguntar mediante algunos rodeos, para que parezca que está sacando con dificultad la información a la persona que testifica. También advierte Quintiliano que si la persona que testifica no está claramente de nuestra parte, es preferible preguntarle solo lo que nos interesa saber, y no seguir preguntándole.

Si somos la acusación e interrogamos a un testigo que oculta parte de la verdad, podemos preguntarle muchas veces lo mismo, para hacerle confesar. Al preguntarle muchas veces es posible que incurra en contradicciones y titubeos⁵⁸⁵.

Para lograr sonsacar la verdad de los hechos a quienes testifican a favor de la parte contraria preguntaremos detalles sobre lo que ocurrió antes, sobre tiempo, lugar y personas, intentando conducirles a contradicciones. A estos testimonios hay que marearlos con preguntas para que digan más de lo que quieren. Aunque un testimonio aislado no logre demasiado, el conjunto de testimonios puede arrojar luz sobre lo que pasó. Si no logramos obtener una contradicción mediante nuestro interrogatorio, diremos que la persona está ocultando lo que sabe y dejaremos de preguntar, o se intentará desmontar su testimonio señalando algo externo a la causa⁵⁸⁶. Si son varias las personas que han testificado podemos decir que hay relación entre ellas y que se han puesto de acuerdo. De los testimonios puede insinuarse que están motivados por el odio, la envidia o por obtener una recompensa. Puede señalarse el exceso de ambición o la mezquindad manifestada en un testimonio.

Para defender a quienes testifican a nuestro favor podemos decir que son personas sencillas y sinceras, gente humilde y diremos que solo hemos llamado a la gente que sabe con certeza lo que ocurrió.

En conclusión, se desmonta el *ethos* de los testimonios cuestionando la credibilidad, las intenciones y poniendo en tacha su conducta, pero, advierte

⁵⁸⁵ Ibid. § V-VII

⁵⁸⁶ Ibid. § V-VII

Quintiliano, que no es bueno tratar con dureza a las personas modestas, cándidas y benévolas, porque su carácter prevalecerá contra quienes les insultan⁵⁸⁷.

Una estrategia del interrogatorio testifical es realizar las preguntas con tal habilidad que, respondiendo bien a las primeras, la persona se vea obligada a responder después como esperamos. Así se sorprende a la persona en contradicción con su propio testimonio o con otros.

Otras preguntas a los testimonios de la parte contraria pueden ser sobre su conducta, sobre el resto de testimonios y las relaciones entre las personas que testifican, todo ello a fin de pillarles en alguna mentira o de evidenciar su intención de dañar. Pero las preguntas deben hacerse con cuidado, porque las respuestas pueden perjudicarnos. El interrogatorio es un arte complejo que solo se domina con la práctica.

El estilo de las preguntas tiene que ser sencillo, utilizando un lenguaje completamente comprensible y sin dobles sentidos, para que no parezca que tratamos de confundir a la persona a la que estamos interrogando, pues eso despertaría compasión hacia la persona interrogada. Ejemplos de preguntas adecuadas en un interrogatorio son, “¿dónde lo compró?, ¿a quién se lo compró?, ¿cuánto costó?, ¿quién le ayudó a usarlo?, ¿quién fue testigo de ello?”⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Ibid. § V-VII

⁵⁸⁸ Ibid. § V-VII

CAPÍTULO 4. 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 desgarramiento de quienes testifican sobre sus propias vidas, y en el razonamiento de las personas juzgadoras, inevitablemente tocadas por la intensidad de lo real.

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

Nussbaum critica la racionalidad antisentimental que suele proponerse como propia del derecho⁵⁸⁹. 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 denigración de las emociones, señala Nussbaum⁵⁹⁰, 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.

⁵⁸⁹ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p. 87.

⁵⁹⁰ *Ibid.* p. 87.

A las emociones se las considera algo irracional. Nussbaum señala⁵⁹¹ 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 sostiene⁵⁹², 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 posición⁵⁹³ contraria a las emociones: la que aprueba que las emociones 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.

⁵⁹¹ Ibid. p. 88.

⁵⁹² Ibid. p. 89.

⁵⁹³ Ibid. p. 91.

La autora recopila una cuarta objeción⁵⁹⁴ 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 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 razonable⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Ibid. p. 93.

⁵⁹⁵ Ibid. p. 97.

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.

Las narraciones⁵⁹⁶, tanto literarias como jurídicas, nos permiten imaginar el sufrimiento ajeno e identificarnos con las demás personas, situándonos en su lugar. Esto despierta la compasión y posibilita la evaluación racional de los hechos, y la respuesta ética adecuada.

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”⁵⁹⁷. (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.

Nussbaum concluye, “Así, los jueces o jurados que se niegan a sí mismos la influencia de la emoción se niegan maneras de ver el mundo que parecen esenciales para aprehenderlo en plenitud.”⁵⁹⁸ La autora rechaza que la ausencia de emociones sea racional, incluso cuando se habla de cosas aparentemente técnicas, como la economía,

⁵⁹⁶ Ibid. p. 99.

⁵⁹⁷ Rousseau, J. (2005). *Emilio: o la educación*. Madrid: Alianza Editorial. Libro IV. p. 100.

⁵⁹⁸ Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p. 101.

ya que sostiene que la exclusión de las emociones nos priva de información necesaria para experimentar una reacción racional ante el sufrimiento ajeno.

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 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.

Nussbaum⁵⁹⁹ 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 los modelos económicos y también 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 moral⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Ibid. p. 101.

⁶⁰⁰ Ibid. p. 103.

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 sociales⁶⁰¹. 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 individuales⁶⁰², y los movimientos sociales están contruidos por vidas en las que no solo es importante la dimensión colectiva por la que se 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.

Nussbaum⁶⁰³ 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, que no suponía una concesión a lo racional, sino una inteligente expresión de racionalidad. La racionalidad implica flexibilidad. La persona juzgadora no debería ignorar los detalles en pro del modelo abstracto, sino prestarles atención.

La filósofa sostiene⁶⁰⁴ 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.

⁶⁰¹ Lukacs, G. (2012). *Teoría de la novela*. Buenos Aires: Godot.

⁶⁰² Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. op. cit. p. 107.

⁶⁰³ Ibid. p. 117.

⁶⁰⁴ Ibid. p.119.

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 activa con respecto a las realidades sociales⁶⁰⁵.

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 Radbruch⁶⁰⁶, el lenguaje de las personas abogadas, luchadoras del derecho, siempre ha sido apasionado. Es un lenguaje 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. En este epígrafe voy a exponer algunas estrategias prácticas para la abogacía que facilitarán el dominio de la retórica de las pasiones.

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 Estagirita⁶⁰⁷ que no se juzga del mismo

⁶⁰⁵ Ibid. p. 123.

⁶⁰⁶ 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.

⁶⁰⁷ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § II-1378 a.

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.

Cicerón⁶⁰⁸ explica, haciéndose eco de la tradición aristotélica, que la apelación a las emociones es una de las vías para lograr la persuasión en retórica. Aunque el discurso emotivo persuade a casi todo el mundo, hay que intentar indagar cómo es el carácter de las personas juzgadas; si son propensas a emocionarse y qué tipo de cosas les conmueven.

El consejo más importante para lograr emocionar es 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”⁶⁰⁹. 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 odio, sin estar yo antes conmovido de las mismas pasiones que quería excitar”⁶¹⁰.

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.”⁶¹¹ 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

⁶⁰⁸ Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. op. cit. p. 126 y ss.

⁶⁰⁹ Ibid. p. 127.

⁶¹⁰ Ibid. p. 127.

⁶¹¹ Ibid. p. 128.

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”⁶¹².

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”⁶¹³. 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 vital importancia, y se sintetiza en las palabras, “que te enojas, te duelas y llores de verdad”⁶¹⁴.

Saber despertar emociones es tan importante que, en ocasiones, un pleito puede ganarse más por la animadversión o la compasión que se alienta en la persona juzgadora que por los argumentos jurídicos expuestos sobre la aplicación de normas. Por supuesto, matiza, no todas las causas requieren despertar emociones, porque hay asuntos de poca importancia y también hay personas juzgadoras que son muy frías y que se jactan de tener una racionalidad técnica. Si en esas situaciones nos ponemos emotivos solo lograremos que nuestras palabras den lugar a burlas⁶¹⁵.

⁶¹² Ibid. p. 128.

⁶¹³ Ibid. p.129.

⁶¹⁴ Ibid. p.129.

⁶¹⁵ Ibid. p.132.

Si no queremos que nuestro discurso parezca exagerado y sensiblero es necesario que no saquemos los aspectos emocionales del discurso demasiado pronto. Primero es necesario exponer un poco aquello que se juzga, y una vez que hayamos llegado a un punto emocional no debemos cambiar de tema demasiado rápido, porque entonces parecerá que realmente no sentimos lo que estamos diciendo.

Cicerón señala que la persona oradora que convence mediante la vía del *logos* (argumentos), no tiene que tener demasiadas habilidades oratorias, pues las pruebas hablan en gran medida por sí mismas; sin embargo, quien logra despertar las emociones tiene que destacar por su expresión no verbal y cautivar con sus palabras. Por eso las personas que son parcas en palabras y secas, tal vez logren convencer a la persona juzgadora, pero no lograrán entusiasmarla ni cautivarla, no lograrán persuadirla. Y, dice Cicerón “en la persuasión está el secreto”⁶¹⁶.

La persuasión lograda mediante las emociones es tan fuerte que no puede combatirse con argumentos, sino que requiere de la apelación a otras emociones: la animadversión se deshace con compasión, y la compasión con la envidia.

Quintiliano señala que, para despertar emociones, es importante saber hablar de manera visual y hacer uso de las imágenes físicas siempre que sea posible, mostrando la imagen lamentable de la víctima y sus parientes, mostrando las pruebas, “el puñal ensangrentado, los huesos sacados de las heridas, los vestidos salpicados de sangre, las heridas desatadas y el cuerpo lleno de cardenales”⁶¹⁷. Las imágenes hacen que los hechos cobren vida y parezcan desarrollarse ante nuestra mirada.

Asimismo, dicho autor coincide con Cicerón en que, junto a las personas oradoras que convencen mediante un estilo informativo y técnico, consistente en exponer argumentos y pruebas; están aquellas personas oradoras que saben emocionar, conducir a las personas juzgadoras a la compasión y la ira. Esta habilidad es menos frecuente que la de saber informar, y es también la habilidad más difícil de dominar en las causas forenses y lo que caracteriza a la oratoria más brillante⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Ibid. p.135.

⁶¹⁷ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §VI-I-III

⁶¹⁸ Ibid. §VI-II-I

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 nuestra⁶¹⁹.

En este trabajo he expuesto ya en varias ocasiones que hay tres vías de persuasión: el *logos* (los argumentos y pruebas), el *pathos* (las emociones) y el *ethos* (el carácter intelectual y moral que proyecta la persona oradora y que constituye una prueba a favor de sus palabras). Sin embargo, como hace notar Quintiliano, en sentido amplio, tanto el *pathos* como el *ethos* hacen referencia a las emociones.

Mientras que el *pathos* haría referencia a las emociones fuertes y vehementes, el *ethos* se referiría a las emociones apacibles. Mientras que el *pathos* conduciría al auditorio al arrebató, el *ethos* conduciría a la compasión y la calma⁶²⁰. En efecto, el *ethos* consiste en un carácter que se hace distinguir ante todo por la bondad, por su humanidad, simpatía y afán conciliador. El *ethos* lleva consigo la prudencia y el afecto desinteresado, y es capaz de expresar el tipo de sentimiento que se da entre familiares, el cariño que se siente por los hijos e hijas, y la ternura que se experimenta hacia la pareja con la que se ha compartido la vida. Son sentimientos bondadosos que nos conducen a perdonar y a esforzarnos por el bien de otra persona.

El cultivo del *ethos*, de un carácter afable y altruista, nos faculta para despertar emociones suaves, ya que cuando nos enfrentemos a personas adversarias su actitud irremediabilmente resultará altiva y demasiado ambiciosa. Por mucho que las personas maleducadas y bordes apelen a la libertad y la sinceridad de sus palabras, cuando tienen frente a sí a personas dulces y persisten en su altanería, quedan como gente envidiosa y mala y no logran hundir a sus rivales con sus críticas⁶²¹.

⁶¹⁹ Ibid. §VI-II-I

⁶²⁰ Ibid. §VI-II-II

⁶²¹ Ibid. §VI-II-II

Por todo lo dicho no es baladí recomendar a la persona abogada que sea afable y humana, y que en la medida de lo posible también defienda a personas con ese carácter. La bondad de carácter sirve mucho al éxito de la causa, porque esa bondad proporciona credibilidad a la causa misma. Como señala Quintiliano, la persona abogada bajo ningún concepto debe parecer perversa o interesada, porque eso hará parecer mala a su causa. El estilo propio del *ethos* es una manera de hablar suave, que no alza la voz, que no manifiesta agresividad y que desecha toda arrogancia.

También es cierto, matiza Quintiliano, que en ocasiones es necesario despertar emociones intensas, como el enfado, el miedo o la envidia. Estas emociones pueden ser necesarias para despertar la compasión o para alentar una reacción emocional adecuada a la gravedad del asunto y, en otras ocasiones, puede ser necesario exagerar mediante el discurso un mal pequeño para evitar un mal mayor futuro⁶²².

La retórica de las pasiones requiere de una cierta exageración pues para emocionar no basta con describir de forma objetiva las cosas, sino que hace falta amplificar los aspectos emocionales del asunto, para que se perciban con nitidez⁶²³.

Quintiliano, como Cicerón, señala que el principal precepto para emocionar es que primero nos emocionemos a nosotras mismas. Se desaconseja completamente tratar de aparentar llanto o fingir en los gestos ira e indignación⁶²⁴. Y 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”⁶²⁵, ¿cómo vamos a representar adecuadamente a alguien si nos olvidamos de sus emociones?

⁶²² Ibid. §VI-II-II

⁶²³ Ibid. §VI-II-III

⁶²⁴ Ibid. §VI-II-III

⁶²⁵ Ibid. §VI-II-III

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 despertar o calmar dichas emociones.

Una de las emociones relevantes en la retórica es la ira, que consiste según Aristóteles⁶²⁶ en el deseo de castigar a una persona que nos despreció o que despreció a alguien a quien queremos. Para despertar la ira, por tanto, lo determinante es que alguien piense que se le ha despreciado, y hay tres tipos de desprecios: el menosprecio (que consideren que valemos 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). También despiertan nuestra ira cuando alguien nos deniega algo que necesitamos⁶²⁷.

La ira puede surgir cuando nos ponemos en el lugar de personas que han sido despreciadas, especialmente cuando otras personas tratan mal a aquella gente a la que se supone que deberían respetar, como a sus padres, descendientes, pareja y personas empleadas.

Quintiliano señala⁶²⁸ 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

⁶²⁶ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §II-1378b/1380a

⁶²⁷ 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.

⁶²⁸ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §VI-I-II

persona vulnerable o a una persona bondadosa; si la persona que delinquiró 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; si se hizo en público o en privado.

Aristóteles y Quintiliano han explicado cómo puede despertarse la ira, pero ¿cómo puede aplacarse la misma?, el Estagirita sostiene que nos calmará saber que el daño que se nos hizo no se basó en el desprecio, sino que fue sin querer, que no fue nada personal, o bien que la persona que nos ha dañado acepta que se equivocó y se arrepiente (la culpa es sustitutiva del castigo). 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 respetan⁶²⁹.

Hay situaciones que calman el ánimo como el ocio, el juego, la fiesta, la diversión, la prosperidad y el triunfo; en general todos los estados de placer, alegría y esperanza. El paso del tiempo, como es sabido, también aplaca la ira. Se aplaca la ira cuando los enemigos ya han sufrido suficiente, 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.

Aristóteles estudia la emoción de la simpatía y explica que, cuando sentimos simpatía por alguien, deseamos que le ocurran cosas buenas, sin esperar un beneficio propio⁶³⁰. Simpatizamos con la gente de trato agradable, con las personas accesibles, y

⁶²⁹ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §II-1380b

⁶³⁰ 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.

Aristóteles señala que, en algunos casos, puede ser útil demostrar que una amistad, que ahora se niega, existió. Estas reflexiones sobre los motivos que conducen a la amistad pueden servir para demostrar que una amistad existió, señalando determinados datos. Ibid. § II-1381a/1381b

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 nuestras virtudes y excelencias, disfruta en nuestra compañía y aprecia las cualidades que más valoramos de nuestra persona⁶³¹.

Cicerón⁶³² recomienda a la persona abogada que, para despertar la simpatía hacia la persona a la que defiende, 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 de la persona defendida, 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.

Cicerón⁶³³ 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.

⁶³¹ Ibid. § II-1381a/1381b

⁶³² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 133.

⁶³³ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 312.

El discurso puede visualizar la ignominia⁶³⁴, 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.

Otra emoción que estudia Aristóteles⁶³⁵ 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 teme⁶³⁶. En general son temibles todas las cosas que despiertan nuestra compasión 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 dañarnos⁶³⁷. 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.

⁶³⁴ Ibid. p. 312.

⁶³⁵ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §II-1382b

⁶³⁶ Según Aristóteles despiertan temor las personas que nos odian o que están muy enfadadas y pueden hacernos daño, así como las cosas que pueden dañarnos. Despierta temor el poder, cuando se vuelve injusto. Hay que temer a las personas poderosas o fuertes cuando tienen miedo o han sido víctimas de injusticia. En general es temible estar a merced de otra persona, porque el ser humano suele cometer injusticia. También hay que temer a quienes han cometido injusticia antes, porque probablemente sienten miedo de que alguien se venga y están en estado de tensión. Son temibles las personas que desean lo mismo que deseamos, cuando no puede haber para todo el mundo. Sentimos miedo de la gente a la que temen las personas fuertes, y también a quienes han vencido a quienes eran más fuertes que nosotras. También tememos a quienes han atacado a quienes eran más débiles que nosotras, porque su peligrosidad ha aumentado. Se teme a las personas enemigas que se mantienen silenciosas y mansas, pues tal vez oculten sus propósitos. Con respeto a las cosas, tememos aquellas que no tienen solución o para las que no hay socorro, o este no es fácil. Ibid. §II-1382b

⁶³⁷ Ibid. §II-1383a

Para producir valor⁶³⁸, 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 Cicerón⁶³⁹ 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 emoción central en la práctica jurídica: la compasión⁶⁴⁰. 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 es la que ha sufrido en la vida 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 crearemos que la humanidad entera

⁶³⁸ 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

⁶³⁹ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 133.

⁶⁴⁰ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §II-1386a

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 personas⁶⁴¹ 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.

De la compasión dice Cicerón⁶⁴² 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.

⁶⁴¹ Ibid. §1386b

⁶⁴² Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. op. cit. p.134

Quintiliano⁶⁴³ 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 acusación intentará prevenir los intentos de la defensa de suscitar compasión, anticipándose a las justificaciones y súplicas que hará la persona acusada. Esto podrá alertar a la persona juzgadora para no dejarse doblegar.

La defensa resaltará el buen comportamiento pasado de la persona acusada, así como sus buenas intenciones; se intentará demostrar que el delito se cometió por necesidad o por un motivo loable y virtuoso. Se destacará que la compasión es una virtud necesaria para el bien público. 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 emotivo⁶⁴⁴. 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 amadas. Cuando la persona abogada esté convencida de su buena causa, resultará emotivo que suplique a la persona juzgadora⁶⁴⁵. 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”⁶⁴⁶.

Otra 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

⁶⁴³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §VI-I-II

⁶⁴⁴ Ibid. §VI-I-II

⁶⁴⁵ Ibid. §VI-I-II

⁶⁴⁶ Ibid. §VI-I-III

desgracia inmerecidamente, e indignarse contra los que inmerecidamente gozan de ventura, porque es injusto lo que ocurre contra los merecimientos”⁶⁴⁷.

Aristoteles señala que la diferencia entre la indignación⁶⁴⁸ 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 éxito⁶⁴⁹.

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 envidia⁶⁵⁰⁶⁵¹, que es una emoción que se siente contra las personas que se nos parecen, por ser parientes, por

⁶⁴⁷ Ibid. §VI-I-III

⁶⁴⁸ 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

⁶⁴⁹ Ibid. §II-1387a

⁶⁵⁰ Ibid. §II-1387a

⁶⁵¹ 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

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”⁶⁵². 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.

Cicerón⁶⁵³ 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; que la persona se mantiene humilde a pesar del éxito y que renunciaría a todo su éxito si este le exigiese renunciar a su forma de ser. 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.”⁶⁵⁴

⁶⁵² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p.133.

⁶⁵³ Ibid. p.134.

⁶⁵⁴ Ibid. p.134.

4. LA EMOTIVIDAD DEL PRINCIPIO Y DEL FINAL DEL DISCURSO SEGÚN CICERÓN Y QUINTILIANO

La tradición retórica considera que el comienzo y el final del discurso son dos momentos con especial carga emotiva. Aristóteles⁶⁵⁵ explica que al final del discurso hay que hacer un esfuerzo por conducir al auditorio hacia aquella emoción que sintetice mejor el propósito del discurso: la compasión, la indignación, la ira, la antipatía, etc.

La *Retórica a Herenio*⁶⁵⁶, tratado romano anónimo, explica que el comienzo del discurso es un buen momento para recordar el buen comportamiento anterior de la persona a la que defendemos, así como sus circunstancias desgraciadas, tales como la pobreza o la soledad, y para decir que nuestra clientela ha depositado sus esperanzas en ese juicio.

El comienzo del discurso también es el momento idóneo para despertar animadversión contra la parte contraria, mencionando lo terrible de los hechos que se le imputan o lo infame que resulta el hecho de que plantee este pleito. Mostraremos el carácter violento de la otra parte, o inmoral, arrogante, cruel, presuntuoso, fraudulento o deshonesto; su poder, sus intrigas, sus excesos, sus sospechosas redes clientelares, sus alianzas familiares y diremos que todo eso es relevante para el pleito presente. Otra estrategia, cuando la parte contraria no sea perversa, es mostrar su incompetencia, su dejadez, su desenfreno vital o su cobardía⁶⁵⁷.

Con respecto al final del discurso, el otro gran momento emotivo, el tratado romano nos aconseja, si somos una acusación penal, expresar la gravedad de los hechos, explicando que es un tema que afecta a toda la sociedad, o a personas que requieren de especial protección, o a las instituciones; indicando los peligros que surgirían si se dejase este delito impune.

Recordaremos que hubo premeditación y diremos que no hay justificación alguna; que los hechos son atroces, crueles, propios de un tirano; diremos que no es un delito común, sino único, infame, que requiere de una respuesta severa, pues la

⁶⁵⁵ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §III-1419

⁶⁵⁶ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 77.

⁶⁵⁷ Ibid. p. 77.

gravedad es extraordinaria y los motivos son especialmente condenables. Explicaremos los múltiples detalles horribles que acompañaron al delito y las consecuencias que ha conllevado. Lo diremos todo en unos términos tan duros y exactos que con la sola enumeración de los hechos parezca como si ante nuestros ojos se estuviera cometiendo el delito⁶⁵⁸.

A la parte contraria, la defensa penal, el tratado romano le aconseja expresar el estado de desgracia en el que se encuentra la vida de la persona acusada, comparando su vida actual con otros momentos del pasado. El tratado romano aconseja y explicar las cosas horribles que ocurrirán a nuestra clienta y a sus seres queridos si es condenada; además de ello recomienda rogar compasión y señalar que la persona acusada pasó en el pasado por momentos muy duros y no tuvo una vida fácil.

La *Retórica a Herenio* trae aquí un consejo recurrente en la retórica clásica y central en lo relativo a las emociones: la apelación a la piedad debe ser breve, una vez que se consigue conmover al auditorio debe abandonarse el discurso sensiblero, pues nada se seca más rápido que una lágrima⁶⁵⁹⁶⁶⁰.

Cicerón⁶⁶¹, en su obra *La invención*, recomienda comenzar el discurso de manera sutil cuando la persona juzgadora sienta antipatía previa ante nuestra causa. Un modo de comenzar sería el de sorprender, señalando que sabemos que sienten indignación ante nuestra causa y que eso que condena todo el mundo también lo condenamos nosotros, pero que esa situación repudiable no se ha dado en el caso presente. También sorprenderemos si decimos que no vamos a criticar a la parte contraria, a diferencia de lo que suele ocurrir en este tipo de pleitos. Entonces recordaremos algún precedente prestigioso o juicio similar en el que se resolviera lo que queremos que se resuelva, señalando que estamos ante una situación muy parecida.

⁶⁵⁸ Ibid. p. 161.

⁶⁵⁹ La *Retórica a Herenio* atribuye este consejo a Apolonio Morón, maestro de Cicerón. Ibid. p. 162. Cicerón también da este consejo, atribuyéndolo a Apolonio en la *Invención* y en las *Particiones*. Quintiliano también recoge este consejo en las *Instituciones*. Cicerón, M. (2000). *De la partición oratoria*. op. cit. p. 57. Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 187. Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. p. 315.

⁶⁶⁰ Ibid. p. 161.

⁶⁶¹ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p.117.

Es posible que la causa de la antipatía previa derive de que el discurso de la persona abogada de la parte contraria haya convencido a la persona juzgadora. En estos casos debemos comenzar a hablar de manera muy tranquila y segura, porque la persona juzgadora entonces pensará que tal vez se ha precipitado al darle interiormente la razón a la otra parte. Prometeremos que vamos a desmontar los argumentos más firmes de la parte contraria, y especialmente aquellos que han sonado más convincentes. Podemos iniciar nuestro discurso citando las últimas palabras que ha pronunciado la persona abogada de la parte contraria⁶⁶².

Cicerón también sugiere algunas pautas para la conclusión del discurso. Tras exponer un resumen del asunto se procederá a despertar emociones. Cicerón recomienda a la acusación penal comparar el crimen con otros crímenes célebres, destacar la actitud orgullosa y arrogante de la persona acusada, pedir a las personas presentes que consideren los hechos como si les hubieran ocurrido a ellas (contra sus hijas e hijos, sus maridos o esposas, sus padres o madres, sus parientes), o destacar que ni siquiera alguien que sea nuestro enemigo podría desearnos algo tan terrible como lo que le ha ocurrido a la persona que defendemos⁶⁶³.

Otras pautas son la de encomendar al jurado la tarea de dar justicia a las víctimas, quejarse de que la persona a la que defendemos no podrá estar más con alguien a quien ama, indignarnos de que el daño lo causase alguien que debería haberle cuidado y amado, suplicar a la persona juzgadora. La persona que acusa, que fue víctima del daño, dirá que no es su propio dolor y su desgracia la que le mueve a pleitear, sino la desgracia de los seres que le son más queridos. La persona que acusa puede mostrarse noble, valiente, fuerte, grande de espíritu y compasiva, incluso en medio de la adversidad. Cicerón señala que a veces esa actitud es más efectiva que las súplicas y la fragilidad⁶⁶⁴.

Para la defensa penal Cicerón también sugiere algunas pautas. La defensa penal tiene el propósito de despertar la compasión y para ello ha de señalar, de manera grave y sentenciosa, el modo en el que la mala fortuna conduce a las personas a cometer graves errores y lo débiles que somos las personas ante las circunstancias que conducen al

⁶⁶² Ibid. p. 118.

⁶⁶³ Ibid. p. 185.

⁶⁶⁴ Ibid. p. 186.

delito⁶⁶⁵. Esos pensamientos prepararán a la persona juzgadora o al jurado para compadecerse al escuchar la narración de la vida desgraciada de la persona acusada o las consecuencias nefastas que ha tenido o que tendrá el proceso o el delito. Cicerón sugiere que se invite al auditorio a imaginar que les ocurre un caso similar a sus seres queridos, pues cualquier persona podría verse en el lugar de la persona acusada; y señala que la pobreza, la enfermedad y la soledad despiertan la compasión⁶⁶⁶.

En su obra, *Particiones*, Cicerón⁶⁶⁷ explica que, para que el final del discurso resulte emotivo, es conveniente utilizar recursos retóricos como la repetición, y acompañar la fuerza o la grandeza de las palabras con los gestos y la voz. El final del discurso puede versar sobre los valores que hay en juego, exhortando a la importancia de la conservación de esos valores y excitando el enfado contra quienes los han violado.

Quintiliano⁶⁶⁸, al igual que Cicerón, ofrece consejos sobre el comienzo del discurso. Dice, por ejemplo, que puede ser efectivo manifestar que se ha elegido la causa por un motivo elevado, como el bien de la sociedad; y esto es aún más importante para las personas litigantes, especialmente cuando podría sospecharse que litigan por interés, odio o ambición. Las personas litigantes mostrarán que litigan por un motivo elevado, o razonable, o incluso por necesidad.

Puede ser persuasivo comentar que no contamos con los mismos medios económicos que la parte contraria; que una sola persona abogada se está enfrentando a un equipo de abogados de la parte contraria, y que el poder está de su parte; pero que, sin embargo, contamos con la justicia y por eso confiamos en nuestra victoria⁶⁶⁹.

Una sospecha que hay que disipar al comienzo del discurso, sostiene Quintiliano, es la de que tenemos antipatía hacia algún grupo social, especialmente si la persona juzgadora pertenece a dicho grupo.

Para despertar compasión hacia la persona a la que defendemos podemos hablar brevemente de su digna actitud, así como de la lamentable situación en la que está,

⁶⁶⁵ Ibid. p. 186.

⁶⁶⁶ Ibid. p. 187.

⁶⁶⁷ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 54

⁶⁶⁸ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §IV-I-II

⁶⁶⁹ Ibid. §IV-I-II

haciendo alusión a su edad, estado económico, si es mujer, niña o niño, persona anciana, etc. De la persona litigante contraria puede insinuarse al comienzo del discurso que sus motivos para litigar son sospechosos; si es una persona poderosa, le motiva la ambición; si es una persona insegura, le motiva el rencor; si es alguien que irradia autoconfianza, le motiva el odio⁶⁷⁰.

Quintiliano señala que otra opción es buscar conmover aludiendo a la misma causa, pues es posible que se base en una calamidad que ha sucedido a nuestra parte litigante, o que una calamidad pueda sucederle pronto.

En cualquier caso, Quintiliano advierte de que, aunque el comienzo del discurso es un buen momento para despertar emociones, conviene hacerlo con moderación y brevedad, porque el auditorio aún no está predispuesto para experimentar grandes emociones. El final del discurso, en cambio, puede apelar a las emociones de modo mucho más evidente. Al comienzo se debe hablar de manera más descriptiva y desapasionada, por ejemplo, señalando que la parte a la que defendemos se verá oprimida por la miseria si pierde el juicio, buscando que sean los hechos a los que se alude los que emocionen⁶⁷¹.

El contenido emocional del comienzo del discurso estará destinado más bien a disipar los sentimientos contrarios a nuestra causa cuando defendamos algo que parezca censurable, como por ejemplo cuando litigamos contra los intereses de una persona menor, de una persona anciana, o de alguna persona pariente de aquella a la que defendemos⁶⁷².

Un consejo de Quintiliano es que el tono del discurso muestre respeto a las personas juzgadoras, para no despertar antipatía, porque incluso las que son sencillas desean que se les guarde el debido respeto. Esto requiere que, tanto la persona litigante como la abogacía muestren una actitud modesta, sin un exceso de auto-confianza⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Ibid. §IV-I-II

⁶⁷¹ Ibid. §IV-I-II

⁶⁷² Ibid. §IV-I-VI

⁶⁷³ Ibid. §IV-I-VII

Para que el comienzo del discurso resulte emotivo, en las primeras palabras se cuidará especialmente el detalle de dirigir la mirada y el gesto a la persona juzgadora o al jurado, es decir, a las personas destinatarias de nuestro discurso⁶⁷⁴.

Quintiliano reflexiona también sobre el final de los discursos, destacando que el objetivo principal es despertar en la persona juzgadora la emoción que más nos convenga que tenga para sentenciar. No obstante Quintiliano señala que la apelación a las emociones solo es necesaria en los asuntos importantes y no en los de poca monta, porque de lo contrario nuestras palabras parecerán fuera de lugar y ridículas⁶⁷⁵.

Un detalle que habrá que cuidar es que la persona acusada ponga un gesto conforme con lo que va diciendo la persona que la defiende, porque algunas veces su rigidez o su actitud descortés y maleducada provoca en la persona juzgadora la sensación de que el discurso es una pantomima o incluso enfado. En algunos casos la actitud de la persona defendida o las cosas que dice llegan a ser opuestas a la estrategia de defensa de la persona abogada.

Advierte especialmente Quintiliano que las personas que no tengan habilidad para emocionar, no intenten hacerlo porque quedan fatal un gesto conmovido, una voz lastimera, y un cambio de aspecto que no resultan creíbles. Si la parte contraria se pasa con el dramatismo esto puede señalarse, pero siempre con cuidado porque podríamos parecer personas insensibles⁶⁷⁶.

Algunas cosas que se pueden decir al final son que se desea la paz con la parte contraria, o que la parte contraria tienen mucho dinero y muchos bienes, de modo que no tiene necesidad de aquello por lo que está pleiteando. Quintiliano señala que, aunque las emociones se deben despertar en todo el discurso, es al final cuando se han de usar de manera más clara. Es aquí donde se hará hincapié en la gravedad de los hechos, y donde se exaltará todo lo atroz y lo miserable. El final del discurso es la parte más teatral del mismo⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Ibid. §IV-I-VIII

⁶⁷⁵ Ibid. §VI-I-III

⁶⁷⁶ Ibid. §VI-I-III

⁶⁷⁷ Ibid. §VI-II-I

5. EL HUMOR EN LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA

Cuenta Aristóteles⁶⁷⁸ que Gorgias solía decir que a veces, en retórica, es preciso estropear la seriedad de las personas adversarias con la risa, y la risa con la seriedad. La retórica siempre ha tenido constancia del poder del humor y de su eficacia persuasiva, pero también de lo cerca que está el humor de la agresividad y la pérdida de los papeles. Por eso el humor se mueve en la fina línea que media entre el más rotundo éxito retórico y el mayor de los fracasos. Aristóteles decía que la ironía es algo propio de la persona inteligente y libre, pero no ocurre lo mismo con el humor vulgar, que denota una dependencia excesiva de la aquiescencia ajena.

Cicerón⁶⁷⁹ dedicó muchas páginas al humor, centrándose en el humor apto para la abogacía⁶⁸⁰. En sus *Diálogos del orador*, pone en boca del cómico personaje César las reflexiones sobre el poder y los límites del humor en los tribunales de justicia. Lo primero que señala es que no se puede enseñar a tener gracia, y que cuando nos encontramos con una persona chistosa, todo en ella tiene gracia, hasta el gesto, la voz y la forma de hablar.

Por eso, continúa César, lo que pretende con las enseñanzas sobre el humor es más bien que se aprenda en qué ocasiones hay que controlarse para respetar la dignidad de otras personas, porque eso es algo difícil para las personas chistosas, ya que con frecuencia no saben callarse en momentos inoportunos o ante personas determinadas⁶⁸¹.

En las ocasiones en las que se quiera destruir a la persona adversaria y, por tanto, la persona chistosa pueda actuar sin cortapisas, el humor es la mayor arma que hay para causar descrédito. Así, el humor puede insultar a la persona rival, poniendo de manifiesto su falta de inteligencia, su brutalidad, su codicia o su frivolidad.

⁶⁷⁸ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit §184.

⁶⁷⁹ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 136.

⁶⁸⁰ Aunque la cuestión del humor en el derecho no ha sido, definitivamente, una preocupación importante de la teoría del derecho, Cicerón y Quintiliano no han sido los únicos célebres autores en abordarla; Ihering Ihering, R. (1974). *Bromas y veras en la Jurisprudencia*. (T. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires: EJE. (Ihering, 1974) escribió un libro sobre el humor en el derecho.

⁶⁸¹ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 137.

Cicerón, por boca de César, explica que el humor siempre queda mejor en las réplicas que en el discurso porque las respuestas rápidas hacen lucir la agudeza y porque, especialmente si las preguntas contienen algún matiz impertinente, está bien visto responder con un poco de agresiva mordacidad a la provocación. Parecerá que si no nos hubieran provocado no habríamos contestado⁶⁸².

Quien pronuncia el discurso se gana la simpatía de las personas que le escuchan porque el humor manifiesta agudeza, a veces contenida en una sola palabra y en una oportuna respuesta. Su poder retórico sirve para debilitar y confundir a la persona contendiente; o para manifestar que la persona oradora es culta y hábil, pero tal vez su principal fortaleza radique en que relaja la tensión de los ambientes demasiado serios, disminuye la tristeza de la gente y logra transformar la antipatía en simpatía, haciendo partícipes a las personas oyentes de risas y juegos. El humor, por tanto, logra deshacer la antipatía más firme, la que es más difícil suavizar con argumentos⁶⁸³.

Las cosas que hacen gracia son las torpezas y defectos, pues los chistes consisten casi siempre en señalar una ridiculez. Pero los defectos que se señalan son los pequeños, porque ni la auténtica maldad, ni los peores crímenes, ni la miseria extrema son cosas dignas de risa. A las personas más crueles debe castigárselas con armas más fuertes que las bromas, y de la gente desgraciada es cruel burlarse. También recomienda Cicerón evitar la burla sobre las aficiones de las personas, porque la gente se ofende fácilmente cuando se insulta aquello que más ama⁶⁸⁴.

Por tanto ya ha dado Cicerón su primer consejo de moderación: elegir para el humor las cosas que no despierten ni un enorme odio ni una gran compasión. Se encontrará mucho material para las bromas en los defectos ordinarios de la vida, y también las pequeñas fealdades corporales, pero hasta cierto punto, sin pasarse de la raya.

Hay distintos tipos de chistes: las historietas con gracia, las imitaciones y los juegos de palabras. En las historietas con gracia no importa demasiado que los hechos sean verdaderos, falsos o que contengan alguna exageración o mentirijilla. Es un género

⁶⁸² Ibid. p. 139.

⁶⁸³ Ibid. p. 141.

⁶⁸⁴ Ibid. p. 142.

muy divertido y la gracia consiste en presentar unos hechos un poco absurdos de tal manera, describiendo con tanta viveza las costumbres, los gestos y el modo de hablar de las personas, que todo el mundo se imagine estar presenciando esa situación⁶⁸⁵.

También tiene gracia, continúa Cicerón, realizar una parodia o una imitación maligna. Aquí se imitará la voz y el gesto de la persona adversaria. Pero las imitaciones deben tratarse con mucha cautela. Con respecto al tercer tipo de bromas, los juegos de palabra, la gracia radica en el uso de una palabra o de una frase concreta.

No debemos empeñarnos en contar todos los chistes que se nos ocurran, debemos tener mucho cuidado de no meter la pata. Por ejemplo, un chiste destacando que una persona que testifica es de baja estatura, puede ofender a una persona juzgadora que también sea de baja estatura. Por eso advierte Cicerón, que como es sabido era muy chistoso: “Cuando el chiste, aunque sea feliz, pueda recaer en quien tú menos quisieras, debes abstenerte de él”⁶⁸⁶.

Cicerón señala que la moderación permite distinguir “al orador del bufón, porque nosotros hablamos, no para hacer reír, sino para algún fin de utilidad, al paso que ellos están gracejando todo el día sin causa”⁶⁸⁷.

Hay bromas, señala, que tienen mucha gracia y que consisten en jugar con la ambigüedad, por ejemplo, pronunciar palabras de alabanza y que todo el mundo sepa que realmente estamos insultando.

No todo lo que es gracioso puede utilizarlo la persona oradora, por ejemplo, puede parecernos graciosa la voz extraña de otra persona, su modo de hablar, su figura ridícula, pero no corresponde a la persona oradora ridiculizar esas cosas, al igual que no puede ridiculizarse a sí misma pareciendo ser tonta, perezosa, arrogante o supersticiosa. Las imitaciones, por ejemplo, son una cosa muy divertida pero que no pueden utilizarla normalmente las personas oradoras; y menos aún pueden estas utilizar el humor obsceno y grosero (ni siquiera pueden hacer esos chistes fuera del trabajo).

⁶⁸⁵ Ibid. p. 143.

⁶⁸⁶ Ibid. p. 144.

⁶⁸⁷ Ibid. p. 144.

En los juegos de palabras se muestra inteligencia por tomar la palabra en un sentido distinto al que la toma el resto de la gente. Los juegos de palabras mueven más a la admiración que a la risa, a no ser que se den la mano con otro tipo de chiste⁶⁸⁸.

Entre esos otros tipos de chiste estaría el de decir una cosa cuando se espera otra, porque aquí es nuestro propio error al esperar algo distinto el que nos hace reír. También es gracioso en una disputa utilizar las palabras de la persona rival para herirle con sus propias armas. Los juegos de palabras no deben ser muy complicados, porque se busca que los entiendan las personas que nos escuchan.

A veces la broma puede estar en cambiar la letra de una palabra para reírse del nombre de alguien, fingiendo un despiste, o en tomarse una palabra en su sentido literal y no en el sentido en el que la utiliza quien la estaba usando⁶⁸⁹.

Señala Cicerón que, por supuesto, los chistes solo son graciosos si no nos los esperamos. Una cosa graciosa, señala, es decir lo contrario de lo que toda la gente piensa, como en el siguiente caso real que ocurrió cuando el gran abogado Craso defendía a un cliente. Según narra Cicerón, el cliente de la parte contraria era Lamia, un hombre muy feo. Entonces, cuando Lamia se disponía a hablar, dijo Craso: “Oigamos a este hermoso mancebo”, todo el mundo se echó a reír y, entonces Lamia contestó: “No soy muy guapo pero sí listo”, y entonces dijo Craso: “Oigamos, pues a ese hombre tan sabio”, continuó Craso. “Y todavía fue mayor la risa”⁶⁹⁰, cuenta Cicerón.

Cicerón, por boca de César, narra otro chiste forense parecido: “Demostraré quién eres, le dije a Mancía”, y Mancía me repicó, desafiante: “Muéstralo pues”. Y yo señalé con el dedo a un gallo pintado en el escudo cimbriaco, torcido, con la lengua fuera y las mejillas caídas. Todo el mundo se echó a reír porque la semejanza con Mancía era completa⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ Ibid. p. 146.

⁶⁸⁹ Ibid. p. 147.

⁶⁹⁰ Ibid. p. 148.

⁶⁹¹ Ibid. p. 150.

También, añade César, se puede bromear exagerando o deprimiendo, como cuando Craso dijo al pueblo “que Minucio se tenía por tan grande que, cuando pasaba por el foro, bajaba la cabeza para no tropezar con el arco de Fabio”⁶⁹².

Un chiste muy elegante es la ironía, que consiste en decir algo distinto de lo que se piensa. Es un género que es digno y agudo a la vez y que puede usarse en la oratoria y en los tribunales. Las ironías “sirven para condimentar no sólo las acciones forenses sino todo género de discursos”⁶⁹³. “Porque no hay tiempo de la vida en que no convenga usar de gracia y jovialidad”⁶⁹⁴.

Es tolerable, añade Cicerón, que alguien inteligente diga con aire de ingenuidad alguna cosa picante. Esto hace reír mucho, como todas las cosas aparentemente absurdas que dicen las personas inteligentes. Así, fingimos a veces no entender lo que entendemos, por ejemplo: preguntaron a Pontidio: “¿qué piensas tú del que es sorprendido en adulterio? –Qué es muy torpe en dejarse sorprender”⁶⁹⁵.

Otro ejemplo de humor absurdo es el siguiente: Nasica fue a visitar al poeta Ennio y la criada le dijo que Ennio no estaba en casa; Nasica se enteró posteriormente de que Ennio sí estaba en su casa cuando fue a buscarle. A los pocos días fue Ennio a casa de Nasica y, cuando llamó a la puerta, el propio Nasica le contestó a gritos: “No estoy en casa. -¿Cómo que no?, si me estás contestando” le dijo Ennio. A lo cual respondió Nasica: “Qué atrevido eres: cuando yo te buscaba, creí a tu sierva que me dijo que no estabas en casa, y ahora tú no me quieres creer a mí”⁶⁹⁶.

Cicerón también incluye un par de chistes sobre malos abogados: un mal abogado, tras pronunciar su alegato, le preguntó a Catulo si el final del mismo había conmovido, y respondió Catulo “mucho, porque no hay nadie tan resistente que tu discurso no le haya parecido digno de lástima”⁶⁹⁷. El segundo chiste es: Granio aconsejó a un mal abogado que se había puesto ronco en el juicio, que bebiese vino frío mezclado

⁶⁹² Ibid. p. 150.

⁶⁹³ Ibid. p. 150.

⁶⁹⁴ Ibid. p. 150.

⁶⁹⁵ Ibid. p. 142.

⁶⁹⁶ Ibid. p. 153.

⁶⁹⁷ Ibid. p. 152.

con miel; el abogado le respondió “perderé la voz si hago eso”, y Granio le contestó “mejor que pierdas la voz y no que pierdas a tu cliente”⁶⁹⁸.

Son graciosos, dice Cicerón, los chistes que critican un carácter, como el siguiente: Escauro era un abogado muy aborrecido porque había logrado apoderarse de los bienes de un hombre rico sin que existiese testamento a su favor. Un día, cuando Escauro estaba ejerciendo la abogacía en el foro, pasó por allí un entierro, y entonces gritó Cayo Memmio, abogado de la parte contraria: “Mira Escauro, allí llevan un muerto; a ver si puedes heredarle”⁶⁹⁹.

Otra pauta que se ha de tener en cuenta en el humor es que los chistes más graciosos son los más inesperados. En este sentido resultó gracioso un interrogatorio a un testigo protagonizado por el abogado Craso, el testigo decía que le habían contado unas cosas que perjudicaban al cliente de Craso, y entonces Craso dijo al testigo: “puede ser que ese a quién has oído dijese esas cosas enojado”, el testigo hizo señas de asentimiento con la cabeza, “puede ser- continuó Craso con el mismo tono- que lo que dices haber oído no lo oyeras nunca”⁷⁰⁰. Eso fue tan inesperado que provocó la risa de todas las personas presentes y confundió al testigo.

Es gracioso darle la vuelta a un insulto, como en el caso siguiente: Un hombre de mala familia le dijo a Cayo Lelio “eres indigno de tus mayores”, y Lelio respondió “y tú ciertamente eres muy digno de los tuyos”⁷⁰¹. Cicerón señala que, cuanto más severa y triste es la expresión de la cara de quien pronuncia el chiste, más gracioso resulta⁷⁰².

Quintiliano⁷⁰³ también abordó el humor desde la perspectiva de la abogacía. Del humor dice que puede servir para que la persona juzgadora sustituya la compasión o la tristeza por la risa, o para recuperar la atención de la persona juzgadora cuando está cansada de escuchar.

⁶⁹⁸ Ibid. p. 153.

⁶⁹⁹ Ibid. p. 153.

⁷⁰⁰ Ibid. p. 154.

⁷⁰¹ Ibid. p. 154.

⁷⁰² Ibid. p. 155.

⁷⁰³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §VI-III-I

Es muy difícil hacer uso del humor en la abogacía, señala Quintiliano, y esto se pone de manifiesto en los errores de dos de los más grandes oradores de todos los tiempos: Demóstenes y Cicerón. De Demóstenes se sabe que no tenía habilidad para hacer reír; y de Cicerón que no tenía moderación. Demóstenes tenía sentido del humor, pero declaró que no sabía ser gracioso. Y de Cicerón son célebres sus excesos, no solo fuera de los juicios, sino incluso en ellos. A pesar de que nos dio buenos consejos sobre cuándo las bromas están fuera de lugar, Cicerón se saltó muchas veces sus propias reglas. Dos cosas ciertas son que ha habido pocos oradores que hayan dominado el arte del humor, y que no existen reglas retóricas para dominarlo.

Quintiliano considera que la mayor dificultad del humor radica en que los chistes muchas veces son demasiado vulgares para una persona oradora, y más aún para las causas forenses. Lo que motiva la risa, dice, no son siempre palabras y acciones, sino que a veces son movimientos del cuerpo o expresiones que resultan ridículas. Cuando lo ridículo se ve implicado en lo humorístico, la cosa se complica para la cortesía de la abogacía, ya que reírse de lo ridículo implica reírse de un defecto o de algo feo, ya sea algo propio o ajeno⁷⁰⁴.

Quintiliano coincide con Cicerón en que el humor tiene mucho poder, y, aunque parezca que hacer reír es fácil, porque lo logra gente “graciosilla” y poco inteligente, tal vez sea la cosa que más influye sobre las emociones. Es algo tan fuerte que resulta muy difícil de ocultar, pues nuestra voz y nuestra cara cambian cuando algo nos hace gracia, y todo nuestro cuerpo se pone en movimiento. El humor “tiene virtud para mudar las cosas más serias desvaneciendo no pocas veces el odio y la ira”⁷⁰⁵.

También coincide con Cicerón en que el humor parece una habilidad dada por la naturaleza, aunque la técnica puede mejorarla, pero además el carácter de algunas personas encaja mejor con ciertos chistes, que el carácter de otras, de modo que dicho por éstas últimas el mismo chiste no tendría tanta gracia. Un factor imprescindible en los chistes es encontrar la ocasión oportuna y saber improvisar, lo cual permite contestar a un chiste con otro chiste⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Ibid. §VI-III-II

⁷⁰⁵ Ibid. §VI-III-III

⁷⁰⁶ Ibid. §VI-III-IV

El humor puede basarse en nuestros defectos, en los ajenos o en otras cosas. Cuando se toman por objeto los defectos ajenos el humor puede llevar consigo una crítica, pero también una expresión de cariño hacia una rareza, o una burla o un echar en cara. Cuando buscamos en nuestros propios defectos los motivos para reír, decimos o hacemos algo absurdo para caer bien y para que otras personas se diviertan⁷⁰⁷.

Otras cosas que pueden dar lugar a situaciones graciosas son, por ejemplo, decir algo que nadie se espera o que no viene a cuento, o torcer expresiones hacia otro sentido. También hacemos reír con acciones ridículas y serias a la vez, otras veces haremos reír mediante la vulgaridad (pero estos chistes no quedan bien a un orador ni a ninguna persona reflexiva), o mediante gestos ridículos, que tienen mucha gracia, máxime cuando el que los hace no pretende hacer reír (las situaciones graciosas son más humorísticas cuando no son buscadas). Resulta muy gracioso que un sujeto más serio que una estatua diga algún chiste. También dan cierta gracia el semblante, el traje y el aire gracioso de quien habla, pero estos aspectos solo hacen reír si se exhiben con moderación.

Hay muchos tipos de chistes: alegres, picantes, graciosos...y no en toda situación convienen todos los tipos de chistes. Un importante consejo es que siempre hay que evitar las gracias que puedan ofender a alguien. En un pleito está permitido ofender a la parte contraria y acusarle de modo directo con mordacidad. Pero no deberemos hacerlo si se muestra abatida, o si es visiblemente inocente, o ya ha perdido. Podemos quedar como personas crueles⁷⁰⁸.

Pero veamos algunas precauciones sobre el uso de lo cómico en un juicio: “al orador no le está bien el hacer gestos ni ademanes ridículos”, Quintiliano insiste en que hay una distancia entre la abogacía y el mundo del espectáculo, “los chistes lascivos no digo tomarlos en boca, pero ni aun significarlos con el ademán”⁷⁰⁹.

Además, no siempre que se nos ocurra algo gracioso lo tenemos que soltar porque “más vale perder el chiste que la autoridad”. Un abogado gracioso resultará

⁷⁰⁷ Ibid. §VI-III-V

⁷⁰⁸ Ibid. §VI-III-V

⁷⁰⁹ Ibid. §VI-III-VI

algo insufrible. “Júntese a lo dicho que hay algunos jueces tan serios que es imposible el hacerlos reír”⁷¹⁰.

La prudencia y la educación no deben perderse, así, dice Quintiliano: “cuídese también que en los chistes y agudezas no se descubra algún descaro o arrogancia, y no decir lo que no caiga bien en aquel lugar y ocasión, que no parezca que las traemos estudiadas”.

Es muy conveniente que no nos riamos de personas a las que resulte peligroso ofender, ni decir bromas que puedan generar graves enemistades o de las que tengamos que desdecirnos por quedar indignamente: “nunca es bueno decir chistes que puedan ofender al común, a naciones enteras, a algún cuerpo o condición de personas (...) Son caras las chanzas que se dicen a costa de la reputación”⁷¹¹.

Podemos mostrar los defectos de la persona adversaria (por ejemplo, mostrando un parecido) o hacerlos notar con alguna broma. Pero no todas las maneras de ridiculizar a alguien están bien en la abogacía. Por ejemplo, no pueden utilizarse malsonantes; ni tampoco queda bien utilizar dichos sonoros, ni cambiar letras de los nombres para ridiculizar (esto quedará frío y malicioso). Se pueden utilizar los cambios de letras, pero para hablar de cosas y no de personas⁷¹².

Quintiliano recomienda no dejar que el humor nos haga perder la educación, y para ello ni usar malsonantes, ni términos vulgares, ni nada que resulte desagradable escuchar, ni nada que resulte demasiado extraño, ya sea en su significado, en las palabras, o en la expresión verbal. Contar chistes que resulten oportunos requiere tener mucha conciencia de la situación en la que se está⁷¹³.

Más allá del papel del humor en la retórica jurídica, los estudios de Cicerón y de Quintiliano ponen de manifiesto que el humor es una forma de lograr la persuasión, y que puede combatir emociones tan fuertes como la ira o la compasión.

Además de ello, una respuesta humorística puede tener el efecto de una eficaz refutación; pero podríamos encontrar un importante reparo al empleo del humor: ¿el

⁷¹⁰ Ibid. §VI-III-VI

⁷¹¹ Ibid. §VI-III-VI

⁷¹² Ibid. §VI-III-VIII

⁷¹³ Ibid. §VI-III-VIII

humor es irracional? Vega Reñón⁷¹⁴ se plantea si una refutación humorística constituye o no un argumento racional. Imaginemos por ejemplo que alguien afirma: “en democracia todos somos iguales”; y que otra persona replica con ironía “sí, pero unos más que otros”⁷¹⁵. Lo que el filósofo se pregunta es: ¿puede considerarse este chiste una réplica argumentativa, una refutación de la afirmación anterior? Vega explica que según una visión reduccionista podríamos zanjar el asunto diciendo: no, una cosa es un buen chiste y otra muy distinta un buen argumento dirigido a refutar racionalmente una posición.

Pero también podríamos ver en la primera afirmación y en su respuesta dos puntas de un iceberg intencional y discursivo. En ambas afirmaciones subyacen determinadas premisas implícitas, como la de, por una parte, que la Constitución y las leyes establecen la igualdad ante la ley y, por tanto, la conclusión de que todas las personas gozamos de efectiva igualdad. Sin embargo, la respuesta podría comprenderse como diciendo que la corrupción y las rendijas procesales permiten a algunas personas zafarse de sus obligaciones; o incluso que las leyes, aun prometiendo igualdad, están lejos de hacerla efectiva. Por tanto, la respuesta podría entenderse como la denuncia irónica de una falacia oculta en el primer argumento.

Claro que, el problema de intentar traducir las premisas tácitas de este tipo de chistes es que eliminamos la ambigüedad, que es uno de los elementos característicos de los chistes; y, además, al traducir los chistes al lenguaje racional pueden perder su gracia.

Este ejemplo de Vega Reñón nos conduce a plantearnos la relación entre el humor y la racionalidad, así como sobre la capacidad argumentativa del humor. Es evidente que el humor muchas veces habla el lenguaje del *logos*, mediante la ironía, y lo hace con una sutileza y una prudencia excelentes.

Hay una viñeta del célebre Forges⁷¹⁶ que considero que expresa bien la capacidad argumentativa del humor y que nos otorga otro valioso ejemplo de esto que señala Vega Reñón, es decir, de cómo la ironía puede poseer fuerza persuasiva y destilar

⁷¹⁴ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. p. 23.

⁷¹⁵ Aunque este no es el ejemplo de Vega Reñón, creo que capta bien lo que el autor plantea.

⁷¹⁶ Fue publicada en El País (08/09/2005) con autoría de Antonio Fraguas (Forges).

racionalidad implícita. En la viñeta vemos a un hombre y un niño, presumiblemente un padre y su hijo, en el entorno miserable de una pequeña casa que se encuentra en medio de un vertedero. El padre dice: “Tienes que aprender a leer y a escribir, porque si no nunca podrás firmar contratos, ni hipotecas, ni contratos precarios, ni finiquitos”, y el hijo contesta (en una letra más pequeña): “Ya, pero además yo quiero aprender cuanto antes, porque quiero ser poeta”.

A raíz de esta viñeta podemos preguntarnos: ¿El mero elemento volitivo del chico de ser poeta constituye un argumento?, ¿de qué modo la ironía contenida en la viñeta logra transformarse en un argumento a favor de la alfabetización? La ironía posee una fuerza subversiva derivada de lo implícito, de las relaciones entre lo dado a entender y lo dicho.

La ironía, en opinión de Vega Reñón⁷¹⁷, puede jugar con unos supuestos éticos implícitos, con unos valores tácitos y aparentemente ajenos al tejido del discurso y a su calidad ilativa. Se trata de unos valores que están fuertemente reclamados por el tema y el contexto del discurso, y sin embargo, no están presentes de forma expresa en el mismo. La ironía destaca sutilmente la imperdonable ausencia de dichos valores.

El agente discursivo que hace uso de la ironía logra esgrimir dichos valores consiguiendo la complicidad de aquel que capta su mensaje velado. Normalmente se parte de que esos valores son compartidos por el auditorio, pero, en cualquier caso, al hacer partícipe a la inteligencia del auditorio para desvelar el sentido oculto, se logra una intensa eficacia persuasiva.

Una aserción como “sí, en este estado de derecho todos somos iguales ante la ley, pero unos más que otros”, parece inhabilitarse a sí misma desde una perspectiva analítica ya que el predicado ser “iguales” es contradictorio con “unos más que otros”; sin embargo la ironía implica una serie de condiciones que rigen la comunicación inteligente y que provocan que esa aserción devenga inteligible⁷¹⁸.

⁷¹⁷ Ibid. p. 73.

⁷¹⁸ Ibid. p. 286.

1. EL ESTILO FORMA PARTE DE LA ARGUMENTACIÓN

Cicerón⁷¹⁹, en los *Diálogos del orador*, realiza una interesante apreciación. Señala que la retórica usualmente 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, además, los pensamientos no existen sin las palabras. Por eso la distinción entre la *inventio* y la *elocutio* supone dividir lo que no puede dividirse.

En la presente tesis realizo una crítica a la perspectiva retórica de la teoría estándar. Uno de los aspectos de dicha crítica se dirige contra la excesiva centralidad de las temáticas relativas a la *inventio* y a la *dispositio*, y contra la correlativa marginación de la *elocutio* y la *actio*. Es decir, 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.

Las causas de dicha marginación son profundas y están relacionadas con la primacía ideológica del punto de vista dialéctico en el interior de la teoría estándar. En efecto, el punto de vista dialéctico incorpora tesis racionalistas y procedimentales que, en última instancia, se sustentan 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 científicismo platónico y a la desconfianza de lo estético. La consideración de lo estilístico como sospechoso fue una constante en la retórica clásica, presente incluso en la obra de Cicerón y de Quintiliano.

⁷¹⁹ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 182.

En relación con esta cuestión considero interesante reivindicar la figura del célebre humanista español Baltasar Gracián⁷²⁰, 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 una ruptura y una auténtica innovación. En su *Arte del ingenio*, explica que los conceptos, para estructurarse, operan por comparación, o por concordancia con otros conceptos, y eso es lo que resulta proporcionado desde el punto de vista estético.

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 conceptual⁷²¹. Gracián explica los recursos literarios desde esta 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 igualarlos⁷²².

⁷²⁰ Gracián, B. (1929). *Arte de ingenio, tratado de la agudeza*. Madrid: Espasa Calpe. §II

⁷²¹ Ibid. §IV.

⁷²² Gracián explica muchos ejemplos de figuras retóricas (agudezas) que ponen de manifiesto este contenido conceptual (y no accesorio o superficial) de las mismas. La figura de la disonancia o improporción no resalta la igualdad sino la desigualdad, por ejemplo, la pequeñez de un cuerpo frente a la grandeza de su espíritu, o vivir y morir, sepulcro y nido.

La figura de la solución a un misterio consiste en despertar misterio sobre las causas a un suceso cuya respuesta está escondida, la solución ha de ser algo extravagante y difícil de imaginar.

La más célebre figura es la semejanza, de la que surgen los símiles, las metáforas y en muchos casos los adjetivos calificativos. No toda semejanza denota inteligencia ni resulta hermosa.

La figura de la paradoja consiste en exponer una tesis, que a primera vista parece una locura o un completo error, pero que pensándolo bien resulta una afirmación ingeniosa. Un ejemplo es la afirmación de Séneca de que no hay fortuna ni suerte, sino prudencia o imprudencia. Este tipo de afirmaciones son arriesgadas, porque son afirmaciones desacreditadas a priori que pueden parecer tonterías.

Hay otra curiosa figura que juega con la inversión de las intenciones. Consiste en hacer que veamos de otro modo un hecho que nos parecía bienintencionado, haciéndolo parecer fruto del egoísmo. Por ejemplo, Cicerón dijo que cuando César mandó levantar las estatuas derribadas de Pompeyo no lo hizo por reponer las de Pompeyo, sino por restablecer las suyas propias. Igual que se resaltan las intenciones maliciosas, también puede hacerse lo contrario, transformando una interpretación sospechosa en otra bienintencionada.

El humor utiliza un mecanismo parecido, pero en lugar de señalar una intención maliciosa, señala la estupidez o lo ridículo. Lo ridículo puede estar en buscar lo mucho y caer en lo poco, en una desproporción, o en una contradicción, como en la anécdota del orador Castro Verde que, ante la inquietud de su auditorio, les pidió a unos que se calmasen para no despertar a aquellos que estaban dormidos.

La crítica juiciosa también hace uso de la contradicción. Consiste en una censura sutil de un error, como cuando un soldado de Aníbal le dijo al general, tras la victoria de Canas, que sabía ganar, pero no hacer uso de la victoria.

La paranomasia juega con los sonidos y los significados para hacer un chiste. Por ejemplo, a Tiberio le reprochaba el pueblo su embriaguez cambiando su nombre Nero Claudio Tiberio por Mero Caldo Biberio. Otro ejemplo es el de un hombre severo que consideraba que las comedias robaban mucho tiempo a los

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 situación⁷²³. 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 necesidad⁷²⁴.

Las figuras pueden basarse 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 silogismo⁷²⁵ 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

españoles y por eso las denominó “come días”. El equívoco, otra figura, juega con la polisemia de una palabra, dándole un sentido distinto al que pretendía su autor. Ibid. §VIII a XXVI

⁷²³ Ibid. §XXVII

⁷²⁴ 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 lebrél y Craso contestó “confieso que es mayor tu valor, pues aunque se te 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 Hiperides, 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

⁷²⁵ 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.

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?”⁷²⁶

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”⁷²⁷. Las relaciones que se dan tras las figuras son de alusión, contraposición, negación, disyunción, etc⁷²⁸⁷²⁹.

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 discurso⁷³⁰⁷³¹. En síntesis, la tesis de Gracián es que no puede existir un estilo sin conceptos, porque los conceptos son el alma del estilo⁷³².

⁷²⁶ Ibid. §XXXVII

⁷²⁷ 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.

⁷²⁸ Ibid. §XXXX

⁷²⁹ Disyunción (ejemplo, “mal que con muerte se cura, muy cerca tiene el remedio, mas no aquel que tiene el medio en manos de la ventura”), repartición (ejemplo, “pastores, que en vez de ovejas y de corderos en vez, rayos de sol guarda ella, de abril guarda flores él”), correspondencia (ejemplo, de Góngora “que los dos nos parecemos al roble, que más resiste los soplos del viento airado: tú en ser dura, yo en ser firme”), distribución (ejemplo, de Góngora: “la hermosura de Granada, cuyo pie da al campo flores, cristal su mano a Genil y al cielo sus ojos soles”), transición (ejemplo de Góngora, “cuantas veces remontada en esfera superior, de donde os perdía mi vista os cobraba mi atención” o de Monte Mayor “lo que empezaba la lengua lo acababa el corazón”), conmutación (ejemplo: un dicho de la universidad de Salamanca: “¡Oh, escuela de los maestros y maestra de las escuelas!”), gradación (ejemplo, de Góngora: “no solo en plata o viola trocada se vuelva, más tú y ello juntamente, en tierra, en humo, en polvo, en sombra, en nada”), etc. Ibid. §XXXXI

⁷³⁰ Ibid. § XXXXII

⁷³¹ Entre los modos de hilar el discurso podemos citar aquel que consiste en componerlo con tres o cuatro partes con una conexión conceptual entre sí. Por ejemplo, hablar del nacimiento, la vida y la muerte de alguien. Aquí tenemos como nexo conceptual a la persona y a la sucesión cronológica. También podemos estructurar un discurso en tres problemas y tres posibles soluciones.

El hilo conductor del discurso puede ser una temática sobre la que se establecen relaciones de proporción como las expuestas en las figuras retóricas, por ejemplo de similitud: hoy ocurre lo mismo que ocurrió en otra ocasión. Por tanto, puede que el conjunto del discurso encaje dentro de una figura retórica.

El discurso tiene que ir hilando las distintas figuras retóricas (y los argumentos que contienen) en un todo armónico. Un modo de hilar el discurso es mediante la formulación de una propuesta que luego se va desarrollando mediante argumentos. En estos casos la trabazón radica en la propuesta inicial.

Otras veces se van encadenando afirmaciones, de modo que el desarrollo de una conduce a la siguiente. Esto se puede hacer también de modo ascendente o descendente, en una gradación. Por ejemplo, podríamos probar que esta persona hizo algo muy bueno, posteriormente que eso es útil para toda la comunidad, y finalmente que contribuye a un avance para la humanidad.

Las reflexiones de Gracián rompen con el juicio despectivo 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 desarmarían 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 Rosales⁷³³ (Rivera, *La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica*, 1994) nos presenta a un Kant romántico, casi herético, que se encuentra ante nuestros ojos en la mismísima *Crítica de la Razón Pura*⁷³⁴.

Se puede utilizar una imagen como estructura del discurso, componiendo por ejemplo un retrato, con rostro, manos, boca. En cada parte del retrato se hablará de algo que tenga analogía con la parte concreta del cuerpo de la que se habla. Y también habrá semejanza entre la idea global del discurso y la imagen del retrato. Se puede dividir el discurso en tres aspectos, que se corresponden (o se oponen) con tres personas. También podemos empezar por una pregunta con varias respuestas posibles que pueden irse tratando una a una. En los discursos morales es frecuente plantear dos posibilidades enfrentadas, comenzar defendiendo una de ellas y luego defender la tesis contraria y refutar la primera. Ibid. §XXXXIII a XXXXVI

⁷³² Ibid. §XXXXVIII

⁷³³ 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.

⁷³⁴ Kant, I. (2010). *Crítica de la Razón Pura*. In *Obras completas I*. Madrid: Gredos.

Sentimos el mundo como una multiplicidad caótica, como un montón de imágenes, sonidos, impresiones táctiles carentes de sentido⁷³⁵. 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 abstracción⁷³⁶⁷³⁷.

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 mundo⁷³⁸. La imaginación construye el mundo al que llamamos real, y que es un mundo interpretado⁷³⁹⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Rivera, J. (1994). La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica. op. cit. p. 152 y ss.

⁷³⁶ 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.

⁷³⁷ 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.

⁷³⁸ Ibid. p. 158.

⁷³⁹ Ibid. p. 159.

⁷⁴⁰ La tesis de la imaginación en Kant será amplificada por Novalis, para quien la poesía es el grado más elevado del conocimiento, lo que nos permite tocar la realidad. Cuanto más poético, más verdadero, dado que la imaginación es la fuerza configuradora que nos permite comprender la naturaleza. Lo estético, en la tesis kantiana expuesta en la Crítica del Juicio, no puede ser reducido al concepto o a la lógica, y por tanto, no debe ser reducido a demostración o ciencia, porque en lo estético se manifiesta en su pureza la acción primaria y prerreflexiva de la imaginación, su acción sintetizadora. Pero la imaginación opera unas veces con más libertad que otras. La imaginación, cuando está volcada en un propósito teórico, tiene el objetivo de hacer que la persona humana se sienta más cómoda en el mundo, que sienta que lo comprende. Por eso la razón humana elabora esquemas repetibles para otros objetos, a través de relaciones entre objetos de semejanzas y diferencias, de dependencia y continuidad, etc. Sin embargo, 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 irrepetibilidad 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. Novalis, romantizando la estética kantiana, considera que la poesía requiere apertura a ese

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, 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 es lo que permite que las agudezas sean clasificadas.

2. EL ESTILO DE LAS LEYES

Se ha señalado⁷⁴¹ 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 Llewellyn⁷⁴² 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

fluir de la realidad, y por eso nos permite alcanzar una intimidad mayor con el mundo, fusionarnos con otras personas y con lo real, convertirnos en espejos. Ibid. p. 172 y ss.

⁷⁴¹ Agustín de Asís, *Derecho y Arte*, publicaciones de la Escuela Social de Granada, 1959. p. 19.

⁷⁴² Llewellyn, K.N; *Belleza y estilo en el Derecho*, Bosh, Barcelona, 1953. p. 73 y ss.

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.”⁷⁴³

Lo que sostiene Llewellyn es que podemos afirmar categóricamente que un ornamento es bueno cuando sirve para una función, y sobre todo, 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 lenguaje⁷⁴⁴.

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 claridad⁷⁴⁵.

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.

Atienza⁷⁴⁶, como Llewellyn, considera que el lenguaje del derecho es, ante todo, funcional, es decir: no persigue valores literarios, sino resolver un determinado

⁷⁴³ Ibid. p. 76.

⁷⁴⁴ Ibid. p. 77.

⁷⁴⁵ Ibid. p. 79.

⁷⁴⁶ Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. op. cit. cfr.

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 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 Posner⁷⁴⁷ 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 Posner⁷⁴⁸, 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 Posner⁷⁴⁹, descansa en hacer de cada una de ellas un ejemplar memorable de un problema o un conflicto o. Esta es una habilidad literaria que constituye un elemento de la excelencia de un juez.

Según el juez, 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 efecto⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press. p. 330 y ss.

⁷⁴⁸ Ibid. p. 333.

⁷⁴⁹ Ibid. p. 354.

⁷⁵⁰ 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 texto⁷⁵¹.

Posner explica que, en la judicatura, se dan distintos estilos diferentes⁷⁵², que se adaptan a la personalidad de cada persona juzgadora y de cada momento histórico. Hay numerosas características que definen el estilo de una sentencia judicial. Podemos encontrarlas formales, imperiosas, impersonales, refinadas, y políticamente correctas. Por otra parte las sentencias pueden ser conversacionales, íntimas, e incluso populares. El tono depende de muchas cosas, incluyendo las palabras y la decisión de evitar contracciones, coloquialismos, humor y jerga.

Por jerga no se refiere Posner⁷⁵³ 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. 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 ya arcaica.

Las oraciones cortas, la supresión de ornamento y paréntesis, y la simplicidad y brevedad tienden a hacer más accesible el tono de un escrito, asemejándolo más al

⁷⁵¹ Atienza (2013). Op. Cit. p. 651.

⁷⁵² El magistrado estadounidense expone una serie de reflexiones sobre algunos de sus más célebres predecesores en la judicatura de su país. Así, del famoso juez Marshall dice que utilizó un estilo “ilustrado”, caracterizado por ser sistemático, poco emocional, poco adornado, poco pretencioso y voz de la razón, con ausencia de citas de precedentes y evitación de la jerga jurídica.

Posner señala que un estilo como el de Marshall tendría difícil acomodo en un sistema constitucional maduro, porque cuando una Constitución está fresca es normal escribir de manera más racional y menos técnica, más innovadora desde la perspectiva teórica. Un sistema constitucional maduro exige negociar con la jurisprudencia previa, que constriñe mucho la libertad.

El estilo del célebre juez Cardozo fue, en opinión de Posner, literario pero sin exceso. Un estilo excesivamente literario sería el rico en oraciones subordinadas, paréntesis, digresiones, redundancias y otros circunloquios. Pero el uso por parte de Cardozo de cambios en la sintaxis, y de metáforas estaba acompañado de un estilo conciso y visual que facilitaba la comprensión.

El estilo del gran juez Holmes fue visual, pues usaba de forma magistral el lenguaje vívido. Eso permitía rebajar la abstracción de la sentencia, mostrando arraigo con la realidad del mundo en lugar de envolverse en la pureza conceptual. Holmes escribía de modo accesible, bajo, con los pies en el suelo. De las personas que escriben de manera accesible dice Posner que suelen ser las más cultas, las aristócratas de la palabra y el pensamiento, lo mejor de la judicatura. Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 351 y ss.

⁷⁵³ Ibid. p. 369.

discurso oral. Pero una eliminación de toda ornamentación dará lugar a un estilo impersonal, burocrático y excesivamente formal. La brevedad puede dar también un aire dogmático, las oraciones cortas pueden crear la impresión de un mandato.

Posner continúa su exposición señalando que la evitación de títulos hace la sentencia más accesible, porque esos son elementos académicos. 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. La propensión al uso de acrónimos eleva el tono haciendo parecer más técnico el escrito. El tono es elevado por un vocabulario muy educado, y es rebajado por el lenguaje coloquial y espontáneo.

La predilección por el uso de palabras raras que no son términos jurídicos puede elevar el tono haciendo parecer a la sentencia pomposa. El lenguaje personal rebaja el tono, y la impersonalidad eleva el tono. La certeza lo eleva y las dudas lo bajan. Configurar la sentencia como una narración, debate o exploración baja el tono, mientras que configurarla como un texto dogmático o una demostración lógica eleva el tono⁷⁵⁴.

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-pegar” 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 jurídicos⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Ibid. p. 370.

⁷⁵⁵ 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 Posner⁷⁵⁶, 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. Toda esa gente 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.

⁷⁵⁶ Ibid. p. 173.

Posner⁷⁵⁷ 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 verdad.

La concepción pragmática⁷⁵⁸⁷⁵⁹, 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 discernibles⁷⁶⁰.

Por supuesto, matiza Posner⁷⁶¹, 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

⁷⁵⁷ Ibid. p. 174.

⁷⁵⁸ 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.

⁷⁵⁹ 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).

⁷⁶⁰ Ibid. p. 374.

⁷⁶¹ Ibid. p. 376.

hechas pueden limitar y confinar las consideraciones judiciales. Posner parece coincidir con Atienza en que el formalismo es una enfermedad que produce malos escritores⁷⁶².

Antes que Posner, otro realista, el célebre Llewellyn⁷⁶³, 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 Llewellyn⁷⁶⁴, 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 insitir 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”⁷⁶⁵.

Llewellyn⁷⁶⁶ 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”⁷⁶⁷ No basta con que exista certidumbre para los juristas cuando es necesaria la justicia para el pueblo, a cuyo servicio debe estar el derecho.

⁷⁶² Atienza (2013). op. cit. p. 651.

⁷⁶³ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. Barcelona: Bosh. p. 27.

⁷⁶⁴ Ibid. p. 31.

⁷⁶⁵ Ibid. p. 33.

⁷⁶⁶ Ibid. p. 73.

⁷⁶⁷ Ibid. p. 74.

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 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

Frialdad analítica y calor de vida

Frente al frío estilo de las leyes, Radbruch⁷⁶⁸ 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”⁷⁶⁹, 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

⁷⁶⁸ Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. p. 136.

⁷⁶⁹ Ibid. p. 137.

siempre en la elocuencia algo moralmente sospechoso, simplemente por tratarse de una forma o modalidad de arte»⁷⁷⁰.

Llewellyn⁷⁷¹ 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 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 abogacía, en esa vorágine formalista, elimina el valor de la amistad, mirando en las relaciones solo el interés económico.

Consejos estilísticos de la retórica clásica

La retórica clásica, corpus teórico creado principalmente por célebres abogados, proporciona numerosos consejos estilísticos de interés para la abogacía contemporánea. Aristóteles⁷⁷² señala que el aspecto estilístico más importante es la claridad, que se entienda lo que decimos, porque si no se nos entiende no podemos persuadir. Dice también que el estilo no debe ser ni demasiado refinado, ni vulgar, sino natural, porque quien habla de manera artificial despierta sospechas.

Un discurso ha de ser claro y natural, pero también hermoso. Hay que resaltar que la belleza no está reñida con la claridad. También se debe cuidar la corrección gramatical del discurso. Es preciso, señala Aristóteles, que el discurso sea legible y fácil de pronunciar; asimismo debe estar bien puntuado para evitar las oraciones excesivamente largas. Otra cosa que se debe evitar es el exceso de conjunciones. Las

⁷⁷⁰ Ibid. p. 137.

⁷⁷¹ Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. p. 20.

⁷⁷² Aristóteles. (1990). *Retórica*. §III-1404b

oraciones demasiado largas pueden generar imprecisión sobre el sentido de las mismas⁷⁷³.

El estilo debe ser apropiado, de modo que los asuntos importantes se traten solemnemente y los asuntos fútiles no se traten con solemnidad. El estilo apropiado adoptará un estilo expresivo cuando sea necesario, por ejemplo, con enfado si ha habido un ultraje, con indignación, con humildad o con pena, según la situación. Es necesario que las emociones se reflejen en el tono de voz, pues de lo contrario parecerán fingidas⁷⁷⁴.

Distintos estilos serán adecuados a las distintas personalidades de quienes hablen. En rasgos generales, el estilo será distinto en función de los rasgos del carácter, de la edad, de la nacionalidad, el sexo y otras cualidades. Todas las variables que influyen sobre la dicción, el vocabulario y la expresión corporal, determinarán el estilo. Esas variables llevan consigo expectativas del auditorio, de modo que se pueden usar recursos como romper intencionadamente con esas expectativas, o romper la correspondencia entre los gestos o el tono y lo que se dice⁷⁷⁵.

Cuando se habla ante una persona juzgadora, señala, hay que usar pocos recursos retóricos, ya que la retórica forense exige ceñirse a la causa y no es amiga de las divagaciones⁷⁷⁶.

Cicerón⁷⁷⁷, como Aristóteles, nos proporciona múltiples consejos retóricos para mejorar el estilo. Recomienda hablar de manera correcta y clara, porque queremos que se nos entienda. Una vez que se la persona oradora se expresa correctamente su objetivo debe ser el de aumentar la elegancia, para lo que puede sernos de mucha ayuda la afición a la literatura. Eso no significa que tengamos que hablar de forma literaria, pero la literatura puede aportarnos mucho vocabulario que hará a nuestro discurso más selecto.

⁷⁷³ Ibid. §III-1405a/1407b.

⁷⁷⁴ Ibid. §III-1408a.

⁷⁷⁵ Ibid. §III-1408b.

⁷⁷⁶ Ibid. §III-1413b.

⁷⁷⁷ Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 187.

Otros consejos de Cicerón⁷⁷⁸ son evitar las oraciones demasiado largas y las alteraciones de orden o las mezclas de conceptos que puedan provocar que el auditorio pierda el hilo. También recomienda hablar despacio, para no abrumar con un tropel de palabras; así como usar palabras comunes, que todo el mundo comprenda, porque si no se comprende lo que decimos, nuestras palabras serán solo ruido.

Una regla de la retórica es que lo más placentero es lo que antes cansa. Las pinturas más llamativas y coloridas nos deslumbran a primera vista, pero son otras más sobrias las que nos detienen y cautivan⁷⁷⁹. Lo mismo ocurre con el canto; apreciamos mejor la melodía de las voces agudas, y sin embargo, al cabo de un tiempo necesitamos cambiar a las graves. Esto ocurre con todos los sentidos, también con el olfato: nos agradan menos los perfumes de olor penetrante, que los suaves y delicados. En incluso en el sentido del gusto, que es el más voluptuoso, termina por cansarnos lo que es demasiado dulce.

Por eso en retórica debemos ser breves en los excesos, tales como los momentos apasionados o poéticos, o las elevaciones de voz. El discurso no puede ser arrebatadoramente hermoso de principio a fin, no puede ser extremadamente expresivo y apasionado en toda su duración. Para poder tocar el corazón del auditorio en un momento del discurso, es necesario no agotar todas sus fuerzas al principio. Si queremos alzar la voz en un punto, es necesario que el discurso entero no sea un grito, hemos de variar la entonación. Y, con respecto a los recursos estilísticos, hemos de evitar empalagar⁷⁸⁰.

En los discursos jurídicos uno de los méritos del estilo radica en saber encontrar en la causa concreta los principios generales, aquello que realmente posee valor y que es capaz de despertar emociones. Los valores permiten llenar el discurso de sensaciones importantes y estas ideas tan elevadas nos inspiran discursos elocuentes y ponen pasión a nuestras palabras⁷⁸¹.

Otra cosa que se pregunta Cicerón es la de si en el discurso quedan bien las palabras antiguas, o poco usadas. El orador considera que se pueden usar, pero en

⁷⁷⁸ Ibid. p. 190.

⁷⁷⁹ Ibid. p. 203.

⁷⁸⁰ Ibid. p. 204.

⁷⁸¹ Ibid. p. 210.

contadas ocasiones. Esas pinceladas aportan al discurso un aspecto elegante. Lo mismo ocurre con las metáforas, aunque en el caso de las metáforas también hay que cuidar de que los elementos que se comparan tengan una semejanza evidente, que todo el mundo entienda sin ningún esfuerzo⁷⁸². Las metáforas aportan inteligencia al discurso y resultan persuasivas porque se dirigen a los sentidos, y especialmente al de la vista, que es el más agudo de los sentidos. Vemos ejemplos de esto en metáforas como “el perfume de la urbanidad”, “el murmullo del mar”, “la dulzura del discurso”, son comparaciones tomadas de otros sentidos, pero las de los ojos son las más vivas y ponen casi en presencia del oyente aquello de lo que se habla⁷⁸³.

Cuando se utiliza una metáfora hay que tener cuidado con las imágenes que se sugieren, y también se ha de evitar que la comparación resulte exagerada para el asunto, como “la tempestad que supone ese hecho”. Las alegorías, que consisten en un conjunto de metáforas, pueden tener como resultado indeseable que el discurso sea difícil de entender y que el auditorio no siga el hilo de la alegoría⁷⁸⁴.

Algunos recursos retóricos que otorgan belleza al discurso serían la narración de una anécdota, que sirve para amenizar el discurso y para despertar emociones; la repetición de palabras, para dar fuerza al discurso o para darle un toque de humor; la repetición de una palabra o una frase al principio y al final del discurso, para darle un toque armónico; resaltar una palabra mediante su frecuente repetición; crear estructuras de semejanza entre distintas partes del discurso; describir imágenes; lanzar interrogantes, etc⁷⁸⁵. Estos son algunos ejemplos de recursos estilísticos, que han sido ampliamente tratados por la lingüística.

Quintiliano también aporta interesantes consejos estilísticos, que complementan bien a lo señalado por Aristóteles y por Cicerón. Quintiliano, aconseja, como los dos anteriores, que se utilice un lenguaje comprensible, y añade que se eviten los adjetivos superlativos, que exageran la realidad, dado que estos dan una apariencia artificial al discurso (salvo que se trate de una licencia en un momento emotivo)⁷⁸⁶.

⁷⁸² Ibid. p. 217.

⁷⁸³ Ibid. p. 219.

⁷⁸⁴ Ibid. p. 220.

⁷⁸⁵ Ibid. p. 231.

⁷⁸⁶ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §I-IV-III.

Las viejas fórmulas y las palabras desusadas deben evitarse. Lo mismo ocurre con los tecnicismos, que a muchas personas les resultan deslumbrantes, pero que deben omitirse siempre que hablemos a alguien que no pueda entendernos. También deben omitirse las palabras de significado ambiguo, que no sabemos a qué se refieren si no se nos explican. Un elemento que genera especial oscuridad en el discurso es la excesiva extensión de las oraciones, que impide que entendamos su significado y otro rasgo que hace confusos a los discursos son las digresiones, es decir, las aclaraciones y descripciones que interrumpen el hilo del asunto. Estas deben utilizarse con cuidado, para que el auditorio no se pierda⁷⁸⁷.

Quintiliano da algunos ejemplos de estilos confusos: en primer lugar están esas personas que explican las cosas con mucho rodeo y demasiadas palabras, apelotonando palabras sinónimas y alargando tanto las oraciones que no hay quien les entienda. Estas personas creen ser muy elegantes. Luego están las personas que hablan de manera deliberadamente oscura, porque se creen más listas si nadie las entiende⁷⁸⁸. (35) En tercer lugar están las personas de pocas palabras, que detestan tanto explicarse que realmente les da lo mismo si solo se entienden ellas mismas. A estas personas les da igual que el resto de la gente las entienda.

Quintiliano considera que todos los discursos deberían ser accesibles para una persona de inteligencia media, y no comparte la tesis de que es más elegante lo que necesita ser traducido. Considera que hay oyentes que disfrutan con los lenguajes oscuros por el placer de descifrar el pensamiento de la persona oradora, y ver así reafirmada su inteligencia. “Como si ellos hubieran inventado lo que oyeron”, apostilla Quintiliano con sarcasmo⁷⁸⁹.

Un buen discurso, según el célebre orador, es claro y está expresado en palabras sencillas, posee un orden adecuado, contiene pocas fórmulas convencionales, y en él no falta ni sobra nada. Un buen discurso puede entenderse incluso si el auditorio anda un poco distraído. Esto es esencial, ya que la persona juzgadora no siempre está del todo atenta a lo que decimos, y muchas veces no tiene ganas de esforzarse en interpretar todas las cosas enrevesadas que digamos. Además, las personas adversarias tratarán de

⁷⁸⁷ Ibid. §I-IV-III.

⁷⁸⁸ Ibid. §I-IV-III.

⁷⁸⁹ Ibid. §I-IV-III.

que la persona juzgadora no entienda lo que decimos, así que nos conviene que nuestros argumentos estén “tan claros como la luz del sol”⁷⁹⁰. Cuando pensemos que algo no ha quedado del todo claro o cuando la parte contraria haya generado confusión, no debemos vergüenza decir “me parece que no he aclarado esto lo bastante, por eso voy a explicarlo en otras palabras”⁷⁹¹.

Quintiliano señala que, si la claridad y los buenos argumentos son lo que logra el visto bueno de las personas sabias, la elegancia del estilo es lo que logra la alabanza de grandes auditorios y lo que hace brillante a una persona oradora⁷⁹². Los recursos estilísticos arrebatan aplausos y admiración, y proporcionan al discurso el brillo de lo sublime, de la magnificencia y la autoridad.

Pero los recursos no solo deben ser hermosos, sino también útiles. Por eso el buen recurso estilístico no es el mismo en todos los discursos. Los discursos jurídicos contienen recursos discretos, serios, comedidos y adecuados al asunto. La persuasión en un juicio requiere de un estilo correcto y sencillo. Resultaría ridículo utilizar un discurso muy poético y cargado de emociones para reclamar el cumplimiento de una deuda⁷⁹³.

Quintiliano explica algunos defectos de estilo comunes, que debemos evitar. Uno de ellos es el de tratar de hablar de cosas vulgares mediante eufemismos y rodeos. Por muchos rodeos que utilicemos, estos temas seguirán pareciendo vulgares y por eso, ante ciertas materias, lo mejor que se puede hacer es aplicar la costumbre romana de guardar silencio⁷⁹⁴.

Otro defecto consiste en adornar una idea que el auditorio no comparte. Se trata de que lo que decimos logre encajar en la opinión de las personas que nos escuchan. Debemos tener en cuenta eso a la hora de seleccionar qué partes del discurso vamos a resaltar parándonos en ellas y adornándolas. Cuando digamos cosas que el auditorio comparte es cuando procede introducir énfasis, repeticiones y sinónimos⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ Ibid. §I-IV-III.

⁷⁹¹ Ibid. §I-IV-III.

⁷⁹² Ibid. §I-V.

⁷⁹³ Ibid. §I-V.

⁷⁹⁴ Ibid. §I-VII.

⁷⁹⁵ Ibid. §I-VII.

Es un defecto la pobreza de vocabulario, que provoca que el discurso sea difícil de entender, y también que se repitan demasiado las mismas palabras. Y otro defecto es la “omiología”, que es cuando el discurso resulta monótono y no varía el sonido, esto resulta desagradable para el oído y cansino. Se produce este problema cuando no hay figuras retóricas, cuando el discurso es demasiado largo y cuando las oraciones están mal construidas⁷⁹⁶.

Otro vicio habitual es la “macrología”, que consiste en dar rodeos innecesarios; asimismo, es un defecto frecuente llenar el discurso de palabras y oraciones redundantes (aunque a veces se repiten las cosas para darles énfasis, en cuyo caso no es un defecto). El último defecto que enumera Quintiliano es el consistente en hablar con afectación, es decir, con demasiada grandeza, con exceso de dulzura, o con algún otro exceso que resulte poco natural⁷⁹⁷.

Quintiliano considera que la energía es una de las principales virtudes de un discurso, que consiste en expresar las cosas de manera viva, de modo que parezca que se despliegan ante la mirada del auditorio. Para ello se ha de describir de manera visual, señalando los colores, los elementos, las personas y todo lo que nos permita imaginar la situación. También se puede introducir dinamismo a la descripción, expresando el movimiento que se producía, lo que hacía cada persona en ese momento y lo que ocurría alrededor en su cotidianeidad.

Cuando ha ocurrido un hecho que debería despertar emociones (por ejemplo, la compasión), no basta con decir de manera escueta que alguien fue asesinado, que a alguien le robaron o que alguien arruinó a otra persona. Si nos limitamos a constatar el hecho, todo el mundo comprenderá lo que queremos decir, pero nadie lo sentirá. Para que se sienta tendremos que hablar de los detalles de la situación, permitiendo que el auditorio, en su imaginación, sienta el abrazo, oiga los gritos y vea los rostros. Para lograr hacer esas precisas y punzantes descripciones la clave es no perder la sensibilidad ante la vida, pues solo así seremos capaces de transmitir aquello que nuestro corazón comprende⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Ibid. §I-VIII.

⁷⁹⁷ Ibid. §I-VIII.

⁷⁹⁸ Ibid. §I-VIII.

Quintiliano señala que una cuestión importante en el estilo es saber expresar los hechos dándoles mayor o menor importancia, de modo que se puede decir “le rozó” o “le tocó”; y se puede decir “le dañó” o “le ofendió”. Los eufemismos son un modo de minimizar la importancia de un hecho. Hay varias técnicas que pueden utilizarse para minimizar o para exagerar que son de gran importancia y de enorme utilidad retórica pero las incluyo en el pie de página para no convertir el presente trabajo en una enumeración de técnicas retóricas⁷⁹⁹.

Quintiliano advierte que debemos tener moderación con las florituras discursivas. A la judicatura no le gustan los discursos tan bonitos que parecen fruto de

⁷⁹⁹ Una de ellas es la consistente en confrontar las palabras más exageradas con otras menos exageradas, como expresa este ejemplo tomado de la causa de Cicerón contra Verres: “Porque hemos traído a vuestro tribunal no un ladrón, sino un reo; no un adúltero, sino un enemigo de la honestidad; no un sacrilego, sino un enemigo de todo lo sagrado y religioso; no un salteador, sino un verdugo el más cruel de los ciudadanos y aliados”. Un recurso para aumentar la importancia de un hecho es utilizar una gradación ascendente, como cuando dice Cicerón en la causa contra Verres, “es un delito el poner en prisión a un caballero romano; una maldad el azotarle; poco menos que parricidio el matarle; ¿y qué diré de ponerle en una cruz?” (Contra Verres, VII). Obsérvese en el ejemplo que utiliza la palabra más grave “parricidio” antes de la última comparación y deja la última sin palabras, porque no se puede imaginar nada peor. Otro modo de resaltar la gravedad es decir que una cosa es muy grave, pero que esto de lo que se está hablando es aún peor. Un tercer modo es combinar las interrogaciones y las afirmaciones, del siguiente modo: “mataste a tu madre ¿qué más puedo decir? Mataste a tu madre”. Un modo más discreto pero tal vez más efectivo de destacar la gravedad de algo es decir: tal cosa es grave, y sería inmensamente grave incluso aunque no concurriese tal circunstancia, ni esta otra circunstancia, ni esta tal otra. Esto seguiría siendo tremendamente grave”. Aquí, la clave está en que la gravedad se resalta al compararse con otros hechos de menor gravedad. Otro ejemplo que expresa la gran magnitud de un hecho por medio de la comparación es el siguiente, tomado de las Filípicas ciceronianas: los aposentos de los esclavos de Pompeyo tenían alfombras de grana. Así nos preguntamos, si los esclavos viven así ¿cuál será el grado de lujo del amo? También se puede señalar la gravedad de un hecho utilizando inferencias, tal y como muestra Cicerón en las Filípicas: Cicerón criticó que Antonio vomitó, describiendo primero los fuertes atributos del cuerpo de Antonio y luego preguntando ¿Qué tiene todo esto que ver con su borrachera? Y respondiendo: mucho, porque podemos imaginar cuanto tuvo que beber para que toda esa robustez no pudiese digerir el vino. Otro ejemplo es de la *Ilíada* de Homero: “¿Cuánta sería la hermosura de Helena, cuando los príncipes troyanos no tienen por cosa pesada el sufrir ellos y los griegos tantos males y por tantos años por ella? No lo dice Paris que la robó, ni lo dice algún joven o un cualquiera del vulgo, sino los ancianos, los más sabios y los consejeros de Príamo. Lo confirma el mismo rey trabajado con una guerra de diez años y, habiendo perdido a tantos hijos, en lugar de parecerle odiosa y abominable esa belleza que ha causado tantas calamidades, le otorga el tratamiento de hija, la excusa y le dice que no es ella la causa de sus males”. Otra técnica para expresar la gravedad de un hecho consiste en acumular interrogaciones, como Cicerón en *Pro Ligario*: “¿qué pretendía aquella tu espada desenvainada en el campo de Farsalia o Tuberón?, ¿Contra quién se dirigía?, ¿Cuál era la intención de tus armas?, ¿Cuál era la tuya?, ¿A quién enderezabas tus ojos?, ¿tus manos?, ¿Cuánto era el ardor de tu ánimo?, ¿Qué deseabas?, ¿Qué pretendías?” Quintiliano señala que, cuando se quiera indicar la gravedad de un hecho delictivo, un modo idóneo y habitual es destacar con énfasis la conciencia de lo que se hacía y la mala intención. *Ibid.* §I-X-I/§I-XI-I

un exceso de tiempo libre, un discurso debe empezar de manera sencilla y el mayor mérito del discurso forense es que no parezca muy elaborado⁸⁰⁰.

El estilo discursivo no radica solo en los pequeños elementos que lo componen, sino que también está presente en la estructura del mismo y en la armonía de la relación entre los conceptos. Así, se puede presentar una ordenación de conceptos que van desde lo menor hacia lo mayor, desde lo menos emotivo a lo más emotivo, desde lo más específico hacia lo más general, desde lo que ocurrió antes a lo que ocurrió después. La existencia de una trayectoria clara hacia un clímax debe verse acompañada por la alteración correspondiente del tono de voz, del ritmo y de los gestos⁸⁰¹.

La teoría de los tres estilos. Una propuesta clásica para la abogacía de hoy

Una de las grandes aportaciones de Cicerón⁸⁰² a la tradición retórica es su desarrollo de la teoría de los tres estilos. Esta teoría construye una tipología de modelos de orador. Cada uno de los tres estilos se adapta a un tipo de personalidad, pero también a un conjunto de situaciones e incluso a un modelo de racionalidad.

Cicerón explica que, si observamos las grandes obras pictóricas, encontraremos estilos muy distintos entre sí, y pensaremos que todos ellos, en su diversidad, son maravillosos. Esto ocurre también en la oratoria, porque las diferencias son algo natural en el arte.

Hay personas abogadas 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 otras 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 persona encontrará la perfección oratoria por un camino distinto; unas personas deberán hablar con menos adorno y más prudencia, mientras que

⁸⁰⁰ Ibid. §III-II

⁸⁰¹ Ibid. §IV-I-IV

⁸⁰² Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. op. cit. p. 185.

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 único⁸⁰³.

Sin embargo, ello no obsta a que Cicerón reconozca que existen unas reglas básicas de estilo (que son las expuestas en el epígrafe anterior), pero fuera de ello el estilo se adaptará al auditorio, la situación, la gravedad del asunto, el contexto, los fines y sobre todo, a la persona oradora⁸⁰⁴.

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*, Cicerón⁸⁰⁵ señala que en los tres estilos han florecido ilustres oradores, pero muy pocos han destacado 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 auditorio. Esas son las cualidades que acompañan al dominio del discurso vehemente, pero también puede ocurrir que la persona de estilo vehemente no tenga habilidad retórica y su discurso resulte desastroso.

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*⁸⁰⁶, 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. La *Retórica a Herenio* sostiene que, el estilo sencillo, cuando se utiliza mal, da lugar a un estilo seco, que es un discurso sin

⁸⁰³ Ibid. p. 186.

⁸⁰⁴ Ibid. p. 232.

⁸⁰⁵ Cicerón, M. (2004). *El orador*. §VI-20.

⁸⁰⁶ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 135.

elegancia que parece entrecortado o monótono y que utiliza un vocabulario pobre, y a veces incorrecto⁸⁰⁷.

Cicerón⁸⁰⁸ 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 de largas oraciones. 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 personalidad)⁸⁰⁹.

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 estilo⁸¹⁰.

Del estilo sencillo, explica Cicerón que parece lenguaje común, aunque en realidad no es tan fácil como parece⁸¹¹. El auditorio, incluso los niños y niñas, imaginan

⁸⁰⁷ Ibid. p. 236.

⁸⁰⁸ Ciceron, M. (2004). *El orador. op. cit.* §X-32

⁸⁰⁹ Ibid. §XIX-53

⁸¹⁰ Ibid. §XXI-69

⁸¹¹ 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 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 prudencia⁸¹². El estilo sencillo era el preferido en la Grecia clásica, es el llamado estilo “ático”. 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 sospechoso y poco prudente el uso de una metáfora más poética en este estilo. En este estilo no se usan muchas antítesis, ni recursos sonoros como la alteración de letras, porque no quiere parecer artificioso.

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,

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

⁸¹² Ibid. §XXIV-76

sobre la persona juzgadora⁸¹³. El humor perseguirá solo a las personas adversarias, y aún así, con prudencia. El tipo de humor que suele usar este estilo ático es más ingenioso que cómico.

Del estilo templado señala Cicerón⁸¹⁴ 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. Este estilo puede ser muy profundo, brillante, florido y variado.

La *Retórica a Herenio*⁸¹⁵ indica que, cuando se utiliza mal el estilo templado, se produce como resultado un discurso débil, carente de energía, que no logra mantener la atención de la persona oyente. El estilo débil produce en el auditorio la sensación de que ninguna idea se desarrolla de manera coherente.

Cicerón⁸¹⁶ no puede evitar reflejar su predilección por el estilo vehemente, que, según lo describe, se caracteriza por hablar de modo entusiasta y abundante, resulta un estilo poderoso, elegante y teatral. Este es, según Cicerón, el estilo de la oratoria con 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 las propuestas.

Cicerón⁸¹⁷ señala 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 este tercer tipo de persona oradora, sino tiene mucho cuidado parecerá una persona loca o delirante.

Es necesario que controle su caudal para hablar con tranquilidad, reposo y orden cuando la causa lo exija, y habrá ocasiones en las que su estado emocional alterado le

⁸¹³ Ibid. §XXVI-87

⁸¹⁴ Ibid. § XXVII.92

⁸¹⁵ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 236.

⁸¹⁶ Ciceron, M. (2004). *El orador*. op. cit. §XXVIII-97

⁸¹⁷ Ibid. §XXVIII-99

hará parecer una persona loca o bebida, especialmente cuando el auditorio no esté propenso a emocionarse.

Cicerón⁸¹⁸ 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.

Quintiliano⁸¹⁹ 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 dulzura.

En un alegato forense, dice Quintiliano⁸²⁰, lo ideal sería hacer uso de los tres. Así, la narración de los hechos y los fundamentos de derecho se harán en estilo 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

⁸¹⁸ Ibid. §XXVIII-101

⁸¹⁹ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. § XII-X-II

⁸²⁰ Ibid. §XII-X-III

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, afuente 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 circunstancias⁸²¹.

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”⁸²².

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 excentricidad⁸²³.

Agustín de Hipona⁸²⁴, que fue especialista en retórica, desarrolló algunos aspectos de la teoría de los tres estilos. Del estilo templado resalta su estructura cadenciosa y apunta que 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.

⁸²¹ Ibid. § XII-X-IV

⁸²² Ibid. § XII-X-IV

⁸²³ Ibid. § XII-XI-I

⁸²⁴ DeHipona, A. (1958). Sobre la doctrina cristiana. op. cit. Libro IV. p. 41

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 emocionante⁸²⁵.

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 vehemente⁸²⁶.

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 discurso⁸²⁷.

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

⁸²⁵ Ibid. p. 44.

⁸²⁶ Ibid. p. 50.

⁸²⁷ Ibid. p. 51.

utiliza el estilo vehemente. Reconoceremos el estilo vehemente más bien por el logro de efusivos aplausos y por las lágrimas de arrepentimiento⁸²⁸.

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 la gente. Con respecto al estilo moderado, muy efectivo para la alabanza, también logra transformar las acciones del auditorio. Los tres estilos logran persuadir, pero la vía por la que se logra esa persuasión es distinta en cada caso⁸²⁹.

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 oyen es la verdad (esto se correspondería con la vía persuasiva de la razón), el estilo vehemente hace sentir al auditorio que deben 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 cultura, 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)⁸³⁰.

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; pero en realidad un mismo discurso perseguirá los tres fines⁸³¹. Los tres son muy importantes, por ejemplo,

⁸²⁸ Ibid. p. 53.

⁸²⁹ Ibid. p. 54.

⁸³⁰ Ibid. p. 55.

⁸³¹ 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

imaginemos que presentamos el testimonio de una persona. En este caso deseamos que la persona juzgadora crea que es verdad lo que dice, pero también deseamos que sienta empatía y simpatía hacia ese testimonio.

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 mancharan el discurso vehemente y el sencillo, y sus virtudes le beneficiarán, sea cual sea su estilo. Ibid. p. 56.

1. LA VERDAD JURÍDICA ¿CIENCIA O NARRACIÓN?

Concepciones cognitivistas y concepciones constructivistas

Como señala Taruffo⁸³², existen dos teorías del proceso sobre el objetivo último de los tribunales. Según una, la misión de los tribunales consiste en encontrar la verdad de los hechos en litigio, tomando como base los medios de prueba. Según la otra teoría, el objetivo principal del proceso es resolver un conflicto entre dos partes del modo que más promueva la justicia y los valores éticos del ordenamiento jurídico. Desde este segundo punto de vista, la verdad, aunque pueda tener cierta relevancia, no constituye la meta del proceso.

Ruiz-Resa⁸³³ explica que, para las concepciones cognitivistas de la prueba, la finalidad del proceso es la determinación de la verdad. Dichas concepciones consideran que el sujeto puede llegar a conocer la realidad exactamente como es. Por el contrario, las concepciones constructivistas son las que sostienen que la finalidad de un proceso es resolver un conflicto. De acuerdo con estas filosofías no existe una sola verdad que pueda alcanzarse, dado que la persona que interpreta la realidad siempre lo hace desde sus esquemas de pensamiento y sus juicios de valor.

Taruffo⁸³⁴ explica que, quienes sostienen que no es posible alcanzar la verdad, se basan en una serie de razones: que no es epistemológicamente posible alcanzar la verdad, que no es la finalidad principal del proceso (pues este está destinado a resolver controversias), o que existen limitaciones procesales que impiden que en el derecho se alcance la verdad. Por tanto, hay una posición que sostiene que la verdad no es el valor más importante en el proceso. Quienes defienden este punto de vista consideran que la calidad de los discursos jurídicos se juzga desde parámetros como la coherencia o la concordancia con el sentido común.

⁸³² Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer, Trads.) Madrid: Marcial Pons. p. 17 y ss.

⁸³³ Ruiz-Resa, J. (2013). Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos. *Criterio y conducta* (13), 107-159. p. 110.

⁸³⁴ Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta. p. 21 y ss.

Taruffo considera que, a pesar de todo, perseguir la verdad debe ser la principal meta en el proceso. Una historia verosímil puede ser falsa y que, por tanto, el objetivo de la abogacía y de la judicatura debe ser aproximarse a la realidad en sentido científico, tomando en cuenta que el derecho más que de certezas se habla de probabilidades⁸³⁵.

Nótese que Taruffo considera más fiable un concepto científico “probabilidad” que otro narrativo “verosimilitud”. Considero que ambos conceptos tienen en común la asunción de que la “verdad judicial” posee algo de ficción, dado que aceptar como verdadera una probabilidad implica oscurecer el porcentaje de error que dicha probabilidad encubre; y sostener que algo es verosímil supone priorizar la versión de una historia frente a otras que se descartan. Ambos conceptos, por tanto, asumen que el proceso judicial no suele ser un lugar de certezas.

Realmente todas las concepciones aceptan que la actividad probatoria está mediatizada por creencias, juicios de valor y estereotipos. Incluso personas que sostienen una visión cognitivista o científica de la prueba, como Gascón Abellán⁸³⁶, reconocen que hay factores subjetivos en la valoración de los hechos, aunque eso no implique renunciar a encontrar una verdad objetiva.

La oposición entre constructivistas y cognitivistas no ha de verse como algo tajante, dado que, como sostiene González Lagier⁸³⁷, aspirar a que el derecho alcance la verdad objetiva es compatible con valorar elementos como la verosimilitud y el sentido común. Cuando una historia resulta verosímil aporta indicios o síntomas que apuntan a que probablemente ese enunciado se corresponda con la realidad. Asimismo, aunque se asuma una concepción científica o cognitivista de la prueba, la posición más razonable exigiría un autoanálisis acerca de en qué medida los hechos son independientes y en qué medida son construcciones nuestras.

Ruiz-Resa sostiene que, aunque la distinción entre ambos tipos de concepciones es cuestión de matices, las concepciones constructivistas atienden más que las

⁸³⁵ Ibid. p. 35.

⁸³⁶ Gascón, M. (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 38.

⁸³⁷ GonzálezLagier, D. (2005). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra editores. p. 37 y ss.

cognitivistas al papel de la dimensión sociocultural del conocimiento humano y eso implica una noción más compleja de la verdad y del razonamiento jurídico⁸³⁸.

Metodologías epistemológicas

Desde mi punto de vista la diferencia entre ambas perspectivas del derecho radica en cuestiones epistemológicas, es decir, en las respuestas a las preguntas ¿qué se entiende por verdad?, y, ¿qué métodos nos permiten alcanzarla? La noción de la verdad como correspondencia considera que las personas pueden comprender realmente cómo es el mundo; mientras que una noción narrativa de la verdad, sostiene que la verdad está hecha de perspectivas y que una persona nunca puede comprender completamente cómo es el mundo.

En lo relativo a los métodos, la noción de la verdad como correspondencia de Taruffo admite que el derecho no permite utilizar las metodologías de las ciencias puras, que son las que permiten alcanzar conocimiento certero, pero sí pueden usarse metodologías propias de ciencias probabilísticas, que nos conducirán a una verdad probable a partir de medios de prueba de tipo físico: objetos, vídeos, fotografías y personas que dan su testimonio.

Por su parte, la filosofía narrativa considera que los medios de prueba físicos conducirán normalmente a más de una historia posible, de modo que entre las mismas habrá que elegir por medio de criterios tales como la coherencia narrativa y también de acuerdo con valores que están por encima de la pretensión de alcanzar la verdad, tales como la búsqueda de la justicia.

Desde mi punto de vista, los medios de prueba son igual de relevantes en una noción y en la otra, pero la diferencia es que en una concepción de la verdad como correspondencia se cree que los medios de prueba hablan de manera unívoca, desvelando la auténtica realidad. En cambio, la visión narrativa considera que los medios de prueba adquieren sentido en el seno de una narración que los integra.

Los medios de prueba se integran dentro de un conjunto narrativo. Si bien las pruebas podrían apuntar por sí mismas en una dirección (por ejemplo, una prueba de

⁸³⁸ Op. cit. 117.

ADN confirmando una relación de paternidad), sin necesidad de una laboriosa interpretación por parte de la abogacía o la persona juzgadora, siempre existe un acto intelectual que asocia a la prueba con un relato. La dimensión narrativa es necesaria para que un elemento físico sea comprensible, aunque en algunos casos el marco de narrativas compatibles con las pruebas será mucho menor que en otros.

Minor Salas⁸³⁹ reflexiona sobre la dificultad de hablar de causalidad empírica en el derecho. En una causa de homicidio no se trata de que nos remontemos a todos los acontecimientos de la historia de la humanidad y del universo que causaron que se diese el suceso controvertido, sino de que se construya un relato, coherente con las pruebas presentadas, que seleccione las relaciones causales relevantes para dar solución a una controversia. Más compleja es aún la cuestión en los casos en los que no podemos saber si existió o no conexión causal. Por ejemplo, señala Minor Salas, no sabemos si determinado producto que consumieron unas señoras embarazadas es la causa de las malformaciones de sus hijas e hijos. El asunto no ha sido dilucidado por la ciencia y de nada sirve que suprimamos mentalmente el producto para ver si el resultado también desaparece.

La conclusión a la que quiere llegar Minor Salas es a que la respuesta jurídica ante un hecho delictivo no depende solo de la noción de causalidad, ni del mero análisis empírico. Los asuntos jurídicos no pueden resolverse mediante pruebas científicas, mediante constataciones factuales. Es necesario, por tanto, entrar en el terreno de las valoraciones éticas y políticas, es decir, en la reflexión sobre las consecuencias sociales de la respuesta penal y sobre los valores que exigen esa respuesta.

⁸³⁹ Salas, M. (2011). *Yo me engaño, tú te engañas, él se...Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*. San José de Costa Rica: Isolma. p. 269 y ss.

El enfoque constructivista

Martínez García⁸⁴⁰ defiende la concepción constructivista del derecho. Su tesis resulta ilustrativa para comprender en qué consiste dicha concepción. Para el constructivismo no existen hechos brutos, sino hechos conceptualizados. No hay una distinción radical entre hechos y teoría, pues ambos se diferencian por el grado de aceptación. El carácter conceptualizado de los hechos se hace aún más patente en el derecho, pues los hechos institucionales se caracterizan porque su existencia presupone la existencia de ciertas instituciones humanas.

Así, hay situaciones que son de *facto* pero no de *iure*, y también a la inversa. El derecho puede considerar que es cierto algo que es manifiestamente falso. La diferencia entre lo fáctico y lo normativo se ve plasmada en materia de recursos, en donde el juez y las partes pueden encontrarse atados a ciertos hechos ya alegados en instancias anteriores.

Los hechos del derecho solo pueden determinarse por personas conocedoras del mismo, dado que el derecho retiene de la realidad solo lo que le conviene para su propio uso, solo es jurídicamente relevante lo que el derecho considera como tal. El derecho no tiene reparo en deformar la realidad cuando lo exige su propia operatividad. La vida es la materia prima, pero el caso la moldea con sus propias reglas. La presentación del caso se hace desde un horizonte de interrogantes que ya tiene carácter jurídico.

La posición constructivista podría comprenderse desde la noción nietzscheana⁸⁴¹ de la ficción. La comprensión del mundo no sería producto de la abstracción de la lógica, sino de la capacidad que tiene la imaginación para construir metáforas. El intelecto es, según esta concepción, la capacidad de imaginar. Gracias a la ficción configuramos una realidad habitable.

El carácter ficticio de la comprensión también ha sido enunciado por la filosofía analítica, tras abandonar la pretensión de encontrar vínculos absolutos entre el lenguaje y la realidad. La filosofía analítica, adentrándose en la pragmática, se abre a la diversidad de los usos del lenguaje.

⁸⁴⁰ Martínez, J. (1999). *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate. p. 41 y ss.

⁸⁴¹ Nietzsche, F. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. In *Sobre verdad y mentira* (p. 1990). Madrid: Tecnos. cfr.

Estas concepciones filosóficas rompen con la pretensión de encontrar hechos puros y naturales. Como señala Martínez García, “no hay nada que simplemente sea, pues todo es interpretación, artificio y sentido. Frente a un lenguaje del conocimiento del mundo la ficción se erige en un lenguaje de la construcción del mundo”⁸⁴².

La ficción no se contrapone a la verdad, sino que es la condición de posibilidad de la misma. La verdad es el producto de la capacidad de crear representaciones. En el derecho esto es especialmente claro, pues en las instituciones jurídicas se crean verdades institucionales. Lo relevante del concepto de ficción es que, a diferencia de la hipótesis, no aspira a ser verificada mediante medios empíricos, sino que se considera válida mientras resulte útil⁸⁴³.

La perspectiva narrativa de los hechos

Los hechos, como afirma el realista Jerome Frank, constituyen la cuestión más relevante en la mayoría de los procesos. La determinación de los hechos es el objeto principal de disputa de las partes y, como no puede conocerse con certeza el pasado, se produce un conflicto entre varias narraciones que pugnan por explicar lo que ocurrió de manera verosímil.

Señala dicho autor que, la racionalidad científica ha realizado ingentes esfuerzos por escapar de la indefinición humana, intentando descubrir los hechos mediante procedimientos cuantitativos. Sin embargo, dichos esfuerzos han resultado en vano, pues, salvo en raras ocasiones, no es posible sustituir el papel de la subjetividad judicial en la determinación de la credibilidad de las narraciones de hechos. En la determinación de los hechos juegan un papel esencial las reacciones de las personas juzgadoras ante las narraciones expuestas. La persona juzgadora no interpreta tan solo el derecho, sino también los hechos⁸⁴⁴.

Por ello, siguiendo a James Boyd White, cuando la persona abogada defiende un caso no solo tiene que probar la verdad o probabilidad de las afirmaciones sobre los

⁸⁴²Op. cit. p. 105.

⁸⁴³Ibid. p. 112.

⁸⁴⁴Frank, J. (1947). Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation. *Faculty Scholarship Series* (4100), 1263.

hechos, sino que además debe generar la impresión de que el conjunto de su narración es verosímil. Ello implica exponer la narración como un conjunto con sentido.

En caso de que se presenten nuevos hechos que pongan en peligro el sentido global de la narración, la persona abogada tendrá que integrar dichos elementos en una narración que tenga como base la anterior. Aunque la abogacía sostenga que solo está interesada en la presentación de los hechos puros, lo cierto es que las pruebas objetivas no generan por sí solas la apariencia de verosimilitud, sino que se hace necesario recrear y narrar, mostrando propósitos, motivos y cadenas coherentes de acontecimientos⁸⁴⁵.

Desde este punto de vista, el derecho es algo profundamente literario. Es una historia que cuenta la persona litigante y que se va completando en sus conversaciones con la persona abogada, hasta que esta última se familiariza con dicha historia. Al final del proceso también hay una historia, en la decisión judicial o en el acuerdo entre las partes, que nos dice qué ha pasado y lo que ello implica.

En el derecho la persona abogada desarrolla una narración dialogando con la persona a la que defiende. En esa narración elige unos términos frente a otros, se decanta por unas categorías, unos roles, un sentido global. Elige unos términos y sabe que podría elegir otros; sabe que su trabajo no es mecánico.

El derecho exige que los hechos se cuenten de distintas maneras, que se enfrenten distintos sentidos. Para unos hay una reclamación furiosa de venganza, para otros, una persona inocente que pide compasión.

La estructura narrativa del derecho cuestiona la separación empirista entre el ser (lo objetivo, lo constatable científicamente) y el deber ser (el terreno de los valores). Las narraciones conforman un “ser”, una identidad, que solo resulta verosímil cuando encaja en un sentido que es, en uno de sus más importantes aspectos, valorativo⁸⁴⁶.

Las historias no incluyen la totalidad de la realidad, sino que seleccionan elementos, dado que se sitúan en un punto de vista y los puntos de vista son, por esencia, perspectivas. Cuando comparamos historias y tratamos de decidir entre ellas nos planteamos ¿qué cuenta esta historia y qué deja fuera? El proceso judicial trata de

⁸⁴⁵Boyd, J. (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. op. cit. p. 161.

⁸⁴⁶Ibid. p 175.

integrar el conflicto en un todo coherente, asumiendo la diferencia irresoluble entre los puntos de vista y la inevitabilidad de la responsabilidad valorativa judicial.

La persona abogada, como la historiadora, tiene que mostrar evidencias y ceñirse a los acontecimientos con fidelidad; pero tanto la abogacía como la historia tienen que aportar a la narración un sentido global que le aporte verosimilitud. No cabe hacer una distinción tajante entre la realidad y la ficción; ni entre la lógica, destinada a presentar pruebas, y la retórica, destinada a hacer la historia creíble⁸⁴⁷.

Posner concuerda con los autores mencionados en la importancia de las narrativas en el derecho y, señala que la narrativa no es sinónimo de ficción, sino de discurso coherente que conecta un comienzo, un desarrollo y un final. Son narrativas las teorías del contrato social y es una narrativa la que el mismo Posner sostiene de una sociedad compuesta por agentes racionales que maximizan su beneficio.

Destaca Posner que las historias nos llegan más que el ensayo, porque se parecen más a la experiencia de la vida, en la que también suceden acontecimientos en un orden temporal. El autor señala que la abogacía puede aprender de la ficción cómo contar mejor sus historias de modo que resulte más plausible que la versión contraria⁸⁴⁸.

Las pruebas tangibles no se contraponen a los componentes literarios, sino que, por el contrario, contribuyen al colorido de la historia y a la riqueza descriptiva. Pero contar una historia de culpabilidad y convencer al jurado de un veredicto no requiere una inferencia, sino una historia⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ La estética pone en cuestión la clásica división aristotélica entre la poesía y la ciencia histórica. Para Aristóteles la poesía otorga un enfoque coherente y causal a los hechos, integrándolos artificialmente en un sentido global; y la ciencia histórica narra la realidad del modo naturalmente confuso que corresponde a la percepción de los acontecimientos. Según el Estagirita la poesía logra acercarse a la verdad más que la historia, pues, con la libertad de su ficción, desentraña las estructuras finalistas de la vida.

⁸⁴⁸ Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 426.

⁸⁴⁹ La riqueza narrativa en el derecho tiene ciertos estrechamientos que no se presentan en la literatura. Algunos de esos límites radican en las normas procesales. Por ejemplo, en EEUU la determinación de la culpa de la persona acusada solo puede basarse en la conducta criminal que sustenta los cargos; por ello no se permite exponer crímenes anteriores como evidencias de su mal carácter. Su historia no puede ser contada con riqueza y detalles. Esas evidencias se admiten mejor al determinar la pena, dado que se considera que, si la persona acusada es propensa a cometer crímenes, ha de tenerse en cuenta al determinar la severidad del castigo.

En los casos de pena capital el Tribunal Supremo ha magnificado los elementos de la historia vital, de modo que a la persona defendida se le permite contar sin barreras la historia de su vida para persuadir al jurado de que no se le aplique la pena de muerte; por ello, se permite también a la familia de la víctima

Posner valora una serie de habilidades narrativas que son útiles para la judicatura. Entre ellas están la habilidad, equivalente al de la escritura de novela negra, de mantener el suspense para que la solución sea percibida como la consecuencia razonable de la historia y los argumentos expuestos.

Otra habilidad que Posner reseña es la de iluminar con inteligencia unos hechos y suprimir otros. Los únicos detalles que deben aparecer en la sentencia son los que contribuyen a iluminar la solución judicial, eliminándose todos los detalles que no aporten nada a la solución. La abogacía, por el contrario, tiene que extenderse más en los detalles, porque no puede saber cuáles serán importantes para la judicatura⁸⁵⁰. Es muy importante seleccionar los hechos cuidadosamente, pues dar determinados detalles puede restar veracidad a la narración en lugar de favorecerla.

Las limitaciones de un enfoque empírico

Junto con el carácter narrativo del proceso judicial, podemos plantearnos otra cuestión relevante desde el punto de vista retórico, que es la de la presencia de pruebas tangibles ¿estos elementos constituyen hechos brutos, que quedan al margen de las narrativas?

Hay pruebas muy diversas que pueden presentarse en un proceso y que van, desde pruebas científicas de filiación, hasta vídeos o fotografías. Estos elementos visuales constituyen a veces una narración autónoma, pues su mera presencia es elocuente y poderosa para decantar la solución. Sin embargo, incluso en estos casos, no se debería ignorar la posible existencia de componentes narrativos y estéticos. Lo narrativo, en muchos casos, es necesario para comprender lo que se ve, dado que las imágenes suelen ser polisémicas y la imagen por si sola podría conducirnos a conclusiones equivocadas. Pensemos, por ejemplo, en un peritaje médico que interpreta una radiografía.

Y con respecto a lo estético he de señalar que, en bastantes casos, está oculto tras la aparente neutralidad de la imagen. En este sentido, pueden aunarse la criminología y

que cuente la historia de la víctima ausente para equilibrar la situación. Los procesos de pena capital se distancian del resto de procesos, más basados en los hechos delictivos, y se centran en las valoraciones sobre la vida de la persona acusada. Ibid. p. 428.

⁸⁵⁰ Ibid. p. 430.

las artes gráficas: es posible que una imagen necesite, para ser comprendida, que se amplíe su resolución, que se varíe su enfoque, que se modifique el contraste, que se cambie su color. Estas operaciones pueden realizarse con la pretensión de “eliminar ruido”, es decir, obstáculos irrelevantes que impiden apreciar el testimonio gráfico. Sin embargo, también pueden realizarse con la pretensión de eliminar la polisemia de la imagen y de hacerla decir lo que se desea que diga. Incluso si eliminamos la posibilidad de que las imágenes se presenten alteradas, muchas veces la alteración es inherente a la técnica, de modo que, por ejemplo, cuando se toma una fotografía es inevitable seleccionar un encuadre.

Con estas reflexiones no pretendo negar la autoridad del relato de las pruebas científicas, sino únicamente recomendar una prudente duda razonable ante las aparentes certezas absolutas que se nos presenten. Hemos de intentar que las pruebas se integren en una narrativa coherente.

González Lagier⁸⁵¹ explica que la cuestión de los hechos es lo suficientemente compleja como para requerir que en muchos casos se desempate entre varias narrativas. Como los hechos pueden resultar compatibles con varias narraciones, la persona juzgadora tendrá que optar por aquella que resulte más verosímil.

Por ejemplo, imaginemos que hay una persona acusada de tráfico de drogas y que las pruebas son varios testimonios de personas de su vecindario; sin embargo podríamos pensar que la causa de estos testimonios es la enemistad, pero esta tesis alternativa se debilita si encontramos también una balanza de precisión en posesión de la persona acusada.

Esta exposición de González Lagier nos conduce a pensar que, incluso si adoptásemos una noción probabilista en el marco de una tesis de la verdad como correspondencia, es posible que tuviéramos que recurrir finalmente a una noción narrativa. Así, explica MacCormick que, entre hipótesis alternativas con un grado de confirmación semejante, un criterio de elección es la coherencia narrativa, es decir, la elección de la hipótesis que explique los hechos de la forma más creíble.

⁸⁵¹ González, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra. p. 79 y ss.

La perspectiva narrativa de los hechos tiene la ventaja de que acepta la incertidumbre inherente al derecho y su naturaleza valorativa. Esta posición permite desarrollar una labor judicial humana, sensible y humilde, que no se percibe a sí misma como una boca de la ley. Tratar de transformar la tarea judicial en una ciencia empírica no solo es un error, sino que además es imposible. Por eso, seguramente, incluso un firme defensor de las metodologías científicas en el derecho, como Posner, se muestra partidario de una motivación judicial de tipo narrativo.

2. PAUTAS DE LA RETÓRICA CLÁSICA PARA LA NARRACIÓN PERSUASIVA DE LOS HECHOS

Características de una buena narración

Según la tradición de la retórica clásica, una buena narración de hechos tiene tres características: brevedad, claridad y verosimilitud. Como señala Anaxímenes de Lampsaco⁸⁵²: la claridad sirve para que se nos comprenda, la brevedad para que se nos recuerde, y la verosimilitud para que no se nos rechace antes de que tengamos tiempo de aportar las pruebas y los argumentos.

Con respecto a la brevedad, el tratado Romano *Retórica a Herenio*⁸⁵³, explica que una narración de hechos demasiado larga no resultará clara. Por tanto, la brevedad es un elemento clave. Para ser breve debe comenzar en el momento preciso, sin remontarse al pasado lejano. Además, no debe pretender llegar hasta el momento actual, sino solo hasta donde sea oportuno; y debe mantenerse dentro del hilo conductor de los hechos, sin irse por las ramas.

Cicerón señala en la *Invención*⁸⁵⁴ que hemos de evitar introducir una narración de hechos que no sea necesaria (cuando consideremos que lo que vamos a decir ya se ha dicho y no va a aportarnos ningún beneficio exponerlos de forma distinta). En las *Particiones*⁸⁵⁵, el mismo autor apunta que la narración se debe ceñir a estos tres aspectos: exponer los hechos, explicar el móvil de esos hechos, y señalar cómo las

⁸⁵² DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. Madrid: Gredos. §XXX-5

⁸⁵³ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. p. 83.

⁸⁵⁴ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. cfr.

⁸⁵⁵ Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 39.

pruebas cuadran en la narración. Además de ello se pueden utilizar distintos recursos para que la narración resulte más conmovedora.

Quintiliano⁸⁵⁶ considera que, cuando la narración de hechos vaya a ser larga o complicada se debe preparar de antemano a la persona juzgadora, rogando que no se tome a mal la complejidad o el detalle del asunto, dado que es necesario detenerse en ese punto complejo para poder entender rápidamente lo demás⁸⁵⁷.

Con respecto a la claridad, Aristóteles⁸⁵⁸ recomienda dividir por partes los hechos, pues así se recordarán mejor, e ir intercalando en los hechos la carga valorativa que deseemos imprimir a la narración, señalando las virtudes o aspectos repudiables que dichos hechos manifiestan. En este sentido, cuando la persona juzgadora conozca bien los hechos, nuestra narración se centrará más en los aspectos valorativos, mientras que cuando no los conozca deberemos procurar explicar con cierto detalle lo ocurrido.

⁸⁵⁶ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. §IV-I-X

⁸⁵⁷ Quintiliano, señala que aprender a elogiar la virtud y a destacar el error no sirve solo para realizar discursos ceremoniales, sino que es esencial en los procesos judiciales. Señala que “alabar o vituperar a un testigo va a decir no poco para los asuntos forenses” Pero, matiza, en el discurso jurídico los vituperios y alabanzas requieren de respaldo probatorio.

Quintiliano recupera el consejo de Aristóteles, al que he aludido con anterioridad, en el que el Estagirita sostiene que hay que tener en cuenta el auditorio al que nos dirigimos antes de alabar o censurar un hecho. Quintiliano ejemplifica, “tratar de frivolidad entre los sibaritas no sería bien admitido, cuando entre los primeros romanos el lujo era pecado capital”. También resalta el consejo del Estagirita de hacer uso de la proximidad entre las virtudes y los vicios, “de modo que llame esforzado al temerario, manirroto al pródigo, frugal al avariento”. Pero Quintiliano matiza, en la línea de su retórica de la virtud, que este uso estratégico del lenguaje solo tiene cabida en el seno de la lucha por una causa justa. Ibid. § III-VII-I/III-VII-III

⁸⁵⁸ En la narración ensalzan o reprochan personas o hechos, para convencer del crédito de la persona a la que representamos o para condenar a la parte contraria. Por eso conviene conocer las técnicas retóricas propias del elogio y la censura. Lo que se elogia de los hechos, las personas y los objetos son las virtudes. Las virtudes son las cualidades capaces de generar el bien. Esas cualidades, en opinión de Aristóteles, son la justicia, el valor, la prudencia, la generosidad, la magnanimidad, la afabilidad, la sabiduría y la templanza. Las mayores virtudes son las que benefician a otras personas, dado que son las que generan mayor bien. Sin embargo, donde hay un defecto puede verse una virtud, y donde hay una virtud puede resaltarse un defecto. La causa de esto es que entre los defectos y las virtudes hay relaciones de proximidad. Una persona reflexiva e independiente puede ser descrita como fría e intrigante, a una persona simple se la puede definir como simple, a una persona apática se la puede considerar tranquila, alguien de actitud grosera podría encajar en la descripción de persona grosera, la persona arrogante puede pasar por una persona honorable, a la persona temeraria puede llamársele valiente, y a alguien que despilfarra puede considerársele epítome de la generosidad. Algo que es importante tener en cuenta en relación con las virtudes, es que cada auditorio valora unas cosas distintas y tiene una idea diferente de lo que es bueno. La gente desarrolla una escala de valores influida por su propia biografía y por su carácter. En general, solo despiertan admiración o censura las cosas que se hacen intencionadamente, pero no las que se hacen por accidente. Por eso es relevante que la acción se realice más de una vez, ya que eso indica intencionalidad. Hay aspectos que aumentan la grandeza de un hecho, como que solo lo haya realizado una persona, o que esta haya sido pionera, o que lo haya hecho en múltiples ocasiones. También muestra la grandeza de un hecho superar a personas célebres en ese aspecto. Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § III-1366b/1368a

Anaxímenes añade que los hechos deben contarse con palabras sencillas y precisas, y con una sintaxis adecuada. Cuando los hechos sean muchos es muy importante conectarlos bien entre sí, procurando atraer la atención de la persona juzgadora. Podemos lograr eso empleando calificativos sobre los hechos que estamos explicando, como que son justos o son terribles⁸⁵⁹⁸⁶⁰.

En la *Invención*, Cicerón advierte contra el hecho de decir demasiadas cosas de manera concisa, ya que aunque creamos que con ello lograremos las ventajas de la claridad, en realidad generaremos confusión. Por tanto, la claridad no consiste solo en decir las cosas con pocas palabras, sino también en simplificar el relato, eliminando los detalles innecesarios y los hechos superfluos. Dice Cicerón que “la narración será clara si presentamos los acontecimientos en el orden en que sucedieron” y que “a este respecto deberemos tener especial cuidado en evitar el desorden y la confusión, no saltar de un tema a otro”⁸⁶¹.

En lo concerniente a las narraciones, desde mi punto de vista lo más interesante son las reflexiones sobre la verosimilitud. Acerca de dicho concepto explica Aristóteles⁸⁶² que la narración de los hechos tiene un elemento objetivo, ya que la persona abogada no se inventa lo que ocurrió, pero también un elemento subjetivo, dado que tiene que proporcionar credibilidad a una determinada interpretación de los hechos; explicando las intenciones y las causas que condujeron a un determinado desenlace.

Más tarde añade que la narración debe tener como objetivo principal lograr la verosimilitud del relato, de modo que se diga todo lo que sea necesario para que se entienda lo que queremos decir y para que nuestra narración sea creíble. Por eso es

⁸⁵⁹ DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. op. cit. §XXXI-3

⁸⁶⁰ Anaxímenes señala que, de las cosas buenas que le ocurren a una persona humana, solo algunas son merecedoras de elogio y pueden citarse para suscitar admiración. No debemos apelar a bienes como el linaje, la belleza o la riqueza, dado que estos bienes dependen mucho de la suerte. Sin embargo, son indicativos de virtud, y por tanto producto del mérito, la sabiduría, la justicia, el valor, y las acciones admirables realizadas con esfuerzo. Para acusar a alguien mostrando sus hábitos malvados no nos burlaremos de la persona, sino que contaremos pormenorizadamente su vida, poniendo de manifiesto su carácter y su forma de ser. Anaxímenes sugiere desperar simpatías mostrando que la persona a la que defendemos ama lo mismo a lo que ama el auditorio: la gratitud, la compasión, la familia y la amistad; mientras que la persona adversaria es ingrata, carece de compasión y no ama a sus amistades ni a su familia. Ibid. §XXXV-7/XXXVI-6

⁸⁶¹ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 123

⁸⁶² Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §III-1368b

preciso no crear confusión mezclando la narración con argumentaciones y reflexiones jurídicas⁸⁶³.

En la narración debemos explicar dónde está, desde nuestro punto de vista, la injusticia o el daño y qué hechos son, en nuestra opinión, los verdaderamente importantes. Aristóteles señala, en este sentido, las importantes diferencias que hay, en un proceso penal, entre la narración de la acusación y la de la defensa: “al que se defiende le corresponde una narración más breve, centrándose en destacar que no hubo tal cosa, o que no era dañoso, o que no era injusto, o que no era tan grave”⁸⁶⁴.

Una narración añadirá todo lo que resalte el propio mérito: “yo le advertía siempre que no debía abandonar a sus hijos”, o la mala intención de la parte contraria: “él me respondió que podría tener otros hijos”. Por tanto, las intenciones de las partes encajarán en un relato verosímil si ponemos de manifiesto los hechos que las desvelan. Pero también hay signos más sutiles y especialmente persuasivos en relación con la verosimilitud, como decir que alguien te hablaba mientras caminaba deprisa, dado que esa imagen pone de manifiesto violencia. Así, Aristóteles considera que hay expresiones no verbales que ponen de manifiesto pasiones, como: “él se fue después de mirarme de reojo” o “silbaba y batía palmas”, o “se cubrió con las manos la cara”⁸⁶⁵.

Para mostrar que alguien tiene un carácter bueno es mejor utilizar verbos que denoten sentimientos y propósitos en las acciones, más que cálculo. Así, es preferible decir “yo quería”, o “yo sentía”. Hablar directamente de las propias virtudes no es recomendable, porque eso se percibe como narcisismo y se percibirá como contradictorio con nuestra presunta humildad.

Cuando en nuestra narración haya algún aspecto extraño o que resulte poco creíble, debemos detenernos en ese punto, explicando su causa o admitiendo que, si bien es sorprendente, su causa quedará clara en la narración.

Sobre la verosimilitud señala Anaxímenes⁸⁶⁶ que la tarea narrativa de cada parte no puede limitarse a contar la propia narración, sino que también se deben mostrar las

⁸⁶³ Ibid. §III-1417a

⁸⁶⁴ Ibid. §III-1417a

⁸⁶⁵ Ibid. §III-1417b

⁸⁶⁶ DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. op. cit. §V-3

contradicciones de la narración de la parte contraria. El objetivo es buscar disonancias en el interior de la historia, por ejemplo, si alguien pasa bruscamente de la amistad a la enemistad, si se afirma algo contrario a lo que se afirmó antes, o si una persona solía actuar de una manera y de pronto comenzó a actuar de otra.

Una narración pretende resultar verosímil, y como señala Anaxímenes⁸⁶⁷, lo creíble es aquello que se corresponde con la experiencia que todas las personas tenemos de nuestra propia vida. Resulta verosímil que las acciones, en la narración, se correspondan con los hábitos y las costumbres de las personas, según su grupo de edad o circunstancias. El lucro suele ser una explicación creíble de las acciones. En general, hay que explicar qué provecho se extrae con el comportamiento que se describe.

Para reforzar la verosimilitud de la historia, además de mostrar que tiene sentido desde la perspectiva de las motivaciones del actuar humano, también hay que intentar demostrar que la persona ya se había comportado anteriormente de la manera que se debate en la causa, que sus hábitos y su carácter son coherentes con lo que se describe⁸⁶⁸.

Cuando la narración incluya un hecho insólito, señala Anaxímenes⁸⁶⁹, resulta importante encontrar ejemplos de esa misma excepción, para mostrar que los comportamientos excepcionales son más frecuentes que los que encajan en las reglas.

La *Retórica a Herenio*⁸⁷⁰ sostiene que la noción de verosimilitud implica que lo que cuenta no resulte chocante, ni en lo relativo a las costumbres descritas, la duración de los hechos, la actitud de los personajes, los motivos de las decisiones o la adecuación de los lugares. Incluso si los hechos son verdaderos, debe procurarse que el relato resulte verosímil, porque “con frecuencia la verdad no logra credibilidad”.

Cicerón señala que en la narración lo importante es que resulte más creíble el relato que más nos beneficie, y en este sentido es útil que el relato de buena imagen de la persona a la que defendemos. Para evitar que los hechos dejen en mal lugar a nuestra

⁸⁶⁷ Ibid. §VII-6

⁸⁶⁸ Ibid. §VII-8

⁸⁶⁹ Ibid. §VIII-11

⁸⁷⁰ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 84.

cliente Cicerón aconseja en la *Invencción*⁸⁷¹ fragmentar la descripción de hechos e ir justificando cada uno de modo inmediato. De este modo se suavizará la animadversión.

Cicerón considera que será una mala narración de los hechos aquella que presente de manera elegante y clara los aspectos que benefician a la parte contraria, o la que diga de manera confusa lo que podría ayudarnos. “Para evitar este defecto, hemos de dirigir todo hacia el interés de la propia causa, pasando por alto siempre que podamos las circunstancias desfavorables, mencionándolas de pasada cuando nos veamos obligados a ello y explicando con brillantez y claridad lo que nos sea favorable”^{872 873}.

Isidoro de Sevilla⁸⁷⁴, realizando una síntesis del saber clásico, señala que hay distintos motivos que hacen inverosímil un relato, como por ejemplo que el hecho no sea útil al presunto autor, o que vaya en contra de lo sabemos de esa persona. Los hechos resultan inverosímiles cuando parecen increíbles, imposibles o contradictorios.

⁸⁷¹ Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 124.

⁸⁷² Ibid. p. 126.

⁸⁷³ Con respecto al elogio y la censura, Cicerón repite la división, común en la retórica clásica entre, por un lado, los aspectos internos (virtudes del alma), y los corporales o externos, por otro. Los corporales y los externos serían la belleza, la salud, la riqueza, el honor, las amistades o el poder. Cicerón señala que estos pueden servir como fuente de elogio o de crítica, pero no por su mera posesión, sino por el buen uso que se ha hecho de los mismos. Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 312. En los Diálogos del orador Cicerón dice al respecto que los bienes de la fortuna resplandecen cuando se muestra el uso moderado de los mismos, el no haber sido arrogantes en el poder, ni insolentes en la riqueza. Se valora que la riqueza no haya servido para presumir y para vivir de modo frívolo, sino para usos bondadosos y moderados.

En lo relativo a las virtudes, señala que hay algunas que siempre son dignas de simpatía (como la clemencia, la justicia, la bondad o el valor), pero que hay otras, como la sabiduría, la inteligencia y la elocuencia, que infunden admiración, pero no siempre simpatía, dado que pueden despertar envidias. Aun así, Cicerón señala que es beneficioso mencionarlas. Añade Cicerón que las virtudes se expresan mejor cuando se incorporan ejemplos de hechos que las ponen de manifiesto. Por ejemplo, son hechos dignos de alabanza los que se realizan sin esperanza de obtener nada a cambio, especialmente si pueden perjudicar a quien los realiza; también es objeto de admiración que una persona actúe con fortaleza ante la adversidad, sin rendirse y manteniendo su dignidad. En general, las cosas que se admiran son las grandiosas o novedosas, y no las triviales o comunes. Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. Ibid. p.168.

En las Particiones Cicerón propone una lista interesante de las virtudes que considera dignas de elogio y que son: la prudencia, la sabiduría, la templanza, la fortaleza, la paciencia, la magnanimidad, la justicia, la piedad, la bondad, dulzura, la amistad, la moderación, la habilidad dialéctica, la habilidad retórica, la discreción y todos aquellos frutos del estudio o la práctica como el dominio de las letras o de las matemáticas, el virtuosismo musical, la ingeniería, la astronomía, la equitación, el manejo de las armas, etc. También enumera una serie de vicios merecedores de repulsa, tales como la malicia, la rigidez, la soberbia, el descaro, la severidad, la crueldad, la superstición, la cobardía, la desidia, la mentira, la vana locuacidad, etc. Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. op. cit. p. 80.

⁸⁷⁴ DeSevilla, I. (1951). *Etimologías*. op. cit. p. 52 y ss.

Los hechos verosímiles, por el contrario, son los que se corresponden con motivaciones útiles, con lo conocido sobre las personas implicadas, así como con las posibilidades fácticas. Por tanto, cuando hablamos de los hechos, de las emociones y de las palabras de las personas, debemos tener cuenta su edad, su formación, su capacidad económica, su ocupación, y el resto de circunstancias personales, de tiempo y lugar.

Las motivaciones humanas según Aristóteles

Para que la narración sea verosímil es importante explicar de manera creíble las motivaciones de las personas. Aristóteles⁸⁷⁵ se pregunta, ¿qué motivos conducen a una persona a cometer un delito? Y señala que las causas pueden ser externas o proceder de los hábitos de la personalidad.

Entre los elementos debidos a la personalidad se encuentran los vicios adquiridos, tales como el ego desmedido, la cobardía, la vanidad o el rencor; y la búsqueda del placer, que no debe entenderse solo en un sentido físico (comer, beber, dormir, etc), sino también en un sentido racional: perseguimos todo aquello que pensamos que será bueno, como por ejemplo aquella situación que nos permita no volver a experimentar sufrimientos pasados, o aquella situación que nos traerá un futuro mejor, o experimentar la sensación de superioridad que conllevan la victoria o la venganza.

Precisamente esa sensación de superioridad (que consiste en imaginarnos como personas poseedoras de multitud de virtudes) causa que encontremos placer en las alabanzas de las demás personas, en el honor, la fama y el amor (cuando nos amantendemos a mejorar la visión de nuestra persona), así como en ser admiradas. Ayudar a las demás personas también produce esa sensación autocomplaciente. El éxito de las hijas e hijos es fuente de placer, ya que sentimos que sus éxitos son nuestros también.

Pero no acaba aquí la lista de placeres, pues los seres humanos encuentran placer también en admirar y aprender, en el poder, en alcanzar lo que deseaban y en compartir experiencias con personas que sentimos que son semejantes a nosotras. Del mismo modo, es placentero todo lo que nos resulta fácil de hacer, porque no implica esfuerzo o

⁸⁷⁵ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. §III-1371a

porque parece salirnos de manera natural; así, el juego, la distracción y el humor, son fuentes de placer⁸⁷⁶.

Sin embargo, el placer y los vicios de carácter no son las únicas causas de las acciones humanas, ya que, como explica Aristóteles⁸⁷⁷, las personas también actúan por azar, por necesidad o por violenta imposición. Las cosas que hacemos por imposición son aquellas que se oponen a nuestro deseo.

Aristóteles se pregunta por las causas que conducen a infringir la ley y concluye que un aliciente es el poder. Con “poder” se refiere Aristóteles a la posesión de muchos contactos, amistades, dinero, o incluso al poder que proporciona tener buena imagen, hablar de manera persuasiva y tener hábito de pleitear. Los contactos y amigos son especialmente relevantes cuando pueden ser cómplices para que el delito quede oculto, o para que no sea sancionado.

Hay causas del propio derecho que pueden favorecer la comisión del delito, tales como la ausencia de penas, la excesiva demora de la justicia, o la corrupción de la judicatura. Junto con las causas expuestas, son importantes las que radican en la pobreza, pues la pobreza instiga el delito, ya que la gente siente que no tiene nada que perder. La ganancia, en general, es un aliciente para saltarse la ley, ya se trate de personas ricas o pobres, ya que a veces la posible ganancia es mayor (o más probable o inmediata) que las consecuencias del delito⁸⁷⁸.

La simpatía popular hacia un delito favorece su comisión, así como el hecho de que su comisión sea tan frecuente que esté normalizada. Otro motivo para el delito es que la sociedad te haya puesto una etiqueta de “delincuente”, si sientes que jamás podrás quitártela. Las personalidades intemperantes, que son aquellas que solo son capaces de pensar en el presente y, en particular, en sus placeres, son candidatas firmes para la comisión de delitos.

La identidad de la víctima también puede facilitar la comisión del delito; así, es fácil dañar a las personas con las que tenemos una relación cercana, ya que se prestan

⁸⁷⁶ Ibid. §III-1372 a

⁸⁷⁷ Ibid. §III-1369b

⁸⁷⁸ Ibid. §III-1372b

rápido a perdonar; también es fácil dañar a las personas débiles. Otra cosa que facilita que un delito quede oculto es que sea tan grave o tan extraño que nadie podría creerlo.

Suele delinquirse contra las personas que están muy cerca, porque es muy fácil actuar sin que nadie se dé cuenta, y contra las personas extranjeras, porque el proceso será lento. En general, suele delinquirse contra aquellas personas que poseen aquello de lo que carece la persona que delinque.

Es fácil delinquir contra las personas que no son precavidas, contra las personas pacíficas, las perezosas y las que no suelen defenderse. También es fácil delinquir contra aquellas personas a las que nadie ha dañado jamás, y contra quienes tienen asuntos con la justicia, dado que no se atreverán a denunciar⁸⁷⁹.

Las personas con más posibilidades de convertirse en víctimas de un delito son las personas cercanas, y las enemigas. Las personas vulnerables, como aquellas que no pueden hablar, expresarse bien, o defenderse, así como las que se encuentran solas, son fáciles de atacar. Las personas que viven de trabajos humildes están más desprotegidas frente a delitos, ya que no tienen dinero ni tiempo para litigar, y con poco se avienen a un acuerdo.

Con frecuencia alguien delinque contra aquellas personas a las que todo el mundo odia por las injusticias que han cometido, porque dañarlas se considerará incluso honorable. También se daña a las personas que son odiadas por la gente a la que admiramos o de quienes dependemos. Dañamos usualmente a la gente que nos agravió anteriormente.

Luego hay delitos que se cometen de modo estratégico, como cuando todo el mundo sabe que alguien cometerá un delito contra otra persona. En ese caso, si una tercera persona que no tiene nada que ver con el asunto comete ese delito, nadie sospechará de ella. Otro motivo estratégico para delinquir es causar el daño para luego salvar a la víctima y así parecer el héroe o la heroína.

Para la comisión de un hurto o robo, resulta relevante que el objeto sea fácil de ocultar (si se gasta deprisa, si puede cambiar de aspecto o si es una cosa muy pequeña).

⁸⁷⁹ Ibid. §III-1373a

Para una persona delincuente resulta sencillo sustraer cosas semejantes a las que ya tiene, porque la nueva se camuflará.

Hay delitos muy fáciles de cometer, dice Aristóteles⁸⁸⁰, como aquellos que a las víctimas les da vergüenza denunciar, así como aquellos que se suelen perdonar o que son poco importantes. La gente teme que la critiquen por contar los hechos o por denunciar y eso a veces conduce a no denunciar.

Modelos para las narraciones de la acusación penal y de la defensa

La retórica clásica desarrolló unos esquemas o modelos sobre los que estructurar una narración jurídica, en el marco de un proceso penal, dependiendo de si ocupamos el lugar de la acusación o el de la defensa. Considero que dichos esquemas, que expongo a continuación, pueden resultar de interés para la abogacía actual.

La narración de la acusación penal busca despertar sospechas sobre la persona acusada. Para ello se aconsejan distintos modos de dar lugar a las sospechas. Uno de ellos consiste en mostrar que la persona acusada tenía un interés demostrado en cometer el crimen (esto se logra explicando los motivos que indujeron su acción ilícita y los factores de la vida de la persona acusada que hagan más creíble esta historia, como que siempre fue avariciosa, ambiciosa, desleal o corruptora)⁸⁸¹. Cuando la persona acusada disfrute de una gran reputación, la acusación pedirá que se examinen los hechos de manera objetiva, sin tener en cuenta su posición social. Otra forma de incitar sospechas es señalar que la persona acusada es la única a la que benefició el ilícito, o que ninguna otra persona hubiera podido hacerlo.

También da lugar a la sospecha argumentar sobre la facilidad que tuvo esa persona para la comisión del delito, resaltando aspectos sobre el lugar, como que era solitario o extremadamente concurrido; de tiempo, como que era de noche, o una época del año, una hora o un momento determinado, si el tiempo era suficiente para la realización de los hechos y la persona acusada sabía que iba a contar con ese tiempo; o sobre las posibles colaboraciones de otras personas⁸⁸².

⁸⁸⁰ Ibid. §III-1376a

⁸⁸¹ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 113.

⁸⁸² Ibid. p. 118.

Otro modo, de gran efectividad, de incitar sospechas son las pruebas, como por ejemplo una testifical que asegure que vio a la persona acusada en un lugar determinado, o una prueba de que realizó un preparativo, se reunió con alguien, dijo algo, se encontraba en un lugar que no solía frecuentar, alguien escuchó ruidos, alguien olió algo, o sintió algo. Además de eso están las pruebas directas (como un cadáver con determinadas señales físicas, armas, ropa, huellas, sangre u objetos).

Por último, otra vía para despertar sospechas es estudiar las reacciones extrañas la persona acusada, como acudir al lugar del delito, enrojecer, palidecer, titubear o contradecirse. Pero la ausencia de señales también puede resultar sospechosa, dado que podría sugerir que la persona ya sabía que la investigarían.

Frente a los intentos de la acusación de hacer sospechosa a la persona acusada, la defensa tratará de disipar tales sospechas. Así, negará los motivos que podían conducirla a delinquir o los atenuará, se esforzará por mostrar la integridad de la vida de la persona acusada y, si tiene una vida escandalosa, se señalará que se han propagado falsos rumores sobre una persona inocente y que no debe darse crédito a los rumores. La defensa intentará argumentar que el ilícito benefició a otras personas distintas a la acusada, o que otras habrían podido realizarlo. Asimismo intentará argumentar que la persona acusada habría tenido difícil cometer el ilícito dadas sus características físicas, su falta de conocimientos, de experiencia o de medios materiales. De los gestos y actos sospechosos de la persona acusada, explicará que se trata de reacciones naturales provocadas por el miedo ante la gravedad de la acusación, y que no demuestran ninguna implicación en el crimen; y de la ausencia sospechosa de señales argumentará que se deben a la confianza en la propia inocencia⁸⁸³.

La acusación penal persigue demostrar con su narración que un hecho ha sucedido y, en algunos casos, además deberá resaltar la gravedad de la situación señalando que el delito se cometió con premeditación y gran preparación. Cuando el hecho sea un claro error o accidente, la acusación señalará que el asunto no puede ser

⁸⁸³ Ibid. p. 119.

ignorado como si nada hubiese pasado, ya que el delito ha generado daños muy grandes⁸⁸⁴.

La defensa, por su parte, intenta demostrar con su narración que la persona representada no hizo nada de lo que se le acusa, o que los hechos son conformes con la ley, y que son justos. Si no es posible demostrar eso, se debe despertar indulgencia atribuyendo los hechos al error o a la mala suerte y mostrando que los daños derivados del error son pequeños.

La defensa intentará mostrar que la narración de la parte contraria no es coherente con el comportamiento anterior de la persona acusada, ni con el modo usual de actuar de las personas que pertenecen a su grupo social, y que además no le hubiera resultado provechoso actuar de ese modo. Si resulta evidente que la persona actuó de ese modo con anterioridad, deberá demostrar que sus circunstancias han cambiado y deberá resaltar que actuar así en el pasado no fue positivo para su vida. Si no se hizo nada semejante, pero sí lo hicieron algunas de sus amistades, se mostrará que la persona acusada es distinta y que además de aquellas sospechosas tiene otras amistades muy diferentes⁸⁸⁵.

En ocasiones habrá que admitir que unos hechos que nos perjudican ocurrieron, pero se resaltarán que cualquier persona habría actuado igual de haber estado en esa situación, o que casi todo el mundo lo hace. Si eso no es posible, señalaremos que ese comportamiento fue fruto del error y la mala suerte, o que las pasiones (como el amor, la ira o la ambición) o el consumo de una sustancia, le apartaron de lo razonable⁸⁸⁶. Y, cuando un modo de actuar suscite rechazo, una buena estrategia puede ser presentar ejemplos de situaciones en las que se actuó de otra manera y todo salió peor⁸⁸⁷.

La acusación⁸⁸⁸ intentará probar que la persona acusada supone un peligro para la comunidad, señalando aspectos biográficos perturbadores de su personalidad. La narración expondrá los hechos destacando las circunstancias más graves, y oscureciendo las que puedan favorecer a la parte contraria. La acusación además intentará que parezca

⁸⁸⁴DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. § IV.5/6

⁸⁸⁵Ibid. § VII. 10/11

⁸⁸⁶Ibid. § VII. 14

⁸⁸⁷Ibid. § VIII. 13

⁸⁸⁸Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. op. cit. p. 127.

que hay acuerdo sobre los hechos, que incluso la parte contraria los está admitiendo, y que todo el mundo sabe que ese hecho ha ocurrido, de modo que sería absurdo que los juegos de palabras de la defensa nos apartasen de esa realidad.

La defensa, por su parte, resaltará que la acusación pretende crear sospechas con mala voluntad, e intentará despertar compasión. En la narración omitirá o tocará muy por encima, los indicios que acrecienten la sospecha⁸⁸⁹.

CAPÍTULO 7. IMAGEN, GESTOS, ARQUITECTURA Y RITUAL

1. ¿ARGUMENTAN LAS IMÁGENES?⁸⁹⁰

La teoría estándar de la argumentación deja fuera del discurso a las persuasiones que no se producen mediante el discurso sino mediante una suerte de seducción automática⁸⁹¹. Sin embargo, hay importantes aspectos de la retórica que no forman parte del discurso entendido como manifestación verbal de ideas. (VanEemeren & Houtlosser)

⁸⁸⁹ Ibid. p. 121.

⁸⁹⁰ Este epígrafe está elaborado a partir de un artículo mío ya publicado. Aránguez, T. (2013). Estética en la argumentación: retórica visual. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (27).

⁸⁹¹ Vega Reñón y Perelman forman parte de este punto de vista que trata de profundizar en las estrategias, las ideas razonables y las estructuras de la argumentación. Digamos que son una vertiente “más científica” que aquella otra, de la retórica de impronta “más estética” de la hermenéutica o la semiología. Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 164. Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. op. cit. cfr. En el ámbito de la argumentación jurídica la línea que excluye los elementos estéticos es abrumadoramente mayoritaria; realmente, desde Grecia clásica encontramos esta contraposición: Aristóteles criticaba a la retórica de Tisias y Corax que no se preocupaba por la verdad, sino por la verosimilitud (triquiñuelas de abogado), buscando la persuasión y el éxito en el pleito a toda costa y sin preocupación por el conocimiento científico. Aunque Aristóteles propuso una concepción de la retórica que fue tendiendo progresivamente hacia la lógica, nunca dejó de preocuparse por cuestiones de emociones, de pasiones, del carácter, el ritmo del discurso y los recursos estilísticos. El peso analítico de la retórica aristotélica no supuso la exclusión de los elementos estéticos del núcleo de sus investigaciones sobre retórica. Realmente, a pesar de ser el iniciador de la división entre “la buena” (científica) y “la mala” (centrada en emociones) retórica, Aristóteles no desdénaba ninguno de los elementos estéticos que hoy no aparecen en los estudios “serios” de argumentación por vincularse al ámbito de los automatismos pasionales. Cft. Tovar, Antonio; Prólogo a la Retórica de Aristóteles, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1971; p. III-XLVIII. En Van Eemeren y Houtlosser también encontramos la descripción de estas dos tradiciones de la historia de la retórica: una más aristotélica que enfatiza aspectos lógicos, y otra isocrática que se concentra en el estilo y en los aspectos literarios; recientemente estas dos tradiciones se encuentran en aquellas de inspiración aristotélica y de Whately, y otra centrada en las figuras y el estilo, influida por la retórica de Burke. VanEemeren, H., & Houtlosser, P. Rhetoric in pragma-dialectics. *Argumentation. Rhetorical analysis within a pragma-dialectical framework*, 14 (3), 293-305.

Entre estos aspectos no discursivos o no verbales se encuentran la sonoridad de las palabras, el *ethos*⁸⁹² de la presencia de determinadas personas oradoras, o la importancia del lugar y contexto en los que se desarrolla una negociación. En el análisis retórico se cuele la experiencia estética, esa peculiar simpatía sensorial-cognitiva, como un permanente interrogante que demanda ser considerado. La separación entre lo puramente argumental y lo ornamental o estético, es semejante a la tradicional separación entre esencia y apariencia, que tantas veces en la historia de la filosofía ha generado un dualismo excluyente⁸⁹³.

Por eso me desmarco de la preferencia por centrarse en el texto y no estudiar los elementos de la comunicación oral como los gestos de la persona oradora, el tono de voz, la tribuna que ocupa, las características del auditorio, la situación política o académica del acto, etc. En esta línea, considero que las imágenes y sensaciones cautivadoras que se producen en los discursos retóricos son un digno objeto de estudio; así como las imágenes que aparecen también evocadas en el interior de los mismos, siendo la principal causa de la fuerza emocional de éstos.

La teoría estándar desea apartar esos elementos seductores del discurso, para acercarse a lo que se considera la esencia de la argumentación: los elementos lingüísticos susceptibles de análisis científico. Por tanto, el objetivo de la teoría estándar es desterrar las manipulaciones, las falacias.

Comparto el objetivo de desvelar las falacias, pero no considero que marginar a los elementos “estéticos” sea el mejor camino para ello. Por el contrario, hay que ahondar en el fenómeno de la persuasión en toda su amplitud, enfrentarse a la presencia de lo estético y descubrir allí el modo particular en que operan las falacias.

⁸⁹² Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § II-1377 b/1388 a. El concepto de “ethos” se desarrolla entre estos párrafos y se convierte en una constante de toda la historia de la retórica (y de la historia de la filosofía), ampliando considerablemente su sentido inicial.

⁸⁹³ En el clásico de la filosofía, “La genealogía de la moral”, Nietzsche realiza una crítica al logocentrismo que perpetúa esta distinción platónica entre esencia y apariencia. Nietzsche reivindica los valores que reafirman a la voluntad de poder tales como lo sensorial, lo corporal y el placer. Nietzsche, F. (1996). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza. cfr. La estética, según Nietzsche, nos permite reconciliarnos con la experiencia radical de la vida, afirmando las pasiones del cuerpo. Nietzsche, F. (1973). *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Alianza. cfr.

Barthes, en su artículo “la retórica de la imagen”⁸⁹⁴, abrió la puerta al análisis retórico de las realidades visuales, y consideró que las imágenes tienen varios niveles. El nivel textual es el del texto que acompaña, en ocasiones, a la imagen. Aquí hemos de reflexionar sobre la relación entre la imagen y el texto. Por ejemplo, sobre el papel que los gestos tienen en relación con lo que se dice; o el papel que desempeña el formato de un texto para incrementar la eficacia persuasiva del mismo. La imagen y el texto se relacionan, según el filósofo francés, a través de dos mecanismos: anclaje y relevo.

La función de anclaje consiste en que uno de los dos elementos (texto o imagen), fija el significado del otro. En el contexto de un discurso oral los gestos pueden enfatizar a las palabras (lo mismo ocurre con elementos auditivos como el tono de voz, el ritmo o las pausas), contribuyendo aún más a fijar los significados que se quieren expresar⁸⁹⁵. Sería el caso de un sillón grande y majestuoso desde el que hablar.

La función de relevo consiste en que uno de los dos elementos (texto o imagen) completa el significado del otro, añadiendo sentidos que no se encuentran en el texto o que no se encuentran en la imagen. Son los casos en los que uno de los dos elementos resulta imprescindible para la comprensión del otro. Cabe imaginar, por ejemplo, una situación en la que la persona oradora afirme verbalmente una cosa mientras con sus gestos indica otra, ironizando. En este caso resulta evidente la tesis central del presente trabajo: los elementos estéticos (la gestualidad en este ejemplo) deben ser incluidos en el análisis de la argumentación, pudiendo en ocasiones ocupar un lugar de tal relevancia que, lejos de ser un mero complemento, alteren la esencia misma del argumento. No puede aislarse el argumento de los gestos, porque estos gestos completan el significado del mismo.

En el segundo nivel descrito por Barthes, el icónico, tenemos una imagen con significados, sin necesidad de que complemente a un texto. Por ejemplo, si vemos a una persona trajeada ante un atril de discursos es probable que interpretemos que se trata de

⁸⁹⁴ En este artículo Barthes analiza una imagen publicitaria. Yo tomo la idea de los tres niveles de análisis retórico de las imágenes y la extiendo a los elementos estéticos que encontramos en la comunicación tanto oral como escrita a la que se enfrentan diariamente los operadores jurídicos. Barthes, R. (1961). Retórica de la imagen. *Comunicaciones* (1). cfr.

⁸⁹⁵ En el texto del semiólogo francés las funciones de anclaje y de relevo se presentan como situaciones en las que el texto fija o completa el sentido de la imagen; sin embargo aquí he puesto ejemplos en los que son las imágenes las que fijan o completan el sentido de las palabras. Creo que las funciones de anclaje y de relevo puede enfocarse desde ambas direcciones.

un personaje público con poder y si vemos un grupo de personas con atuendos negros y semblante serio pensaremos que se trata de un sepelio.

Estas situaciones muestran que para comprender una imagen es necesario tener conocimientos propios de la cultura, comprender qué es un sepelio, o reconocer un contexto de comunicación pública en el que una serie de personas con determinado poder económico y político hablan desde detrás de ese objeto al que llamamos “atril”. Necesitaremos comprender tópicos culturales como “el poder” o “el dolor ante la muerte”. Cuando la imagen ha sido dispuesta con la intención de persuadirnos o convencernos de algo, la eficacia de la misma se nutrirá de la empatía que nos despierten esas esencias: nuestra admiración o respeto al poder, nuestro dolor y sobrecogimiento ante la muerte. Los tópicos de la cultura generan una especie de códigos culturales que permiten que se pueda hablar de un lenguaje de las imágenes, sean éstas gestos, vestimentas, lugares, diseño de página de un texto, formato, etc.

Una dificultad para analizar los códigos de la connotación es que los significados⁸⁹⁶ no se corresponden con términos del lenguaje. Los términos no son suficientemente precisos para alcanzar los significados culturales aludidos por las imágenes⁸⁹⁷; estos significados aludidos forman parte del conjunto cultural difuso de una sociedad y un momento histórico dados (a este conjunto podemos denominarlo “ideología”). La presencia de esos significados culturales nos permite comprender lo que la imagen dice, e incluso reaccionar del modo previsto por la persona que creó la imagen.

Junto con esos significados, que constituyen la semántica de los elementos estéticos, encontramos en dichos elementos la presencia de estructuras sintácticas. Me refiero a los recursos retóricos. Incluso en una demanda podemos encontrar una

⁸⁹⁶ Cuando hablo de sentido y significado en el presente artículo se entiende que lo hago desde la noción de ellos que Barthes emplea y cuya teoría aplico aquí a las situaciones comunicativas de los ejemplos. Por supuesto, la precisión de ambos términos es epicentro de tantas y tan relevantes teorizaciones en filosofía del lenguaje que no ha lugar aquí para su mención, siquiera escueta, pues por motivos de espacio no podría evitar omitir a autores imprescindibles en esta cuestión y me siento incapaz de realizar una síntesis digna de la temática que quepa a pie de página.

⁸⁹⁷ Las imágenes suelen aludir a esencias (por ejemplo, “españolidad”) para las que no suelen existir términos específicos, pues el lenguaje ordinario está estructurado para finalidades prácticas. Así, el ejemplo propuesto “la españolidad” no es España, sino que es la esencia condensada de todo lo que puede ser español, desde el gazpacho, hasta nuestros paisajes y el sol. Estos significados de las imágenes pueden organizarse en campos asociativos, e incluso en oposiciones. La “españolidad” puede ubicarse en un cierto campo formado por las nacionalidades.

estructura visual susceptible de análisis retórico; la forma de disponer el texto puede transmitir armonía u orden; y, mediante recursos como la rima visual, pueden presentarse oposiciones, simetrías, etc^{898 899}.

Es frecuente que, cuando una imagen muestra símbolos y recursos claramente intencionales que pretenden obtener un resultado perlocutivo en el receptor, tildemos a dichas imágenes de “manipuladoras”. Pensamos que al recurrir a estereotipos sociales o ideológicos y a símbolos comunes están intentando anular nuestra inteligencia y capacidad crítica. Concluimos esto del presupuesto de que la reacción ante imágenes es automática. La cuestión, tal y como la plantea Claramonte⁹⁰⁰, es saber si toda imagen conlleva necesariamente un grado de manipulación o si es posible que las imágenes den lugar a un acto reflexivo del espectador. (Claramonte, 2011)

Si bien es cierto que el colorido, la música épica y la magnificencia pueden generar un efecto persuasivo poderoso hay que resaltar que el lenguaje, en todos los terrenos del arte y la ciencia incluye también recursos retóricos. Los mismos están presentes incluso en los terrenos más propios de la racionalidad y la objetividad, como en la disertación científica o en la argumentación jurídica. Y, por su parte, los elementos visuales con mensaje intencionado también pueden despertar el intelecto y servir para la emancipación (como ocurre con buena parte del humor gráfico).

Esto nos lleva a romper con la idea de que la presencia de manipulación puede diagnosticarse con tesis genéricas como “la imagen es manipuladora mientras que el

⁸⁹⁸ En esta obra puede encontrarse un listado de recursos que suelen darse en las imágenes y una serie de ejemplos gráficos. Acaso, M. (2006). *El lenguaje visual*. Barcelona: Paidós. cfr.

⁸⁹⁹ Podría ejemplificar el modo en que los recursos retóricos operan en las imágenes con una viñeta del prestigioso caricaturista polaco Paul Kuczynski en la que aparece representada una boda occidental con invitados lanzando arroz a los novios, y otra escena de unos campos de arroz con trabajadores de atuendos orientales. La oposición entre ambas escenas se refuerza mediante dos anáforas; constituidas por las ropas del mismo color que lucen todos los hombres de la boda por un lado, y todas las mujeres, por otro; y las ropas iguales que lucen los trabajadores del arroz. Estos juegos de color subrayan ese recurso de oposición y generan la sensación de identidad entre los individuos de cada grupo, como si pertenecieran a “mundos distintos”. El recurso más importante que encontramos en la imagen es la epanadiplosis, que supone la reconstrucción de una sucesión temporal entre dos momentos: el de la recogida del arroz por parte de los trabajadores agachados, pegados al suelo; y el momento posterior en el que los erguidos asistentes a la ceremonia lanzan el mismo arroz. En esta viñeta aludida, encontramos una ironía, que consiste en la alusión a unos valores o unas ideas, sin hacerlos expresos en la imagen, mediante el sentido del humor inteligente. Aquí se realiza una crítica a la explotación laboral en el mundo globalizado y a la frivolidad, y se recuerda la presencia invisible del esfuerzo humano que hay tras los eventos ociosos de otras personas.

⁹⁰⁰ Claramonte, J. (2011). *Desacoplados. Estética y política del western*. Madrid: Papel de fumar ediciones. p.65.

lenguaje es liberador”. Encontramos en todos los terrenos de la expresividad humana que los elementos que despiertan efecto más o menos automático son inevitables. Cuando contemplamos una obra de arte, o una teoría científica, la comprendemos desde nuestros estereotipos del mundo y desde nuestro condicionamiento biológico (en tanto que lo sea el placer, el displacer y el terreno de lo perceptivo). En clave gadameriana⁹⁰¹, son precisamente esos prejuicios los que posibilitan el acto de comprensión y también la reflexión autónoma. Que algo despierte simpatía previa no dice nada sobre su posible carácter manipulador ni resta un ápice de objetividad o de racionalidad a su contenido.

Para dilucidar cuándo una expresión del ser humano resulta manipuladora es necesario indagar en la noción de “falacia”. La teoría de la argumentación tradicional distinguía dos clases de “malos argumentos”⁹⁰² o falacias: los paralogismos y los sofismas. Los paralogismos eran los argumentos incorrectos (según los patrones lógicos) pero sin intención de engañar. Los sofismas eran las estrategias argumentativas que presentaban una prueba falsa, que violaban las reglas de la pacífica y fructífera discusión o que procedían sin base ni coherencia.

Si adoptáramos la concepción de que una falacia es un error argumental, incluso allá donde no hay intención de engañar, nos enfrentaríamos a un criterio de difícil concreción en la retórica de la imagen, donde sólo en algunos casos podemos decir que sus argumentos encajan en formas claras como los silogismos⁹⁰³. Obviamente, no hay

⁹⁰¹ Gadamer, H. (1997). *Verdad y método*. op. cit. p. 343. Podemos encontrar la explicación del círculo hermenéutico, que se basa en la elaboración de un proyecto previo del lector, unas determinadas expectativas de sentido respecto al texto. Dichas expectativas serán confirmadas o refutadas en el texto, de modo que constantemente se estarán elaborando nuevos proyectos de sentido. Los conceptos previos serán sustituidos por otros más adecuados hasta alcanzarse la unidad del sentido. Lo más importante es que se lee con visión de conjunto, integrando lo nuevo a lo leído y a las ideas previas, pero permitiendo que el texto hable por sí mismo y verifique o falsee aquellas ideas. No se adquiere conocimiento hasta que las ideas son confirmadas en las cosas mismas. Por tanto, no se trata de renegar de las ideas previas o del condicionamiento social e histórico, sino de ser consciente de dichas anticipaciones para poder controlarlas y ganar una correcta comprensión de las cosas mismas. Son los prejuicios no percibidos los que dificultan la comprensión. En consecuencia, un prejuicio no tiene por qué ser un juicio falso sino que puede ser confirmado o refutado por la cosa en sí. Lo esencial es estar abierto al texto.

⁹⁰² En el libro de Vega Reñón podemos encontrar esta distinción de los conceptos de “falacia”. En las partes de la obra dedicadas a la perspectiva retórica de la argumentación he obtenido inspiración para señalar la dominación y la sumisión (la desigualdad), así como la humillación de personas y colectivos, como indicativos de la presencia de falacia en un contexto de expresión visual. Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p.185 y ss.

⁹⁰³ Dentro de la escuela de la pragma-dialéctica, Groarke sin embargo, señala que aunque no todas las imágenes pueden encajar en las formas lógicas tradicionales de los argumentos, hay algunas que sí lo hacen y que expresan puntos de vista claros. Verbalizar las imágenes puede permitirnos, según Groarke, identificar falacias informales en ellas tales como pendientes resbaladizas o incluso falacias formales

ningún argumento (en el sentido silogístico) en el hecho de que un artículo de investigación presente las formalidades visuales adecuadas, y sin embargo, sí constituye un argumento, en un sentido más coloquial⁹⁰⁴, a favor de su valoración positiva.

Si adoptamos la noción de falacia como sofisma, que es más frecuente en nuestros días, encontraríamos falacias en las imágenes en las que hay una estrategia que pretende engañarnos incluso aunque tales imágenes (como la adopción de una vestimenta determinada) no puedan encajarse en una estructura argumental lógica. Es decir, el punto de vista del sofisma no se centra en la forma del argumento, sino en la intención de engañar.

Lo determinante no es el soporte visual, auditivo o lingüístico del mensaje; sino las relaciones que se dan entre quienes participan de la situación comunicativa. Así, es caldo de cultivo para las falacias que la relación entre la persona autora y la observadora sea de veneración o de dominio. La igualdad y el respeto entre las partes así como la posibilidad de interacción comunicativa (en su caso, comunicación visual) son factores positivos para alejar la presencia de falacias⁹⁰⁵. Aún así, los catálogos de falacias pueden ser útiles para identificar los engaños, y tomar conciencia de una situación de dominación o manipulación inadvertida.

La intención de transmitir una idea o emoción a un auditorio no es indicativa de manipulación; por ello el arte activista se diferencia de la propaganda: sus ideas estéticas estimulan el pensamiento, como pedía Kant⁹⁰⁶, en el libre juego de las facultades, a través de modos que exceden la comprensión verbal o conceptual; sin que haya nada contradictorio en el hecho de que tengamos simpatías instintivas y placenteras previas hacia lo que el arte nos muestra. Que algo sea placentero no obsta a

como la clásica de afirmación del consecuente. Groarke pone como ejemplo un anuncio de Vodka que puede traducirse por “si usted bebe vodka, disfrutará de una vida excitante; usted quiere una vida excitante; por ello debe beber vodka”. Aquí podríamos ver que la conclusión no se deduce de las premisas, pues podríamos obtener el resultado de una noche excitante sin necesidad de beber vodka. Groarke, L. (2002). Hacia una pragma-dialéctica de la argumentación visual. In F. VanEemeren (Ed.), *Advances in Pragma-Dialectics* (pp. 137-151). Amsterdam: Vale Press, Newport News. cfr.

⁹⁰⁴ Y no sólo en un sentido coloquial. Aristóteles enumera como argumentos extrarretóricos que pueden esgrimirse el discurso forense aspectos tales como las leyes, los contratos o los testigos. Lo que tienen en común todos los argumentos enumerados por el Estagirita es que son elementos que pueden utilizarse a favor de una tesis en un pleito. Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § I, 15.

⁹⁰⁵ Aquí tienen un inestimable valor los análisis pragma-dialécticos y las éticas procedimentales de Habermas o Rawls.

⁹⁰⁶ Kant, I. (1961). *Crítica del Juicio*. op. cit. Al final de este artículo vuelvo a esta cuestión.

que sea instigador de la reflexión. La experiencia estética puede generar un efecto catalizador y multiplicador de la libertad personal.

Hay falacia cuando hay intención de engañar, de mentir. Lo determinante no es que un recurso figure en un catálogo de falacias, sino que haya engaño. Los catálogos nos pueden ayudar a identificar el engaño pero puede ser que una falacia no figure en ningún catálogo y no por ello dejará de ser falacia. Del mismo modo, puede ocurrir, que en una imagen encontremos la presencia de elementos clásicos en las falacias, por ejemplo algo que despierte nuestra compasión, una autoridad o algo amenazante; y no por ello podremos afirmar que estamos ante una falacia⁹⁰⁷, pues puede que la imagen muestre o denuncie una verdad y no haya en ella intención de mentir para lograr un objetivo. Que una persona que es parte en un proceso nos inspire compasión o nos parezca atractiva no tiene por qué suponer que se esté aplicándonos una falacia. La presencia o ausencia de una falacia no puede deducirse directamente de la imagen, sino de la situación en la que surge la misma. Ello exige que analicemos las relaciones de poder que subyacen tras ese intercambio comunicativo, que prestemos atención al *ethos* de las partes.

Barthes⁹⁰⁸ explica un tercer nivel en el que la imagen habla por sí misma más allá de toda significación. Los elementos visuales o auditivos tienen capacidad de despertar sensaciones más allá de su significado cultural. En el discurso oral, por ejemplo, hay una sonoridad de tonos y ritmos muy cercana a la música; junto con un movimiento del cuerpo y una expresividad; los tonos y ritmos trascienden la capacidad de traducción, del mismo modo que no se puede atrapar a la música dentro de conceptos. Con respecto a los textos escritos, cuando no van acompañados de oralidad, tampoco cabe excluir la persuasión sensible porque tienen un formato capaz de transmitir sensaciones perceptivas.

⁹⁰⁷ En caso de ser falacias, las de los ejemplos propuestos serían apelaciones *Ad*. Son apelaciones a emociones o razones que resultan ilegítimas, algunas famosas apelaciones ilegítimas son la falacia *ad baculum*, la falacia *ad verecundiam*, la *ad misericordiam* y la *ad hominem*. Aunque no las encontremos en un catálogo cabe imaginar multitud de apelaciones ilegítimas a pasiones, como sería el caso de la apelación al deseo sexual para convencer de algo.

⁹⁰⁸ Barthes, R. (1961). *Retórica de la imagen*. op. cit. cfr.

Groarke ⁹⁰⁹ rememora una fábula de Esopo para ilustrar la capacidad argumentativa de lo visual que muestra que a veces encontramos “argumentos visuales literales” que no son susceptibles de ser trasunto de una forma lógica: Esopo comenzó su vida sin poder hablar y en una ocasión otros dos esclavos se comieron los higos de su maestro culpando de ello a Esopo; él, para probar su inocencia sin usar palabras tragó agua caliente forzándose a vomitar, viéndose así que no había higos en su estómago. Cuando el maestro obligó a los otros esclavos a que hiciesen lo mismo, sus propias bocas ofrecieron la evidencia condenatoria.

Groarke alude a las fotografías como imágenes capaces de constituir un argumento a favor de la veracidad de un hecho. Dicho autor distingue dos tipos de argumentos visuales, por un lado, la existencia de imágenes que argumentan de un modo susceptible de análisis verbal y pragma-dialéctico, y por otro lado, las imágenes literales que argumentan de modo autorreferente.

Frente a Groarke, la tesis de Barthes-que yo comparto-es que las imágenes pueden poseer varios niveles de análisis y que, por tanto, es posible traducir una imagen a una forma lógica (o a varias formas lógicas distintas, pues las imágenes pueden tener varias interpretaciones) y que, simultáneamente, la imagen constituya un argumento por sí misma, en su propia realidad física y sensorial. El argumento visual no sólo puede ser una prueba de hechos (imaginemos un caso de homicidio en el que la persona fallecida aparece felizmente viva en la sala) sino que una imagen puede ser convincente por simpatías sensoriales difícilmente explicables (imaginemos a un testigo que por su tono de voz, sus gestos e infinidad de detalles nos parece tremendamente cándido e incapaz de mentir; una persona sencilla e inocente).

El discurso verbal también puede evocar a imágenes, remitirnos a sonidos y colores que logran persuadir. En el derecho es fundamental para el éxito de nuestras pretensiones describir de una determinada manera los hechos. La capacidad de evocar con el lenguaje, discreta pero incisivamente, mediante la adjetivación e inclusión u omisión de determinados términos puede condicionar la efectividad de un escrito procesal.

⁹⁰⁹ Groarke, L. (2002). Hacia una pragma-dialéctica de la argumentación visual. op. cit. cfr.

A pesar de lo dicho hasta aquí, he de señalar que la distinción entre estos dos niveles últimos (connotativo y denotativo) es meramente operativa, semejante a la de separar significante y significado, porque *de facto*, las palabras y sus sentidos están naturalmente unidos, a no ser que utilicemos el metalenguaje de la definición. Es difícil diferenciar el mensaje literal y el mensaje simbólico. Así, por ejemplo, es muy difícil distinguir cuándo una imagen nos resulta repulsiva por razones naturales y cuándo nos repugna por motivos culturales. Una vez que conocemos el significado de una palabra y tenemos costumbre de usarla solo utópicamente podemos aislarla de todo lo que de ella sabemos y percibirla de modo puro.

En el ejemplo que antes he puesto del testigo cándido, puede ser difícil diferenciar si nos parece sincero por motivos perceptivos o si nos lo parece por una serie de significados culturales que su imagen personal (raza, sexo, clase social, nacionalidad, parecido a otras personas que conocemos, etc). En cualquier caso, la presencia de prejuicios no es patrimonio exclusivo de los elementos visuales del discurso (por ejemplo, de la apariencia personal), sino que se halla presente en el lenguaje, en el sentido que atribuimos a los conceptos y palabras.

2. EL ETHOS DE LA ARQUITECTURA DE LOS TRIBUNALES

Los espacios tienen capacidad de significar, de transmitir un mensaje: de autoridad, de liberación, de grandeza. Mitchell⁹¹⁰ considera que los movimientos sociales recientes, como las primaveras árabes o el *Occupy Wall Street*, fueron muy conscientes del significado retórico del uso del espacio.

La plaza, en opinión de Mitchell, insinúa un nuevo escenario político, dado que esta remite a la asamblea, el discurso y la acción; en definitiva, a un contexto constitutivo. No es casual que la ocupación de plazas sea la opción elegida por parte de movimientos que cuestionan las teorías clásicas del contrato social y que reivindican un poder constituyente fundacional, anterior a los partidos y los liderazgos. La plaza, el ágora, representa a la democracia, la justicia y la igualdad, según Mitchell; y su

⁹¹⁰ Mitchell, W. (2013). Image, Space, Revolution. En B. Harcourt, & M. Taussig (Edits.), *Occupy. Three Inquiries in Disobedience* (págs. 93-130). The University of Chicago Press. p. 102 y ss.

ocupación se diferencia de una manifestación, pues la ocupación hace de la plaza su hogar⁹¹¹.

Sin embargo, reconoce Mitchell, la plaza es un espacio polisémico. Su significado no se limita al ágora de la democracia, sino que también puede servir como monumento al totalitarismo. El espacio entre los edificios como calles y plazas permite a la gente acampar, celebrar y protestar; pero también permite a las personas tiranas erigirse a ellas mismas como personificación de la colectividad, en un gran despliegue teatral de masas en el que la figura central de un líder habla en nombre de un auditorio sin voz. Esto hace de las masas un ornamento de la persona soberana. La plaza, además de significar democracia y totalitarismo, puede significar consumismo, señala Mitchell, como ponen de manifiesto las plazas atestadas de publicidad y de locales comerciales rebosantes de personas que practican compras ociosas.⁹¹²

Lo interesante del estudio de Mitchell es que muestra que un espacio, como la plaza, puede tener una lectura (o varias) política o ideológica. Hemos de plantearnos, en relación con el derecho, ¿los tribunales de justicia poseen algún significado retórico?, ¿qué valores transmiten las salas judiciales?, ¿qué dicen del sistema jurídico?

Linda Mulcahy sostiene que el espacio arquitectónico de las salas de justicia no es neutral desde el punto de vista ideológico y que los factores espaciales intervienen directamente sobre el desarrollo de los procesos. La autora señala, además, que la importancia del espacio como lugar de poder se pone de manifiesto cuando rastreamos, a través de la historia, las disputas de los distintos grupos (judicatura, abogacía, personas acusadas, etc) por ese espacio. Considero que el trabajo de Mulcahy es sumamente original, y especialmente para la cultura jurídica española (más dogmática y menos interdisciplinar que la anglosajona). Por eso ruego que se me disculpe el hacer una exposición de varias páginas del contenido de su investigación, desconocida en nuestro país.

⁹¹¹ La transformación de la sociedad no es un evento que termine, que figure en un calendario tras el cual la reivindicación se olvida. La plaza es el lugar desde el que se quiere iniciar un cambio permanente, que se expresa mediante tiendas de campaña, mediante la construcción de un campamento, de un pequeño pueblo funcional. La plaza resalta el surgimiento de una narrativa común, fruto de la palabra.

⁹¹²Mulcahy, L. (2011). *Legal architecture*. In *Justice, due process and the place of law*. Londres: Routledge. Ibid. p 106.

La autora plantea que las distintas secciones en el interior de las salas, las puertas de acceso diferenciadas, los espacios distintos de circulación y las barreras físicas, componen una distinción entre las personas de dentro y las de fuera, empoderando y desempoderando. Los edificios públicos pueden inspirar o degradar, calman u oprimen. La configuración espacial de los juzgados y las salas de justicia pueden servir para otorgar prestigio y dignidad a la administración de justicia o para disminuir su credibilidad. La arquitectura legal puede asociar al derecho con la tradición y el conservadurismo o puede simbolizar cambio e innovación. Los tribunales de justicia pueden actuar como conmemoraciones del pasado o pueden reflejar las aspiraciones para el futuro⁹¹³.

Mulcahy, mediante un análisis diacrónico de la configuración espacial de las salas de justicia de Reino Unido, muestra la falta de completa efectividad de los derechos humanos y los déficits de participación en la justicia. En los edificios de justicia modernos la mayor parte del espacio no es accesible para la ciudadanía, y eso genera la sensación de que no son auténticos edificios públicos, de que la administración de justicia es algo lejano y autoritario.

La autora atribuye la escasa atención que se presta a los elementos arquitectónicos en los estudios de derecho a la preferencia de la profesión de jurista por la palabra escrita⁹¹⁴. Normalmente se enseña al alumnado el modo en que puede lograr convencer a la persona juzgadora mediante la palabra, y se presume que el resultado de un juicio celebrado en un lugar sería exactamente el mismo que el del celebrado en otro. El estudio teórico y conceptual del derecho limita nuestra apreciación de la relevancia del espacio⁹¹⁵.

⁹¹³ Ibid. p. 1.

⁹¹⁴ Ibid. p. 3.

⁹¹⁵ Mulcahy sostiene que una estructura circular, por ejemplo, mesas redondas en las que la persona acusada se situara cerca de la juzgadora, sería más adecuada desde un punto de vista restaurativo de la justicia penal. Desde una visión participativa y democrática de la justicia podría reivindicarse la apertura de los edificios de justicia, o incluso la celebración de juicios al aire libre.

Mulcahy recuerda que la existencia de edificios dedicados exclusivamente a la justicia es algo relativamente reciente, pues en la antigüedad se usaban círculos de piedra, puertas de ciudades, árboles y plazas. Eran localizaciones fáciles de localizar y que poseían autoridad derivada de la historia del lugar, de su belleza o de su conexión con la espiritualidad o con Dios. La localización de tribunales en el exterior también implica que eran metafóricamente abiertos, en un modo mucho más real en el que lo son los tribunales actuales. Las puertas, entradas y barreras simbolizan estatus.

Mulcahy señala que la actual configuración de los tribunales de justicia en Reino Unido proviene de las ideas ilustradas⁹¹⁶. En la era victoriana el derecho fue muy celebrado y se realizaron profundas reformas legales. Los tribunales eran el símbolo del nuevo contrato social promovido por la burguesía y eran los responsables de velar por el nuevo orden. El derecho era la base de la legitimación del libre mercado, en un contexto de implantación del capitalismo como estructura económica de la sociedad⁹¹⁷.

La confianza y las esperanzas depositadas en el derecho como instrumento del cambio social respondían al sueño racionalista de una sociedad basada en el mérito y no en el privilegio. La burguesía construyó edificios que glorificaban este nuevo modo de pensar⁹¹⁸. Aunque se tomaran rasgos estilísticos del pasado como el neo-gótico o el neo-clásico, se trataba de una arquitectura para un nuevo sistema económico⁹¹⁹.

Los grandes monumentos a la ley otorgan dignidad y gravedad a los procesos legales; pero el impacto para las personas acusadas o para las que acuden a testificar es muy distinto. El juicio oral puede ser visto, sostiene Mulcahy, como un ritual de degradación para aquellas personas sujetas a la violencia del derecho. La causa de que los tribunales inspiren ese temor radica en el miedo a la clase trabajadora que existía cuando esa arquitectura se configuró. La clase trabajadora vivía en lamentables condiciones, especialmente en los frecuentes periodos de recesión. Los tribunales eran expresión de autoridad y elementos de control de masas. La arquitectura de la sala de

Los edificios y salas de justicia son un invento relativamente moderno, hasta el siglo diecinueve muchos Tribunales de justicia compartieron espacio con otras funciones públicas como debates políticos, asambleas, iglesias, mercados y teatros. Esta circunstancia hacía que la libertad de movimiento en los espacios de la justicia fuera mucho mayor que la que tenemos hoy día. Esa noción de edificios públicos era la causa de que en el siglo dieciocho fuese común en los Tribunales un diseño arquitectónico con un hall público central rodeado de pilares y no de paredes. Ibid. p. 7.

⁹¹⁶ Durante el siglo diecinueve se produjo una revolución en la arquitectura de los tribunales, haciendo de estos lugares ambiciosos monumentos a la ley. Los tribunales se volvieron grandes, complejos, y clasificaban a las personas por jerarquías. Los edificios de justicia no fueron los únicos en expresar grandiosidad, también fueron magníficos los museos, las bibliotecas, las galerías de arte, estaciones de tren y hoteles.

Esto ocurrió en muchas ciudades industriales, y estos edificios reflejaban el orgullo civil de la boyante clase burguesa. Sin embargo, destacar el orgullo civil que representan estos edificios supone desestimar la especial importancia del derecho para el proyecto capitalista. Los tribunales fueron diseñados por estas incipientes clases medias que legitimaban y glorificaban a estas nuevas fuerzas económicas poseedoras de capital. Ibid. p. 7.

⁹¹⁷ Ibid. p. 8.

⁹¹⁸ Ibid. p. 113.

⁹¹⁹ Ibid. p. 134.

justicia pasó de ser un espacio público y social, a ser el espacio segmentado que encontramos hoy en día⁹²⁰.

La autora sostiene que estos cambios en la arquitectura se vieron acompañados de cambios en el proceso, como la emergencia de códigos profesionales de etiqueta y las cautelas con respecto a la contaminación de los testimonios y la intimidación de las personas participantes en el juicio. Desde este punto de vista, la división del espacio dentro de las salas y de los edificios de justicia^{921 922}, y la creación de distintas rutas de circulación son modos de incrementar la legitimidad de los juicios, protegiendo a las personas participantes de encuentros indeseables⁹²³.

Una importante cuestión que se plantea la autora es la de si es positiva la tendencia creciente de permitir que los testimonios se realicen por vía telemática, sin requerir la presencia física de las personas. Mulcahy señala que la tecnología permite

⁹²⁰ Ibid. p. 9.

⁹²¹ Sin embargo, Mulcahy denuncia el exceso de lugares privados, como las comodidades que indican el estatus de la judicatura y también de la abogacía, tales como salones privados y bibliotecas. La implementación de estas comodidades ha corrido paralela al progresivo aislamiento de las partes del proceso, y en especial de la persona acusada. Estas prácticas, en opinión de la autora, continúan hoy hasta el punto de suponer en algunos casos limitaciones a la presunción de inocencia, por ejemplo cuando se encierra a la persona acusada en una sala de cristal que refuerza su aislamiento y disminuye su habilidad para participar en su propio juicio. Ibid. p. 10.

⁹²² Las alteraciones en la configuración espacial a través de la historia son reflejo de las concepciones del derecho. El jurado compartió una vez espacio con el público, y eso pone de manifiesto que el jurado se consideraba la representación de la comunidad local. Con respecto a los testimonios, la noción ilustrada de que las evidencias debían ser tan puras como fuese posible, condujeron a que se les protegiese de posibles intimidaciones o influencias. Por eso se crearon separaciones de los testigos con respecto al resto de personas de la sala, e incluso se crearon salas de espera para testigos. Las personas que testifican son situadas cerca de la persona juzgadora para reforzar esta garantía. Ibid. p. 51.

⁹²³ El rol del público en el tribunal es también objeto de debate. El público juega un importante papel en la legitimación del proceso, es importante que haya personas que den testimonio de la credibilidad de quienes testifican y de la imparcialidad de la persona juzgadora. Sin embargo, el temor a las interrupciones da lugar a un espacio hostil al público, que mediante cámaras de vigilancia, y separaciones entre el público y el juicio, ha conseguido transformar a las personas asistentes en cuerpos dóciles.

La autora señala que hoy en día la televisión ha ocupado, en parte, el papel de testimonio de la legalidad del proceso. La televisión denuncia las injusticias y los errores procesales, y últimamente se está concediendo un lugar a los medios en las salas de justicia para que puedan desempeñar su importante rol. Sin embargo, la presencia de los medios como representantes de la gente ha sustituido la presencia directa del público, en perjuicio de una idea de justicia genuinamente abierta. La retransmisión de los juicios en la televisión, señala la autora, ha permitido llevar el drama de los juicios al interior de los hogares, y eso genera narrativas que no pueden ser monitoreadas por el personal de justicia. En este sentido, los medios posibilitan el control de las instituciones judiciales. Pero, por otra parte, los medios de comunicación no son imparciales, sino que están mediatizados por los dudosos motivos de quienes los financian. Ibid. p. 10 y 84.

evitar la marginación de las personas que se encuentran en lugares geográficamente remotos, pero advierte que puede suponer una merma de las garantías procesales⁹²⁴.

Además, el juicio pierde en cierto sentido su carácter de ritual público cuando se dan estas modificaciones tecnológicas. La pérdida del “cara a cara” físico puede dar lugar a un proceso semejante de fragmentación. La expectación ante la presencia física es fundamental para dignificar los procedimientos⁹²⁵.

Este entusiasmo por incorporar la virtualidad a la justicia no ha venido acompañado de un interés similar por incrementar la virtualidad de bodas, parlamentos, funerales o misas, y este dato es significativo. La sociedad busca en los tribunales y en otros lugares públicos la personificación de la comunidad con respecto a la justicia. Es digno y natural que las personas quieran estar frente a frente con aquellos que han de oírles y conocer sus experiencias⁹²⁶.

El gran reto de la arquitectura de los tribunales es, según Mulcahy⁹²⁷, el de lograr que todas las personas que participan en el proceso sientan que tienen la misma dignidad, de modo que la arquitectura transmita la sensación de que los tribunales son lugares públicos⁹²⁸.

La noción ilustrada de que las evidencias debían ser tan puras como fuese posible, condujeron en el pasado a que se protegiese a los testigos de posibles

⁹²⁴ Ibid. p. 12.

⁹²⁵ Ibid. p. 163.

⁹²⁶ Ibid. p. 178.

⁹²⁷ Ibid. p. 12.

⁹²⁸ La autora señala que la sociedad ha interiorizado progresivamente los derechos humanos y los principios democráticos, pero esos cambios no se han visto reflejados en la arquitectura de los Tribunales. Por el contrario, el diseño ha incrementado su aspecto jerárquico, mediante la creación de cada vez más zonas restringidas y espacios separados. Cada partición creada crea también un dentro y un fuera, una oposición que señala estatus, lugar, diferencia o sagrado.

El diseño de los Tribunales se ha vuelto más jerárquico con el paso del tiempo pues se han eliminado los espacios abiertos y la libertad de movimientos; sin embargo, se han conservado aspectos jerárquicos de diseño que ya estaban en el siglo quince. Entre estos aspectos está la distribución de las personas en la sala: la persona juzgadora se sitúa frente a la persona acusada, cara a cara; y el auditorio continúa sentándose en la periferia de la sala.

En comparación con el siglo quince, explica Mulcahy, una sala de justicia actual tiene más categorías de personas, un mayor número de estatus diferenciados, tal y como muestra la guía de diseño arquitectónico de los Tribunales de Justicia de 2010. Mientras que la sala del siglo quince estaba compuesta por personas juzgadoras, funcionariado de justicia, litigantes con su abogacía, y público; una sala moderna tiene más secciones: personas juzgadoras, funcionariado, litigantes, abogacía, conserje, secretariado judicial, jurado, testigos, seguridad, medios de comunicación, y público. Esto refleja que el tránsito está mucho más pautado, y los roles son más rígidos. p. 38, 41 y 47.

intimidaciones o influencias. Hoy en día podemos contar con útiles medios en este sentido; en casos de testigos vulnerables, se les puede proteger de ser vistos por otras personas, mediante barreras y voces distorsionadoras. En casos especiales se les pueden ofrecer lugares de protección dentro del edificio y las nuevas tecnologías permiten grabar previamente estos testimonios para que las personas que testifiquen no tengan que entrar en la sala de justicia⁹²⁹.

Mulcahy sostiene que el diseño tiene la capacidad de hacer sentir a alguien “fuera de lugar” y que, en este sentido, la arquitectura es política. El aumento de los espacios privados⁹³⁰ hace de los tribunales lugares menos accesibles para personas que sean usuarias ocasionales, los convierte en “lugares secretos”.

Aunque hay razones de peso para proteger a testimonios vulnerables como en los casos de abuso de menores, o en los casos de personas menores envueltas en disputas de custodia, a veces las divisiones de espacio pueden encubrir técnicas disciplinarias tendentes a crear divisiones binarias entre personas usuarias e instituciones autoritarias⁹³¹.

El espacio refuerza la concepción del derecho como una fría razón que deja al margen las emociones, el ruido y el movimiento, que son patrimonio de la gente corriente. La autora señala que la distribución del espacio en los tribunales contrasta con un proceso cada vez más humano y respetuoso con los derechos humanos.

Las segregaciones espaciales acaban fomentando la conservación de las divisiones que estructuran la sociedad, como las de clase y género. Esto contribuye a replicar los procesos de marginación social. La arquitectura, con sus divisiones y su control centralizado, refleja un respeto distinto hacia distintos grupos de personas.

⁹²⁹ Ibid. p. 53.

⁹³⁰ A partir del siglo dieciocho se introdujeron numerosas salas y salitas para la judicatura y la abogacía, que respondieron a un deseo de las profesiones jurídicas de disponer de espacios separados de los públicos. Esto dio lugar a que los grandes espacios centrales pensados para el tránsito del público, pasasen a ser, en muchos casos, espacios privados. Las reivindicaciones históricas de la abogacía para ser respetada como profesión, condujeron a que, a partir del siglo dieciocho se les permitiese entrar en salas privadas junto con el personal del juzgado y disponer de baños para uso exclusivo. Tan solo las comodidades de la judicatura reflejan un estatus mayor. Sin embargo, ese aumento de estatus de la abogacía se dio en paralelo con una degradación del espacio destinado a la persona acusada. Ibid. p. 54 y 67.

⁹³¹ Ibid. p. 56.

La autora opina que las prácticas teatrales en el interior de los tribunales también se ven condicionadas por las estructuras. Una arquitectura que transmite los valores de estabilidad, tradición y gravedad condiciona los discursos, determinando el modo y rango de las interacciones verbales y enfatizando el estatus relativo de las personas presentes y la jerarquía espacial⁹³².

El aislamiento de la persona acusada fue consecuencia de las ideas decimonónicas sobre la justicia penal. Hasta el siglo dieciocho los delitos más graves se castigaban con ejecución o con castigo corporal, pero en el siglo diecinueve la finalidad paso a ser la rehabilitación⁹³³.

Este cambio de concepción se plasmó claramente en las reformas de las prisiones, pues se clasificó a las personas internas de acuerdo con sus posibilidades de reinserción. Dos principales conceptos rigieron la política penitenciaria: separación y silencio. Se separó a las personas de acuerdo con la edad, el género y la naturaleza de su delito. Y se aplicó un sistema de silencio, en el que las personas internas dormían y a menudo pasaban su día en celdas separadas, transcurriendo su vida en total silencio. Esto se combinaba con una fuerte campaña religiosa sobre las personas presas, tratando de que se adentrasen en la vida contemplativa.

El cambio de concepción se vio también reflejado en la sala de justicia, pues a la persona acusada se la encerró en una zona separada dentro de la misma. Estas divisiones pueden ir desde una separación, pasando por una barrera divisoria, hasta habitaciones de cristal. Así, el banquillo de los acusados se convierte en un lugar donde una persona o varias personas acusadas en un mismo caso, están aisladas y solas. Esto enfatiza la sensación de la persona acusada de ser un peligro para las demás.

Esta es una táctica psicológica de desvalorización de la persona acusada, una interesante inversión del panóptico de Bentham, en la que la persona acusada posee menos visibilidad. Para muchas personas sentarse en el banquillo resulta una experiencia humillante y degradante. La persona defendida está aislada de la que la defiende, es una experiencia de exposición, pues puede ser observada por todos los ojos.

⁹³² Ibid. p. 59.

⁹³³ Ibid. p. 67.

Su lugar diferenciado le hace sentir un objeto de escarnio. Las personas que se han sentado en el banquillo han descubierto que eran parte de un orden difícil de soportar⁹³⁴.

La guía de diseño arquitectónico de los Tribunales de Justicia de Reino Unido 2010 recomienda el modo de organizar las salas y dependencias dentro del edificio de justicia. Señala que los edificios deben ser finos y alargados, y que el modo de dividir espacios públicos y privados, será la forma de sándwich, es decir, líneas paralelas. Este modo es preferible, según la guía, al diseño circular en el que las demás facilidades del juzgado rodean a la sala de justicia⁹³⁵.

Las aspiraciones de la guía de diseño de 2010 son que los tribunales de justicia sean espacios más democráticos que en otros tiempos. La guía reconoce la importancia una buena acústica para permitir a la persona acusada escuchar todo lo que ocurre en la sala. También es muy importante que la persona acusada y la juzgadora tengan intercambio visual, ya que esto es imprescindible para que la persona acusada tome parte apropiadamente en su procedimiento. Se recomienda que la persona acusada pueda moverse un poco en dirección al juez. Esto rebaja la sensación de aislamiento de los edificios modernos.

Sin embargo, critica la autora, la guía sigue recomendando la creación de un espacio separado, con el resultado de que muchas personas continúan sintiéndose marginadas en su propio juicio. De hecho la guía enfatiza los potenciales peligros que suponen las personas acusadas⁹³⁶, en lugar de enfatizar su presunción de inocencia. También se evita que la persona defendida y las personas del público puedan verse claramente. Esto protege a la persona defendida de la gente del público que podría intimidarle pero también le aísla de sus posibles apoyos emocionales⁹³⁷.

El aislamiento de la persona acusada, en opinión de Mulcahy, tiene consecuencias sobre la calidad del testimonio de la misma. La confesión de narraciones

⁹³⁴ Ibid. p. 71.

⁹³⁵ Ibid. p. 50.

⁹³⁶ La guía dice, en este sentido, que el banquillo debe estar lejos de la entrada de las personas juzgadoras y que la entrada de las personas juzgadoras también estará lejos de la entrada del público. Se recomienda también que la persona vigilante del banquillo posea alarma y teléfono. A la persona defendida se le deniega expresamente un escritorio en el que pueda escribir instrucciones para su abogada, lo que se trata de evitar es que la persona defendida utilice estos medios para escapar. Ibid. p. 72.

⁹³⁷ Ibid. p. 72.

altamente personales que se expresarían con normalidad en un ambiente íntimo resulta difícil en un espacio aislado, especialmente si la narración se realiza en presencia de personas extrañas. En este sentido el juicio puede ser visto como un ritual de pérdida de la dignidad, en la que la persona acusada se distancia del resto de la comunidad⁹³⁸.

Según Mulcahy, la solución óptima a estos problemas de aislamiento sería liberar a la persona acusada de la reclusión y permitirle sentarse con sus familiares, rompiendo las barreras que separan a público y participantes. La asistencia letrada solo puede ser satisfecha cuando la persona abogada puede sentarse muy cerca de aquella a quien defiende, para que puedan consultarse con toda facilidad. Los tribunales estadounidenses permiten a la persona acusada y su abogacía elegir dónde sentarse⁹³⁹.

El espacio de los tribunales parece diseñado para generar incomodidad, no solo a la persona acusada⁹⁴⁰ sino también al público. En los tribunales se experimenta la gravedad del derecho y el juicio, en lugar de ser un momento memorable, recuerda a un seminario académico.

La autora concluye con una reflexión sobre las nuevas tendencias arquitectónicas. Señala que actualmente el debate sobre la arquitectura de los tribunales, es el de cómo promover la democracia y los derechos humanos desde el diseño. Se están introduciendo diseños que disponen de espacios centrales visibles (como halls) y se están simplificando las líneas, a la vez que se disminuye el ornamento⁹⁴¹.

Pero la autora considera que estas innovaciones no parecen ser el final de la historia del diseño arquitectónico de los tribunales de justicia. Parece más bien que en los años setenta del siglo veinte comenzó un periodo de innovación arquitectónica que

⁹³⁸ Su distancia física genera dificultades auditivas y es frecuente que en el proceso se pida que se repitan cosas o que la gente hable más alto. La naturaleza acusatoria del juicio se refuerza por la presencia de un jurado de personas extrañas, y por el exceso de presencia de medios de comunicación hostiles y de público.

Se ha observado que, cuando está mal emplazada, la persona acusada presta poca atención a lo que está pasando a su alrededor y pasa mucho tiempo mirando sus zapatos o contando mentalmente, y tras varios días de juicios comenzaban a sentirse mejor pero solo porque dejaban de escuchar el procedimiento. Ibid. p. 76.

⁹³⁹ Ibid. p. 77.

⁹⁴⁰ Hay considerables evidencias de que los juicios son una experiencia estresante y el diseño de los tribunales podría contribuir a realizar un recordatorio de que la persona defendida puede ser declarada culpable. El aislamiento sugiere que se espera pasividad de la persona defendida, que debe permanecer contenida y en silencio. Ibid. p. 79.

⁹⁴¹ Ibid. p. 159.

aún persiste. Uno de los principales cambios con respecto al diseño ilustrado, sostiene, ha sido mejorar la circulación de las multitudes por el interior el edificio. El objetivo es que estas rutas sean comprensibles para los usuarios y que no parezca un edificio secreto sino visible. Se ha experimentado en este sentido de hacer visibles los interiores del edificio, al igual que en los centros comerciales y las grandes salas de entretenimiento. Las nuevas tendencias arquitectónicas aspiran a que los tribunales sean algo más que un montón de pasillos y un espacio segmentado. El diseño contemporáneo quiere fomentar el empoderamiento del público⁹⁴².

Piyel Haldar⁹⁴³ adopta un punto de vista retórico, humanista y estético de la teoría del derecho, y desde dicho enfoque reflexiona sobre la arquitectura de los ambientes legales. El autor explica que podemos reflexionar sobre el ornamento de los mismos desde las herramientas de análisis que nos ofrece la teoría de las figuras literarias que forma parte de la tradición retórica. El análisis de Haldar completa bien al de Mulcahy, dado que presta atención a los elementos ornamentales, que no están incluidos en el análisis de dicha autora.

Las figuras retóricas, recuerda Haldar, son para el humanismo un elemento que aporta claridad a la argumentación. Sin embargo, dichas figuras han sido marginadas por la teoría del derecho, ya que se las consideraba algo accesorio, que no tiene otra función pragmática distinta de la de impresionar. Las figuras se consideraban el epítome de la visión degradada de la retórica como palabrería vacía⁹⁴⁴.

Haldar considera que el ornamento arquitectónico, al igual que las figuras retóricas con respecto al discurso, lejos de ser un simple accesorio, es una condición necesaria para el edificio, dado que le confieren a este un importante poder persuasivo en relación con su finalidad específica.

La ornamentación es una precondition del trabajo jurídico. El ornamento crea el espacio característico del mundo jurídico, es decir, confiere al edificio los rasgos que las personas juristas consideran propios de un edificio judicial. Haldar recuerda que

⁹⁴² Ibid. p. 160.

⁹⁴³ 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.

⁹⁴⁴ Ibid. p. 121.

Quintiliano sostuvo que el ornato retórico expresa la imagen digna del derecho que constituye un límite entre lo propio y lo extraño, entre lo adecuado y lo inadecuado⁹⁴⁵.

Alberti⁹⁴⁶ sostuvo, en el siglo diecisiete, que los edificios públicos utilizan el ornamento para definir su estatus. Ya Vitruvio⁹⁴⁷ consideraba que el ornamento era parte esencial de los edificios y de la arquitectura clásica, pues las columnas eran más que simples soportes, dado que demarcaban, dentro de los templos, el espacio dedicado al sacrificio. Según Alberti no puede mantenerse la separación entre lo estructural y lo ornamental. El ornamento no solo está ahí para proporcionar belleza, sino que también persigue la utilidad y enfatiza el uso de las paredes; así, las paredes de los templos contienen representaciones divinas e imágenes dedicadas a las mismas. Alberti también estudió la relevancia de la prohibición de la entrada en un espacio a determinados grupos de personas, dado que este es un modo de sacralizar un lugar.

Haldar analiza⁹⁴⁸ el significado retórico del ornamento del Tribunal Supremo de Israel, situado en Jerusalén. La arquitectura de dicho tribunal ejemplifica las nuevas tendencias arquitectónicas en el sentido de que intenta dar una imagen democrática del derecho rompiendo con la estructura hierática y con la típica atmósfera de alienación de las salas de justicia y su imagen de jerarquía habitual. Por ejemplo, en este Tribunal, las personas del poder judicial y las del público están situadas al mismo nivel.

Haldar señala que los edificios de justicia de la actualidad tienden a huir del ornamento, buscando una imagen sobria que puede llegar a resultar agresiva en su frialdad. La arquitectura actual hace un esfuerzo consciente por huir del diseño tradicional, con intrincados adornos de pared, espejos y viejos retratos.

Sin embargo Haldar considera que esta nueva aproximación minimalista que se extiende por los tribunales de nueva construcción es la expresión de principios formalistas del derecho. Los nuevos tribunales expresan una profunda necesidad de orden.

⁹⁴⁵ Ibid. p. 123.

⁹⁴⁶ Alberti, L. (1988). *De re aedificatoria. On the art of building in ten books*. Cambridge (Mass): MIT Press. cfr.

⁹⁴⁷ Vitruvius. (1914). *The Ten Books on Architecture*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. cfr.

⁹⁴⁸ Haldar, P. (1999). The function of the ornament in Quintilian, Alberti, and Court architecture. Op. cit. p. 129 y ss.

Haldar señala que el Tribunal Supremo de Jerusalén no logra romper con ese ideal, que se plasma en el palpable interés por reforzar los elementos de identidad nacional. Justo a la entrada del edificio, señala Haldar, encontramos una escalera de piedra de Jerusalén que nos recuerda los escalones de la vieja ciudad de Jerusalén. También hay en el edificio un molde de las viejas calles de la ciudad.

El uso de luz natural es posible por una inmensa y curva pared de cristal, situada en lo alto de la luz y mirando hacia la ciudad (es la apertura propia de estas nuevas tendencias de construcción). Desde ahí hay una excelente vista de la ciudad. Pero Haldar critica que es una vista perfecta, libre de la imperfección y la corrupción de cada día, como si fuera una expresión del Jerusalén divino. Esta vista panóptica ordena el exterior en un plano cartográfico⁹⁴⁹.

La doble entrada contribuye a remarcar el carácter ritual y solemne de la justicia, de modo que la sensación de interioridad aumenta conforme se pasan las entradas, como si fueran separaciones que nos alejan del mundo corriente y nos adentran en un mundo más sagrado. La ventana aporta luz interior, y de modo muy simbólico la entrada a los tribunales es enmarcada por la forma geométrica de un triángulo ascendiendo a través de la fuente de luz natural como en un símbolo de justicia. La idea de justicia, señala Haldar, es representada por la luz que emana de una ventana circular, pues la luz natural simboliza la pureza.

Haldar señala que el ornamento posee el poder de persuadir, de seducirnos en la creencia de que la justicia es inevitable e inmediata en este espacio. A través de la representación ornamental la justicia se identifica completamente con el derecho. Esta curiosa forma piramidal de la entrada no solo articula un sentido de la justicia divina sino que además evoca la estabilidad y la constancia del derecho⁹⁵⁰.

Las reflexiones expuestas en este epígrafe ponen de manifiesto que la síntesis entre el derecho y la arquitectura constituye un campo de estudio casi inexplorado que, personalmente, considero interesante y fecundo. He apuntado, de la mano de los trabajos referidos, algunas ideas para el diseño arquitectónico y ornamental de los tribunales y las salas de justicia. La implementación de las sugerencias contenidas en las

⁹⁴⁹ Ibid. p. 132.

⁹⁵⁰ Ibid. p. 133.

líneas precedentes podría contribuir a disminuir las sensaciones de incomodidad, conservadurismo y rigidez que, bajo mi punto de vista, expresan estos espacios.

3. PAUTAS RETÓRICAS PARA EL DISCURSO ORAL

La importancia de la exposición oral

Dentro del esquema de la retórica clásica, la *actio* es la última fase de la elaboración de un discurso; es el gran momento: la exposición oral. La relevancia retórica de la intervención oral hace que la retórica sea una disciplina muy afín a las artes escénicas.

En efecto, según Aristóteles⁹⁵¹, la *actio* es semejante al arte teatral. El brillo en la intervención oral se logra mediante el control del movimiento del cuerpo y de la entonación de la voz. Podemos comprobar que los actores y las actrices pueden alcanzar la gloria en el escenario incluso cuando el guión es malo, gracias a la belleza de su interpretación. Esto pone de manifiesto la importancia que tiene la actuación para cautivar a un auditorio. A pesar de las similitudes entre la retórica y la actuación escénica, Aristóteles advierte que la retórica tiene unas características particulares.

En los *Diálogos del orador*, Cicerón se hace eco de una anécdota célebre de la retórica clásica⁹⁵²⁹⁵³. La anécdota dice que preguntaron al famoso orador griego Demóstenes cuál era la principal habilidad de una persona oradora. Demóstenes contestó que la *actio*, 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*.

⁹⁵¹ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § III-1403b/1404a

⁹⁵² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 233.

⁹⁵³ 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

Cicerón, a través de su personaje Craso, señala que la *actio* es la reina de la oratoria, y que sin representación oral no hay auténtico dominio de la misma. Con el dominio de la representación, una persona oradora mediocre vencerá a las mejores.

Cicerón 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 transmitirlos. Los sentimientos se transmiten mediante gestos, tonos de voz, expresiones y sonidos.

Quintiliano⁹⁵⁴ explica que los argumentos y las pruebas se quedan cojos sin la vida que les otorga la persona oradora al esgrimirlos. Las emociones pueden despertarse mediante la voz, la expresión del rostro y los gestos del cuerpo.

Quintiliano considera que las tres principales causas del fracaso al hablar en público son la mala memoria, la incapacidad para improvisar, y los grandes defectos de la voz o la pronunciación.

¿La oralidad es más dinámica que la escritura?, ¿hay que memorizar literalmente los discursos?

En la retórica clásica tuvo relevancia el debate sobre si los discursos deben memorizarse literalmente. Hubo una célebre pugna al respecto entre los sofistas Alcídama de Elea e Isócrates.

Alcídama⁹⁵⁵ de Elea considera que el discurso oral es más democrático que el escrito. Los tiranos, sostiene, tienen tiempo para sentarse a escribir un discurso que elaboran de manera solitaria, sin debatir con nadie, y luego llaman al pueblo para que oiga lo escrito. En su opinión, leer o memorizar un discurso escrito refleja poco talante

⁹⁵⁴ Ibid. §XI-III-II

⁹⁵⁵ Alcídama fue una figura muy relevante en la retórica clásica. Fue criticado por Aristóteles en la *Retórica*, y por Platón en la *República*. Dados estos célebres oponentes podemos valorar su celebridad, aunque no llegó a la altura del elegante Isócrates. El elogio de Cicerón por un discurso sobre la muerte que dejó escrito también da testimonio de su calidad. DeElea, A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. Madrid: Gredos. p. 16.

democrático. Alcídamente sostiene que el verdadero discurso debe surgir del ágora, y enriquecerse en el debate ciudadano⁹⁵⁶, gracias a las tesis que se enfrentan entre sí. Llevar el discurso escrito de casa resta autenticidad al debate político y transforma a las personas oradoras en “políticos-actores”, gentes que en realidad no saben de lo que están hablando (porque otras personas les han escrito el discurso) y que, a pesar de eso, pretenden decidir el porvenir de la sociedad.

Es normal, sostiene Alcídamente, memorizar los temas de los que se va a hablar y el orden en el que estos se expondrán; pero una cosa muy distinta es memorizar las palabras exactas. Lo que defiende Alcídamente es que la escritura no debería tener cabida cuando esté en juego la toma de una decisión que afecte a la comunidad.

Alcídamente⁹⁵⁷ sostiene que el público distingue perfectamente el discurso auténtico del discurso que se lleva preparado, y desconfía de los discursos demasiado elaborados, que son el pan de cada día, no solo en la oratoria política, sino también en la retórica forense. El sofista sostiene que los mejores discursos escritos son los que parecen improvisados y señala que un defecto habitual en oratoria es mezclar unas partes del discurso que se han memorizado literalmente, con otras más vivas. Eso hace que el discurso resulte poco convincente dado que unas partes parecen vulgares al lado del exceso de preparación de las otras.

Estas reflexiones de Alcídamente⁹⁵⁸ no carecen de razón, pero hay que señalar que se mostró desmesurado en su beligerancia contra la escritura de discursos, llegando a señalar que escribir es una actividad placentera pero inútil. Isócrates⁹⁵⁹, frente a esta

⁹⁵⁶ Aristóteles admite que el discurso oral resulta más combativo y más vivo que el leído. Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § 1413 b 8-9

⁹⁵⁷ DeElea, A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. op. cit. p. 20.

⁹⁵⁸ Alcídamente tomó de su maestro Gorgias algunos aspectos que su rival Isócrates (también discípulo de Gorgias) evitó, y que fueron desacreditados por Aristóteles, como el empleo de palabras extravagantes, de compuestos, de epítetos y de metáforas. El Atenas en seguida gustó más la línea de Isócrates, que pareció a los áticos más elegante que la ampulosidad y grandilocuencia gorgiana. El estilo de Alcídamente es a veces grandilocuente, por la redundancia y el uso de afirmaciones universales y sentenciosas. Ibid. p. 56.

⁹⁵⁹ Las enseñanzas retóricas de Gorgias generaron dos tipos de discípulos: los defensores de la improvisación, como Alcídamente; y los cultivadores del discurso escrito, como Isócrates. El célebre Isócrates escribió la obra “Contra los sofistas” y Alcídamente le contestó en la obra “Sobre los sofistas”, de la cual he extraído las tesis del mismo. Tanto Isócrates como Alcídamente deforman la tesis de su oponente. Isócrates critica a las personas que defienden el discurso precipitado, propio de quienes no tienen ganas de prepararse las intervenciones. Alcídamente, por su parte, sostiene que él no defiende a la gente que habla de modo atolondrado, porque en su estilo sí hay planificación de los discursos. DeElea,

tesis extremista, sostuvo que no se debe despreciar el arte de elaborar un buen discurso y que las personas que se preparan los discursos pueden integrar la improvisación sin causar disonancias⁹⁶⁰.

Alcidamante⁹⁶¹ considera que las personas que saben hablar, saben también escribir; pero que las que saben escribir, por lo general, no saben hablar bien. En su opinión, las personas que escriben de manera hábil se quedan perplejas y turbadas cuando tienen que hablar en público, y ese es un gran defecto porque en muchas situaciones las personas calladas parecen menos inteligentes que las que hablan. Según el sofista, la práctica de la escritura hace que las personas hablen con un ritmo y con una exactitud que son enemigos de la fluidez oral⁹⁶².

A pesar de lo exagerada que es la postura de Alcidamante, es cierta la afirmación de este de que un discurso improvisado está lleno de vida y que pone en movimiento al cuerpo de las personas, mientras que el escrito resulta más estático, monótono y de gesto pétreo. Alcidamante considera, no sin razón, que la escritura provoca intervenciones largas e inoportunas y discursos lentos y cargantes⁹⁶³.

Alcidamante sostiene que otro inconveniente de llevar los discursos memorizados es que es más fácil memorizar argumentos que palabras literales y que en los discursos menos preparados no se notan tanto los olvidos, porque enlazamos con los argumentos siguientes con naturalidad. Sin embargo los discursos memorizados dan lugar a pausas prolongadas y silencios para recordar, que resultan ridículos. Además, quienes hablan con el discurso completamente preparado tendrán dificultad para encajar en el discurso argumentos nuevos en medio de debate⁹⁶⁴.

A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. op. cit. p. 48. Isócrates. (1979-1980). *Contra los sofistas*. In *Discursos. Obra completa* (J. Guzmán, Trans.). Madrid: Gredos. cfr.

⁹⁶⁰ Los tiempos han dado la victoria a Isócrates, que no pronunciaba discursos orales, mostrando que la escritura permite reflexionar de modo pausado y desapasionado, y permite hacer juicios sobre coyunturas políticas amplias, más allá de la circunstancia puntual de la asamblea. La brillante escritura de Isócrates le granjeó una celebridad a largo plazo mucho mayor que la capacidad improvisadora de Alcidamante. A pesar de eso, podemos ver la puntilla que le dedica Alcidamante a Isócrates cuando señala que las personas que no saben pronunciar retórica no deberían dedicarse a enseñarla. DeElea, A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. op. cit. p. 15.

⁹⁶¹ Ibid. §9

⁹⁶² Ibid. §17

⁹⁶³ Ibid. §11

⁹⁶⁴ Ibid. §25

El debate acerca del carácter pernicioso de la escritura frente al dinamismo de la oralidad, que mantuvieron Alcídama y Sócrates, no es una simple curiosidad histórica, sino que es un debate que continúa hoy en día, en la reflexión sobre el derecho procesal.

Una posición en este debate es la de que la oralidad está sobrevalorada, y que en ocasiones puede ser mejor la transformación del interrogatorio de un testimonio en una prueba escrita desde la perspectiva del ahorro de tiempo de la persona juzgadora; además, opina Taruffo, el interrogatorio de una persona abogada a quienes testifican a favor de la parte contraria, da lugar a hostigamientos y abusos⁹⁶⁵, a duelos mentales entre abogados agresivos y entrenados, y personas que testifican sin experiencia en procesos judiciales. Taruffo cuestiona que este método sea eficaz para acceder a la verdad cuando la abogacía se ensaña con quienes testifican.

Taruffo considera que, por lo general, la oralidad permite ahorrar tiempo y dinero, pero no siempre es precisa ni llega a la verdad. La escritura también permite ahorrar tiempo, pero no permite valorar la credibilidad de la prueba oral. En consecuencia, en su opinión, lo mejor es combinar ambos métodos.

Atienza se pregunta si el uso de la forma oral facilita la utilización de instrumentos de persuasión no racionales, o si es más bien el tipo de auditorio (con independencia de que el texto sea oral o escrito) lo que lleva a esa pérdida de racionalidad⁹⁶⁶. En el epígrafe anterior, relativo a la comunicación mediante elementos visuales, quedó claro que mi postura se sitúa más bien en la segunda respuesta a la que apunta Atienza: las falacias campan a sus anchas cuando hay relaciones profundamente asimétricas entre la persona oradora y el auditorio, por ejemplo a causa de un nivel cultural dispar, o a una relación de jerarquía material.

Desde mi punto de vista las falacias pueden darse tanto en la escritura como en la oralidad. La oralidad tiene ciertas ventajas sobre la escritura, tales como el ahorro de tiempo que supone, la presencia de información no verbal (que puede ser muy relevante

⁹⁶⁵ Taruffo, M. (2009). Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. In *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo, Trans.). Madrid: Marcial Pons. p. 245 y ss.

⁹⁶⁶ Atienza (2013). op. cit. p. 685.

para valorar la veracidad, la solvencia y los aspectos emocionales del discurso), y el intercambio intelectual posibilitado por el debate.

Sin embargo, la escritura es muy útil para estructurar ideas y para dar forma general al discurso; y su carácter pausado permite realizar una investigación cuando sea necesario ampliar información. La escritura también tiene la ventaja de permitir la aportación de información conexa, que se sale del hilo discursivo principal; además de facilitar la comprensión de cuestiones clasificatorias (el el discurso oral es fácil perder el hilo en las clasificaciones).

Considero que los procesos judiciales requieren de conexiones emocionales, de una valoración de la verosimilitud de los relatos y de un intercambio dinámico de información; por eso el juicio oral resulta crucial. Una justicia más humana, más atenta a las circunstancias y las historias personales, implicará una relevancia cada vez mayor de la oralidad procesal. Pero siempre será necesario desarrollar argumentaciones complejas y consultar fuentes jurídicas, y por ello, aunque avancemos hacia una mayor oralidad, será imprescindible la existencia de documentos escritos.

La musicalidad del discurso

Aristóteles⁹⁶⁷ considera que la retórica se asemeja a la poesía, pues tanto un discurso como un poema poseen ritmo. El ritmo lo proporciona la cadencia de las pausas y es esencial para que el discurso sea agradable y comprensible. Dicho ritmo será más rápido o más lento en función de las emociones que se quieran transmitir. Hemos de procurar que el estilo sea periódico, es decir, que se vea cuándo termina cada asunto del que se trate y que se identifiquen las estructuras divisorias internas del discurso. Esto es importante para evitar la fatiga la persona oyente. “Un periodo es un trozo que tiene principio y fin en sí y por sí mismo, y una extensión abarcable a la mirada. Tal trozo es agradable y fácil de comprender”. Aristóteles considera que “es preciso que el período se termine a la vez que el pensamiento, y que no lo corte”. Los períodos no deben ser demasiado cortos (porque generan sensación de que el discurso avanza a trompicones), ni demasiado largos (porque provocan que el auditorio se pierda).

⁹⁶⁷ Aristóteles. (1990). *Retórica*. op. cit. § 1409 b

La *Retórica a Herenio*⁹⁶⁸ explica que la voz tiene tres cualidades: volumen, firmeza y entonación. La firmeza depende en gran medida de adoptar unos hábitos de vida saludables, pero hay algunas claves que nos pueden ayudar a mantener la voz durante todo el discurso. Por ejemplo, es conveniente comenzar el discurso con un tono suave y hacer pausas largas para que la respiración devuelva vigor a la voz.

Para no fatigar a la voz es importante también adoptar los cambios de entonación que son naturales en una conversación, y abandonar el tono sostenido. Las pausas no solo refuerzan la voz y embellecen el discurso, sino que además dan tiempo a la persona oyente para que reflexione⁹⁶⁹. Los tonos se han de adaptar a las diversas situaciones discursivas⁹⁷⁰. Por ejemplo, un discurso cuya función sea explicar se realizará mediante voz calmada, suave, con pausas e intervalos suficientes para que la persona oyente pueda recordarlo todo.

Para narrar unos hechos se deben realizar variaciones en el tono para que parezca que nos amoldamos a la sucesión de las cosas que van sucediendo. Destacar acontecimientos importantes requiere acelerar el ritmo del discurso, mientras que narrar acontecimientos tranquilos requiere un ritmo lento⁹⁷¹.

Cicerón⁹⁷², en los *Diálogos del orador*, señala que todo el cuerpo vibra de modo distinto con cada emoción, como las cuerdas de una lira. Las voces se alteran con las emociones, volviéndose más agudas, más lentas o rápidas, más grandes o empequeñecidas. De esas variaciones nacen muchos tonos: suave, áspero, rápido,

⁹⁶⁸ Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 190.

⁹⁶⁹ Ibid. p. 193.

⁹⁷⁰ La narración, además, se adaptará a la entonación de las preguntas, las respuestas, las exclamaciones y las declaraciones de las personas que aparezcan en la narración. El tono gracioso utiliza una voz ligeramente temblorosa acompañada de una expresión burlona, y se va alternando con el tono serio. En una discusión se emplea un tono rápido y fuerte, y se habla de modo ininterrumpido, elevando ligeramente el tono de voz, con muchas modulaciones, encadenando las palabras. Una discusión también puede adoptar un tono cortado, en el que el discurso está compuesto por frases cortadas por pausas breves y con una pronunciación marcada.

Mientras que un discurso que incite a la ira es rápido, con un volumen bajo y frecuentes inflexiones; uno que incite a la compasión mostrando desgracias es profundo, de voz contenida, con grandes interrupciones, largas pausas y modulaciones acentuadas. Ibid. p. 196.

⁹⁷¹ Ibid. p. 195.

⁹⁷² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. p. 234.

difuso, interrumpido, quebrado, roto, hinchado, atenuado, etc. “Son como los colores que tiene a su disposición el pintor”, dice Cicerón⁹⁷³.

Sobre la voz dice Cicerón que, aunque la naturaleza no nos haya dado una buena voz, conviene educarla practicando, en especial, la variedad de tonos, porque lo más pernicioso es que el discurso resulte monótono. Los oídos agradecen los tonos variados⁹⁷⁴. Cicerón recomienda evitar comenzar el discurso hablando alto, porque eso genera una impresión muy vulgar; y aconseja ir elevando poco a poco el volumen.

Cicerón sostiene que es necesario cuidar el sonido de la voz. Es importante pronunciar con claridad, y no hablar de modo cansado, ni con voz fatigada o entrecortada por la respiración. También hemos de evitar un tono de voz agudo o desentonado, así como una voz rústica y campestre⁹⁷⁵.

Los acentos son algo delicado, opina Cicerón, porque a veces a una persona que argumenta muy bien le vence otra que argumenta peor, no por lo que dice, sino por la procedencia de su acento, ya que los estereotipos asocian a determinados lugares con la elegancia y a otros con la incultura. Por eso puede convenirnos disminuir la particularidad de nuestro acento, tratando de que no resulte muy llamativo para que la audiencia preste más atención a lo que decimos y no se deje influir por sus prejuicios.

⁹⁷³ Cicerón propone que pronunciemos una serie de frases tratando de imprimirles la emoción correspondiente. Así podremos comprobar la variación de tonos y velocidades. Por ejemplo, Cicerón nos insta a comprobar el tono agudo y arrebatado de la ira que adoptamos al pronunciar: “¿Te atreviste a separarle de ti?” o “¿quién le oye?, atadle”. El tono lastimero que busca despertar compasión es lloroso y fluctuante, podemos practicarlo diciendo: “¿adónde iré?, ¿qué camino seguiré?”, o “¡Oh padre, oh patria, oh casa de Príamo!”. Por su parte, el tono del miedo, que es sumiso, vacilante y abatido puede practicarse con las siguientes palabras: “¡Muchos males me cercan; la enfermedad, el destierro, la pobreza; el temor me quita toda prudencia; me amenazan con tormentos y muerte; nadie hay de tan firme condición y de tanta audacia a quien la sangre no se le hiele y retire con el miedo!”.

Hay también un tono para el cariño, que es como una caricia, suave, tierno, alegre y sin orgullo. Podemos ponerlo en práctica diciendo: “Cuando me ofreció la corona nupcial, a ti te la daba fingiendo dársela a otra; fue ardid ingenioso y delicado para engañarte”. Otro tono que propone Cicerón es el de la tristeza resignada, que es triste y monótono: “Cuando Paris se juntó a Elena en ilícita unión, yo estaba ya a punto de cumplir los meses del embarazo. Por el mismo tiempo tuvo Hécuba a Polidoro, en su último parto”. Ibid. p. 235.

⁹⁷⁴ Cicerón, a través de su personaje Craso, cuenta que el orador Graco llevaba tras de sí, cuando hablaba, a un músico que tocaba en una flauta distintos tonos para que Graco alcanzase con la voz distintas notas. Craso dice que no es necesario llevar al flautista de Graco, sino comprender la causa por la que Graco lo llevaba. Ibid. p. 236

⁹⁷⁵ Ibid. p. 188

A pesar de este consejo de Cicerón, yo entiendo que tiene sentido que las personas prefieran mantener su acento marcado y, simultáneamente, pronunciar un magnífico discurso para que, de este modo, el resto de la gente se vaya habituando a escuchar buenos discursos pronunciados por personas de esa procedencia que suscita prejuicios. Esa es la mejor manera de acabar con los injustos estereotipos centralistas o racistas. En este sentido, el consejo de Cicerón tal vez resulte demasiado táctico y poco sensible.

Cicerón sostiene que la colocación de las palabras es relevante para que el discurso suene fluido y para que la pronunciación sea sencilla. Esta idea fue una importante preocupación en los comienzos de la retórica; así, oradores como Isócrates aspiraron a que los discursos fuesen métricos y deleitasen con su música a los oídos. Cicerón no desea que los discursos tengan versos y rimas, pero sí considera conveniente que la unión de las palabras resulte agradable de escuchar⁹⁷⁶.

El ritmo se logra mediante un juego con la extensión de las oraciones y con una puntuación adecuada. Todo esto resulta bastante intuitivo en opinión de Cicerón, dado que el oído tiene un instinto natural para los ritmos y las modulaciones. Rechazamos los sonidos continuos, que carecen de variedad y de ritmo. Por ello rechazamos de modo natural los discursos que hablan de modo abundante y sin pausas ni respiraciones.

La oratoria no debe regirse por las estrictas reglas de la poesía o de la música, pero sí debe procurar no acelerarse demasiado, ni detenerse, ni perderse, distinguir bien las partes internas y que los sonidos no se confundan. Lo ideal es que el discurso cuente con ritmo, pero que no mantenga la misma cadencia durante todo el discurso. El oído del auditorio también es intuitivo, de modo que nota la falta de armonía de un discurso⁹⁷⁷.

En su obra *El orador*⁹⁷⁸ Cicerón explica que puede resultar agradable jugar con los sonidos derivados del orden de las palabras, aunque no debemos obsesionarnos con

⁹⁷⁶ Ibid. p. 223

⁹⁷⁷ Ibid. p. 229

⁹⁷⁸ Ciceron, M. (2004). *El orador*. op. cit. p. 170

ello, pues de lo contrario el discurso parecerá artificial. El orden de las palabras puede producir una sensación de semejanza⁹⁷⁹, o una agradable sensación de antítesis⁹⁸⁰.

Cicerón señala que la búsqueda de la armonía no debe conducirnos a utilizar palabras inoportunas o inútiles, ni a pronunciar oraciones frívolas. Pero si la calidad del mensaje se mantiene intacta y las palabras resultan naturales, es positivo deslizarse majestuosamente siguiendo el curso de las ideas.

Con respecto al ritmo⁹⁸¹ señala Cicerón que resultan desagradables las oraciones tan breves que parecen cortadas, pero más aún las que son demasiado largas, dado que en la retórica ofende más lo que se excede que lo escaso. El orador añade que, mientras que las cuestiones relativas al estilo, tales como las metáforas y otras figuras literarias, han sido ampliamente abordadas en la retórica, la cuestión del ritmo no ha sido demasiado tratada. De la musicalidad en el discurso dice que es una cuestión compleja, que puede considerarse la culminación de los estudios del discurso⁹⁸².

La clave de la musicalidad del discurso radica en la moderación, es decir, el ritmo no debe parecer el de un poema, pero tampoco puede presentarse un discurso desaliñado; lo uno resultaría desagradable, y lo otro aburrido. Es relevante para que el discurso resulte rítmico que no deje ninguna parte inacabada y como suspendida, ni que ande fluctuando de un lado a otro sin concluir nada. El discurso debe mostrar orden y constancia. La armonía, por tanto, en opinión de Cicerón, no consiste en que midamos el número de las sílabas que pronunciamos, sino que basta con que no seamos redundantes, ni caóticos, y que no hablemos como si a las palabras les costase salir⁹⁸³.

⁹⁷⁹ Como muestra el siguiente ejemplo: “Hay, oh jueces, una ley no escrita sino innata, que no hemos aprendido ni leído, sino tomado de la misma naturaleza, y en la cual no hemos sido educados, sino imbuidos”. En este ejemplo, como debe ser en la retórica, la sonoridad no parece buscada, sino natural. Ibid. p. 170

⁹⁸⁰ Un ejemplo de antítesis está en la cuarta acusación contra Verres “Comparad esta paz con aquella guerra; la llegada de este pretor con la victoria de aquel general”. Ibid. p. 167

⁹⁸¹ Cicerón explica que de Isócrates cuentan que fue el primero en dar armonía a los discursos, porque observó que a los oradores se les escuchaba con aburrimiento y a los poetas con agrado. Entonces buscó cierto número oratorio para evitar el cansancio de los oyentes. Realmente, aunque Isócrates fue el mejor en el ritmo, el primero en aplicarlo al discurso fue Trasímaco. Gorgias ya había utilizado también algunos recursos rítmicos, como las antítesis, aunque tal vez se excedió en ellas. Isócrates los venció a ambos en la moderación. Ibid. p. 178

⁹⁸² Ibid. p. 187

⁹⁸³ Ibid. p. 197

A diferencia de la música, no es necesario lograr momentos culminantes de armonía, sino que lo que se aprecia es más bien la armonía general y la sensación que redondeamos las oraciones y las partes del discurso. Los oídos esperan siempre los finales, y en ellos descansan. La cuestión del ritmo no resultará muy difícil a los que se hayan ejercitado mucho la escritura, dado que el ritmo del discurso requiere cierto orden, cierta planificación. Al comienzo de cada oración ha de pensarse qué se va a decir, y por tanto, cómo se va a concluir. El ritmo del discurso será unas veces acelerado y rápido, y otras veces lento⁹⁸⁴.

El ritmo del discurso no solo hace que el discurso se adapte al orden de las ideas y a la respiración, sino que además proporciona fuerza al discurso. Sin armonía y sin ritmo no es posible emocionar. Cicerón dice que todo el mundo está de acuerdo en que hablar de modo hermoso pero vacío de contenido manifiesta escasa inteligencia, pero espeta que cualquier persona oradora inteligente debería avergonzarse de hablar sin gracia alguna y de que otras personas con menos conocimientos sean oídas con más gusto⁹⁸⁵.

Quintiliano⁹⁸⁶ reflexiona sobre la voz en sus *Instituciones*. El autor sostiene que una buena voz es la que tiene la suficiente potencia, tiene una respiración normal, carece de problemas vocales y resulta agradable de escuchar. El entrenamiento de la voz y los hábitos de vida moderados y saludables, pueden contribuir a aumentar la potencia y la claridad del habla. Es necesario evitar también el exceso de humedad en la boca y la sequedad excesiva, porque provocan efectos desagradables en el sonido.

Pese a lo dicho, Quintiliano es consciente de que las personas abogadas no tienen tiempo para entrenar la voz y tampoco tienen buenos hábitos de vida en lo relativo a horarios de comida y sueño, dadas sus necesidades profesionales. Por eso Quintiliano matiza que no es necesario alcanzar una voz perfecta, sino más bien lograr que la voz aguante una larga intervención. La profesión de la abogacía maltrata la voz,

⁹⁸⁴ El acelerado es conveniente en los momentos de cruce de argumentos y el lento en los momentos de exposición. Lo que se dice a modo de inciso, debe tener bastante armonía y resultar sonoro, como ejemplifican las interrogaciones y exclamaciones retóricas o las frases lapidarias que pueden utilizarse incidentalmente. Este recurso es efectivo en las causas forenses, dado que resulta muy agudo herir con dos o tres palabras, y a veces con una sola, que sintetizan unas emociones y un mensaje. Ibid. p. 199

⁹⁸⁵ Ibid. p. 236

⁹⁸⁶ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §XI-III-II

ya que las personas abogadas hablan deprisa y con dureza, trasnochan preparando casos, y su exceso laboral hace que sus ropas estén a veces llenas de sudor, dice Quintiliano.

El objetivo principal no es, por tanto, que la voz sea bonita, sino que sea resistente, capaz de elevarse en el juicio y de cambiar de tono siempre que sea necesario. La persona abogada tendrá que hablar en múltiples circunstancias, y no siempre serán las más favorecedoras para la voz⁹⁸⁷. Los cuidados mínimos que debe exigirse una persona abogada es no hablar en público estando enferma, sedienta, hambrienta o mareada. La voz se vuelve resistente en su uso cotidiano en la abogacía, intentando que suene firme y que se acompañe adecuadamente del movimiento del cuerpo.

En relación con la pronunciación, Quintiliano señala que lo importante es pronunciar todas las letras, sin comerse las últimas sílabas. Pero, del mismo modo que no debemos comernos las letras, tampoco debemos hablar como si estuviéramos deletreando, resaltando todas las letras⁹⁸⁸.

Con respecto a la respiración, esta debe acompañar al sentido de las oraciones. El aliento aprovechará las comas, los puntos y el final de las ideas. Cuando se tome aliento en un lugar inoportuno hemos de evitar que se note, porque de lo contrario se perderá el sentido de la oración y causaremos confusión. Por eso es muy importante organizar bien el discurso, de modo que podamos pronunciarlo con facilidad⁹⁸⁹.

La buena voz es fluida, dulce, resistente y clara, pero no tiene que ser excesivamente potente, sino que basta que pueda elevar el tono y que le aguante el aliento. No es una voz ni muy grave ni muy aguda, porque la grave es demasiado llena y a veces poco comprensible, de modo que le cuesta emocionar; y la voz aguda es poco natural, demasiado delicada, resulta monótona y es menos resistente. Es necesario usar tonos medios, que serán graves en unas ocasiones y agudos en otras, según convenga a lo que se exprese.

⁹⁸⁷ Ibid. §XI-III-II

⁹⁸⁸ Ibid. §XI-III-III

⁹⁸⁹ Ibid. §XI-III-III

Para que el discurso suene bien deberán evitarse dos cosas: hablar todo el tiempo con el mismo tono, y cambiar de tono cuando no es pertinente, generando confusión y distracción. El arte de cambiar el tono da gracia al discurso, hace que el auditorio esté atento y nos ayuda a respirar cómodamente. Pero lo más esencial es que la voz se amolde a las cosas que decimos y a las emociones que expresamos⁹⁹⁰.

Evitar la monotonía significa no decirlo todo a gritos, ni hablar de modo anodino, ni hablar en un murmullo. Habrá inflexiones de voz para marcar las partes del discurso, las emociones, la dignidad de las palabras, los conceptos importantes y el remate o el principio de los períodos. También habrá inflexiones en los incisos⁹⁹¹.

Si forzamos la voz demasiado parecerá que vamos sofocados, no se nos entenderá bien, e incluso podremos parecer gallinas cacareando. También debemos evitar hablar con precipitación, porque entonces no se captará la separación entre las ideas, no se comprenderán los conceptos que expresamos y ni siquiera será comprensible nuestra pronunciación. Hablar de modo muy lento es otro un defecto, pues parecerá que nos cuesta hablar, y será difícil transmitir emociones por la flojera de nuestro discurso; además de ello no nos dará tiempo a decir muchas cosas y parecerá que no decimos nada⁹⁹².

No debemos respirar muchas veces, cortando el sentido del discurso; ni tampoco aguantar el aliento hasta que nos falte. Si hacemos esto último se notará que respiramos porque no podemos más⁹⁹³. Si tenemos que decir una oración muy larga, hemos de tomar aliento antes, de manera discreta. El más feo y extendido de los vicios de la voz⁹⁹⁴, sostiene Quintiliano, es el de hablar con soniquete, como si se cantase. Esto impide transmitir emociones y es una falta de seriedad.

⁹⁹⁰ Ibid. §XI-III-III

⁹⁹¹ Ibid. §XI-III-III

⁹⁹² Ibid. §XI-III-III

⁹⁹³ Quintiliano explica que está bien ejercitar el aliento para que dure lo máximo posible. Demóstenes practicaba diciendo versos sin respirar mientras subía cuevas. De Demóstenes es célebre otro curioso ejercicio: el de meter piedrecillas en su lengua para pronunciar las palabras con más claridad.

⁹⁹⁴ Hay personas que respiran con dificultad y el jadeo se les nota al hablar, otras a las que el aire les pasa por los huecos de los dientes haciendo un ruido desagradable, hay otros que se tropiezan en la pronunciación y parece como si sus palabras chocasen unas con otras, los hay que tosen, escupen frecuentemente e incluso que manchan a los más cercanos con saliva. Algunos de estos no son vicios de la voz, pero deben resaltarse. Al unir las palabras hay que evitar que no surjan significados indeseables,

Quintiliano señala que hay tonos distintos para llamar a la batalla y para suplicar, y que hay tonos para infundir energía y otros para conciliar el sueño. El tono de las palabras es tan importante, que una palabra sin importancia puede ser llenada de significado imprimiéndole un tono determinado. Podemos hacer la prueba con un discurso grandioso; si le quitamos las tonalidades el discurso se vuelve difícil de comprender y desagradable⁹⁹⁵.

La mejor tonalidad es la que se amolda a las emociones que se quieren transmitir. Cuando dichas emociones se sienten, se manifiestan naturalmente en el discurso (la pena, la ira y la indignación) y no necesitan reglas. Pero cuando se pretende imitar tales emociones es necesario impresionarse a uno mismo, imaginándose las situaciones, tratando de conmoverse para que salga la voz de nosotros con el tono adecuado y conmueva a los jueces.

Hay que cuidar de que no se produzcan rimas no buscadas, por eso se evitarán las palabras que terminan en la misma desinencia, o los verbos que terminan en el mismo tiempo. También deben evitarse las palabras largas, porque causan dificultad en la pronunciación⁹⁹⁶.

Los discursos poseen armonía, ritmo. El ritmo de los discursos, a diferencia del de la poesía se logra mediante la duración de las partes, y no mediante el orden de las palabras. El ritmo de los discursos deriva de la exigencia de que los oídos tengan pequeñas paradas para reflexionar y descansar de ese torrente de palabras por el que son conducidos. La comprensión del discurso requiere respirar y recobrase, y el ritmo proporciona gratificantes descansos. El adecuado manejo de los silencios puede dar lugar a aclamaciones⁹⁹⁷⁹⁹⁸.

como la que surge cuando se enlaza la última sílaba de una palabra y la primera de la siguiente y aparte una palabra con significado feo. Pero en cuestión de pronunciación, si bien hay que procurar que se entiendan las letras, es tan malo el descuido como el exceso de cuidado. A veces ocurre, en opinión de Quintiliano, que el temor a no pronunciar correctamente resta pasión al discurso. Ibid. §IX-IV-III

⁹⁹⁵ Ibid. §IX-IV-III

⁹⁹⁶ Ibid. §IX-IV-V

⁹⁹⁷ Ibid. §IX-IV-V

⁹⁹⁸ Los períodos son las estructuras más importantes del discurso, que consiste en una idea separada por signos de puntuación. El criterio que nos puede servir para determinar la duración del período según Cicerón es la duración del aliento. Un período tiene, según Quintiliano, las siguientes características: es

Señala Quintiliano que la persona oradora prestará especial atención a la hermosura de los conceptos y no se ocupará tanto de que las sílabas encajen como piedrecillas de mosaico que hacen juego y forman figuras. Prestar mucha atención a las sílabas enfriaría el ardor del discurso y lo haría más lento. Mientras que el verso repite todo el tiempo la misma estructura, la prosa no puede ser uniforme, pues si lo fuese resultaría artificial⁹⁹⁹.

La expresión no verbal en el discurso

La expresión no verbal es muy relevante en el discurso. A veces ocurre que no es posible comprender el mensaje verbal si no se acompaña de la expresión no verbal. Como señala Vega Reñón¹⁰⁰⁰, los elementos no verbales permiten, en ocasiones, identificar si estamos ante una ironía o ante una evasiva dirigida a terminar la conversación.

Además de contribuir a aclarar el significado, el movimiento del cuerpo y la expresión del rostro son determinantes para que el discurso resulte verosímil. La retórica clásica estudió los movimientos y gestos propios de una persona oradora.

La *Retórica a Herenio* aconseja que la persona oradora hable de pie, con un ligero movimiento de la mano derecha y adoptando en su rostro la expresión emocional adecuada al contenido del discurso. Cuando se quiere mostrar algo al auditorio o

una unidad de sentido, es claro y comprensible para la mente, y posee una medida adecuada para que la memoria pueda conservarlo.

Cuando hablemos con vehemencia y emoción utilizaremos periodos cortos, oraciones breves y separadas. Lo mismo ocurrirá cuando queramos presentar unas conclusiones o cuando exponamos hechos en el contexto jurídico. Cuando se quiera elogiar o despertar compasión, en cambio, convienen los periodos más largos y fluidos, expresados con tono suave. En el discurso forense, señala Quintiliano, predominan por lo general los períodos cortos, formados por oraciones simples, con muchos conceptos, y evitándose las oraciones subordinadas.

El humor, los argumentos, y todo lo que requiera ser comprendido con facilidad, se dirá con períodos breves; mientras que cuando se quiera conmover o transmitir emociones delicadas, se hablará con la calma propia de los períodos largos. Despertar emociones intensas, como la indignación o el enfado, se logra acelerando el ritmo discursivo.

El tono de la voz tendrá distintas emociones en cada parte del discurso. Al comienzo del discurso la actitud será humilde; la narración de hechos requiere de un lenguaje expresivo, emotivo; y la fundamentación jurídica requiere de una actitud objetiva, analítica, aunque a veces podemos introducir emociones. Entre los dos extremos de un discurso demasiado vehemente; y otro demasiado lacio, es preferible el discurso vehemente. §IX-IV-V

⁹⁹⁹ Ibid. §IX-IV-V

¹⁰⁰⁰ Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. op. cit. p. 71.

persuadir de algún aspecto concreto, el cuerpo se inclinará ligeramente hacia adelante, aproximando la cara hacia el auditorio¹⁰⁰¹.

Cicerón¹⁰⁰² señala que los gestos en oratoria no deben ser exagerados, como en el teatro, sino sobrios. Las manos acompañaran con sus movimientos a las palabras, pero no las mostrarán mímicamente. Un brazo estará ligeramente levantado. Pero lo más importante es el rostro, y en él, los ojos, que son los que muestran las emociones que sentimos.

La cara no debe alterarse mucho y de manera extravagante, y los gestos deben acompañar a lo que se dice. Los movimientos serán moderados y se procurará expresar con la mirada. Los ojos no estarán siempre fijos en un mismo punto, sino que se posarán en distintos lugares

Cicerón explica que la expresión no verbal llega a ser tan clara que puede transmitir un mensaje a personas que no entienden nuestra lengua. La causa de este fenómeno radica en que la expresión no verbal refleja mejor que ninguna otra cosa las emociones y resulta la más sincera manifestación de las mismas. Por eso los gestos despiertan más empatía que las palabras.

Quintiliano¹⁰⁰³ dice que los gestos dicen más que las palabras. Por eso cuando nos saludamos decimos mucho, aun antes de hablar; y por el modo de andar y la expresión de la cara se puede saber de qué ánimo estamos¹⁰⁰⁴. Si decimos con expresión alegre las cosas tristes, y afirmamos cosas negando con el gesto, las palabras no solo pierden su autoridad, sino que se harán muy sospechosas. La expresión no verbal es tan importante que el carisma de la persona oradora emana de ella.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰¹ Un contexto de discusión requiere movimiento rápido de los brazos, cambios en la expresión de la cara y una mirada penetrante. Otro tipo de discusiones, las de pocas palabras, son entrecortadas se manifiestan en un movimiento brusco de brazos, desplazamientos de sitio, golpes intermitentes en el suelo con un pie y una mirada fija. Anónimo. (1997). *Retórica a Herenio*. op. cit. p. 197.

¹⁰⁰² Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. op. cit. p. 235 y ss.

¹⁰⁰³ Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. op. cit. §I-III-IV

¹⁰⁰⁴ Incluso en los animales, que no pueden hablar, se pueden ver la ira, la alegría y el amor en sus ojos y en sus movimientos.

¹⁰⁰⁵ Quintiliano cuenta que el célebre Demóstenes corregía su acción mirándose en un espejo de cuerpo entero.

Quintiliano señala algunos defectos retóricos como mover mucho las cejas, o subir solo una ceja (esto es propio de la comedia)¹⁰⁰⁶, hacer gestos con la nariz o los labios, estornudar o sonarse la nariz¹⁰⁰⁷¹⁰⁰⁸. Poner la cabeza¹⁰⁰⁹ muy alta transmite soberbia, y poner la cabeza gacha transmite sumisión. Ambos extremos dificultan la salida de la voz. Los hombros no deben levantarse ni encogerse, porque parece un gesto miedoso, indigno o mentiroso.

Cuando se dice algo magnífico o grandioso, o se describe algo extenso puede acompañarse con un movimiento de apertura con el brazo. Los brazos resaltan las palabras y acompañan al discurso. Las manos no solo acompañan al discurso, sino que hablan por sí mismas. Con ellas pedimos, prometemos, llamamos, perdonamos, amenazamos, suplicamos, detestamos, tememos, preguntamos, negamos, mostramos placer, tristeza, duda, arrepentimiento, moderación, espacio y tiempo. Las manos de admiran y se avergüenza, señalan a los lugares y a las personas. “En tanto grado es esto,

¹⁰⁰⁶ Es defecto también si con el gesto se oponen a lo que estamos diciendo. Encoger las cejas dice tristeza, extenderlas muestra alegría y otro tipo de contracción muestra vergüenza. También se bajan o levantan para negar o afirmar.

¹⁰⁰⁷ Ibid. §XI-III-III

¹⁰⁰⁸ Las personas oradoras no deben expresarse con la nariz ni con los labios, porque quedará vulgar. Los gestos con estas partes de la cara significan burla, desprecio y fastidio. Todo lo que se hace con la nariz, incluyendo estornudar y sonarse o limpiarse la nariz, queda mal. También quedan mal los gestos con los labios: los labios alargados, muy abiertos, o muy cerrados, mostrando los dientes, extendidos hacia la oreja, puestos uno sobre el otro con desdén, cerrados solo por una parte, lamerse los labios, modernos, etc.

¹⁰⁰⁹ Cuando hablamos la cabeza debe estar derecha y en una postura natural, “porque baja denota humildad, demasiado levantada arrogancia, inclinada hacia un lado desfallecimiento y el tenerla muy tiesa y firme es señal de una cierta barbarie”. Los movimientos de la cabeza acompañarán a las manos y al gesto. “La vista siempre se dirige al mismo objeto que el ademán, menos cuando desaprobamos, negamos o mostramos aversión a alguna cosa, de manera que parece que con el semblante detestamos y con la mano desechamos aquello mismo”. La cabeza no solo afirma, niega y asegura, sino que también muestra vergüenza, duda, admiración e indignación. Pero la expresividad no debe limitarse al movimiento de la cabeza. Mover la cabeza mucho es un vicio, al igual que moverla con demasiada fuerza “y sacudir los cabellos moviéndola alrededor es propio de un hombre que está furioso”. La cara es la parte más importante de la cabeza en la intervención oral. Con ella suplicamos, amenazamos, mostramos bondad, tristeza, alegría, arrogancia o humildad. El rostro atrae las miradas de las demás personas, porque a través de él entendemos muchísimas cosas y a veces dice más que las palabras.

De la cara, la parte más expresiva son los ojos, que pueden mostrar alegría incluso sin moverse (cuando la mirada es clara) o tristeza (cuando tiene como una nube o cuando). Las lágrimas pueden indicar tristeza o alegría. Con el movimiento muestran los ojos soberbia, agresividad, dulzura o dureza. Los párpados y las mejillas contribuyen a la expresión de todas estas emociones.

Las cejas también dicen mucho, arrugando, levantando o bajando la frente. Y el color de la cara es otro signo de emociones, pues la vergüenza lo tiñe de rojo, y la palidez muestra los ánimos más fríos. Ibid. §XI-III-III

que siendo tan grande la variedad de lenguas que hay entre todas las gentes y naciones, me parece que éste es un lenguaje común a todos los hombres”¹⁰¹⁰.

Los gestos pueden expresar cosas de modo natural, pero también pueden hacer mímica, tratando de expresar cosas, como cuando fingimos que tocamos un instrumento. La mímica debe evitarse en la oratoria¹⁰¹¹. La persona oradora puede llevarse la mano hacia sí al hablar de su persona, y puede extenderse hacia la persona de quien habla, pero, más allá de eso, no debe hacer mímica (y tampoco se deben imitar las voces, cuando narremos unos hechos)¹⁰¹².

El movimiento de la mano no puede ser brusco, como si estuviera hiriendo o como si la mano fuese disparada, sino que debe parar al llegar al lado contrario del que parte. No debemos mover la mano de un lado a otro, solo cuando se exprese una reiteración, como una negación enfática o una gran admiración. La mano acompañará a lo que se dice, porque el movimiento de la mano sin voz es un defecto. La mano no debe permanecer mucho tiempo quieta, ni tampoco ha de estar todo el tiempo en movimiento. Es un defecto subir la mano a la cabeza o bajarla a la altura del vientre¹⁰¹³.

La mano izquierda (la derecha en las personas zurdas) se limita a acompañar a la otra mano en limitadas ocasiones, como cuando señalamos varios puntos como enumerándolos con los dedos, cuando nos dirigimos a alguien que está a la izquierda, o cuando respondemos con ambas manos o suplicamos.

No deben moverse los dedos, como si llevaran el compás. No queda bien dar golpes en el suelo con el pie, o mecerse hacia la derecha y la izquierda, sosteniéndose ya en un pie, ya en el otro. También es un defecto mover mucho los hombros al hablar¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Ibid. §XI-III-IV

¹⁰¹¹ Ibid. §XI-III-IV

¹⁰¹² Cuando se narran acciones, no se debe imitar cómo uno se inclinó sobre otro, cómo azotó, como golpeó, ni se ha de poner voz de dolor al describir cómo gritaba la víctima. No debe ponerse voz de mujer al poner voz a una mujer, o de un hombre al ponerle voz, ni se debe hablar con voz de persona anciana cuando se hable en su nombre.

¹⁰¹³ Ibid. §XI-III-IV

¹⁰¹⁴ Ibid. §XI-III-IV. Este defecto lo tenía Demóstenes y dicen que lo corrigió colocando una lanza colgada sobre su hombro, para sentir su pinchado cuando se acaloraba.

La persona oradora debe ir vestida de manera decente y formal, pero igual que no debe caer en el descuido, no debe tampoco esmerarse demasiado en la toga, el calzado y el cabello.

Lograremos atraer la atención del auditorio si les caemos bien¹⁰¹⁵, para lo que es importante la impresión que dan nuestra voz y nuestros movimientos. Para convencer con nuestros argumentos es crucial el tono seguro de la voz. La persona oradora debe transmitir credibilidad y seguridad en lo que dice. Para emocionar se deben sentir los afectos y expresarlos con nuestra voz y gestos.

El comienzo del discurso requiere algunas reglas de expresión corporal. Cuando la persona juzgadora nos dé orden de hablar hemos de levantarnos con mucha calma y detenernos un instante a componernos la toga para tener la ropa decentemente puesta. Y cuando seamos nosotras las que le hemos pedido la venia y nos la ha concedido con una señal, no romperemos a hablar inmediatamente, sino que daremos un breve instante al silencio y pensamiento. El objetivo es preparar a quien va a oír y transmitir elegancia y seriedad. A este momento de espera se le llama “preludio de expectativa”¹⁰¹⁶.

El “preludio de expectativa” será más largo cuando notemos que la persona juzgadora o el auditorio no nos atienden aún. Nuestro cuerpo estará recto, con los pies un poco separados, con el rostro serio pero no triste, ni cansado, ni asustado; los brazos un poco separados a los lados. Y cuando se vaya a comenzar, mostraremos el gesto de esperar el punto de comenzar.

Son defectos mirar al techo, frotarse la cara, moverse el pelo, mover los dedos y los labios como repasando lo que vamos a decir, estar con la espalda encorvada o demasiado recta, con las piernas muy separadas, con la cabeza levantada o con los hombros encogidos como si fuésemos a luchar¹⁰¹⁷.

El discurso debe comenzarse con suavidad y modestia, porque la modestia es lo que más llama la atención. Cuando se reprenda el comportamiento ajeno también se

¹⁰¹⁵ En la voz y en el gesto la persona oradora tendrá en cuenta las circunstancias de cuál es el asunto y de a quién se dirige. El tono de voz y la expresión corporal serán distintos si nos dirigimos a uno u a otro auditorio, si acusamos o si defendemos. Ibid. §XI-III-V.

¹⁰¹⁶ Ibid. §XI-III-V.

¹⁰¹⁷ Ibid. §XI-III-V.

hará en tono suave y con suaves movimientos. La expresión no verbal característica de cada persona puede hacer que unas mismas palabras suenen muy diferentes dichas por personas distintas. El carácter de las personas oradoras hace que los discursos suenen distintos. Por eso cada una debe conocerse a sí misma y adecuar la acción a su carácter¹⁰¹⁸.

Para terminar estas palabras sobre la acción se ha de recomendar moderación. La abogacía no es un teatro. En la oratoria no se hace mímica y no se pronuncia de manera demasiado afectada, no se hacen intensos cambios en el tono de voz, ni marcados ademanes. En algunas ocasiones será útil saber usar una acción viva y expresiva, pero siempre dentro de los límites de la prudencia¹⁰¹⁹.

Flora Davis¹⁰²⁰, desde la psicología contemporánea, ofrece algunas pautas de expresión no verbal que complementan el estudio de la retórica clásica. La autora señala que el saludo¹⁰²¹, entre personas amigas comienza a distancia con una sonrisa, un alzamiento de cejas y una inclinación de la cabeza. Si se acercan, inician un saludo más próximo, que suele realizarse de acuerdo con un ritual social, por ejemplo, mediante un apretón de manos o un roce de mejillas.

Cuando las personas que están reunidas consideran que es prudente retirarse comienzan a echarse hacia adelante en los asientos, a juntar sus pertenencias o reacomodar sus ropas, representando algo así como una secuencia de partida. Por eso para terminar una reunión que se está alargando demasiado, Davis recomienda comenzar a guardar distraídamente los papeles en la cartera. Ese gesto, señala, probablemente será imitado por el resto de personas asistentes.

Davis señala que se debe evitar mirar fijamente, dado que las miradas fijas y sostenidas resultan amenazantes o un signo de atracción sexual¹⁰²². Las miradas fijas,

¹⁰¹⁸ Ibid. §XI-III-V.

¹⁰¹⁹ Ibid. §XI-III-V.

¹⁰²⁰ Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. Madrid: Alianza. cfr.

¹⁰²¹ El saludo, según Flora Davis, tiene un significado biológico, pues siempre que dos animales se aproximan existe el peligro de un ataque físico, por eso el saludo es una ceremonia de apaciguamiento que se refleja en un sumiso gesto de inclinar la cabeza o en el de mostrar las palmas de la mano. Cuando las personas sienten atracción romántica pueden corregir el aspecto personal durante el saludo, alisándose el pelo, o recolocándose la ropa. Ibid. cfr.

¹⁰²² Tampoco se debe mirar a zonas como los senos o las nalgas, porque resulta grosero.

así como las sexuales, resultan en un contexto retórico una inadmisibile intromisión en la intimidad. Cuando queramos indicar que estamos escuchando con atención, debemos mirar¹⁰²³ a la persona que nos habla. Las personas que quieren agradar a otras gesticulan y sonríen.

Davis señala que las personas nos movemos dentro de una especie de burbuja privada que representa la cantidad de espacio que sentimos que debe haber entre nosotras y otras personas. Cuando una persona extraña entra en nuestra burbuja sentimos amenaza y por eso debemos respetar el espacio personal ajeno¹⁰²⁴.

¹⁰²³ Las miradas regulan la conversación, indicando a cada persona su turno para hablar. Además, en un interrogatorio la persona que interroga fija la mirada en la persona interrogada, a no ser que la persona que interroga sienta que la pregunta está fuera de lugar. Cuando se eleva el nivel emocional de la conversación y las personas se sienten incómodas, se evita el contacto visual.

Cuando se mira hacia otro lado mientras se escucha a otra persona, eso indica que no coincidimos con lo que la otra persona dice. Cuando miramos a la persona a la que escuchamos, eso significa que estamos de acuerdo o que le prestamos atención. Davis explica que las miradas también expresan estatus, dado que las que tienen menos poder evitan mirar abiertamente a quienes mandan. Cuando esa situación se altera y la persona subalterna mira abiertamente a la persona poderosa, eso puede interpretarse como un desafío. Ibid. cfr.

¹⁰²⁴ Si vemos a dos personas muy juntas presumimos que tienen una relación íntima o que están conspirando. Cuando nos acercamos a otra persona llega un momento en el que esta comienza a retroceder. Hall indica que una conversación entre personas amigas, incluso aunque se estén riñendo, suele producirse a una distancia de menos de un metro. A esa distancia las personas se comunican también por medio del tacto, el olor, la respiración y la temperatura corporal. Por eso los escritorios de personas importantes suelen ser lo bastante anchos para mantener esa distancia. Cuando las personas se ven forzadas a sentarse demasiado juntas, señala Hall, se sienten incómodas y despliegan sus brazos y piernas como barreras. Davis explica que, si hay muchos asientos vacíos en una sala y alguien opta por sentarse al lado de una persona desconocida, esta se sentirá amenazada porque ese hecho viola una ley consistente en que, mientras haya sitio libre, las personas desconocidas se sentarán lejos.

Este fenómeno que describe Davis es la causa de que, cuando alguien camina por la calle y se ve forzado a pasar por medio de un grupo de personas desconocidas, agachará la cabeza o incluso emitirá una disculpa. A la gente no le gusta que invadan su espacio.

Davis expone que las personas prefieren situarse más cerca de las personas que les agradan y más lejos de las que no son de su gusto. Kleck señaló, en este sentido, que las personas discapacitadas se sienten aisladas porque las personas se sitúan a mayor distancia cuando interactúan con ellas.

El espacio comunica, y por eso cuando a una persona no le importa entablar conversación, escogerá sentarse en el lateral de una mesa rectangular, mientras que si no desea hacerlo, se sentará en medio, transmitiendo el mensaje de que el espacio está ocupado.

La proximidad física también puede denotar estatus. Imaginemos la situación en la que una persona se acerca a otra que está sentada en su escritorio de trabajo. Las personas de más estatus se aproximan más y, si la persona visitante es de estatus elevado, la que está sentada se pondrá rápido en pie. Por otro lado, el tiempo que la persona del escritorio tarda en contestar la llamada de la puerta también es significativo de ese estatus, de modo que cuando se demora en atender a la persona visitante, eso degrada el estatus de esta. Estos aspectos ponen de manifiesto que el espacio refleja luchas por el poder.

La persona que lidera un grupo o que es propensa a hablar más tiende a sentarse en la cabecera de la mesa, y la gente que tenga que elegir a una persona para que lidere un grupo, tenderá a escoger a las personas que ocupan ese lugar de poder. El poder también se aprecia en un grupo de personas que conversan de pie. Cuando las personas se sitúan en círculo, es casi seguro que el grupo es de similar estatus, pero cuando una persona está frente a las demás, esa persona es formal o informalmente la líder del grupo.

Una relación de proximidad (pero no amistad íntima) se produce aproximadamente a metro y medio de distancia; y cuando median entre tres y cuatro metros de distancia, probablemente estamos en presencia de una conversación formal.

Albert Schefflen descubrió que las personas imitan las actitudes corporales de los demás de modo que, cuando dos personas comparten un mismo punto de vista, suelen compartir también una misma postura. Cuando una persona está a punto de cambiar de opinión, probablemente emitirá una señal reacomodando la posición de su cuerpo¹⁰²⁵.

La posición corporal puede expresar simpatía o desagrado. Cuando alguien se inclina ligeramente hacia adelante, probablemente simpatiza con la persona con la que comparte ese momento; mientras que, cuando se echa hacia atrás, expresa que no le agrada. Hay posiciones que son incorrectas en ciertos contextos, como por ejemplo, recostarse en un contexto formal.

Cuando dos personas no han establecido una relación cómoda todavía, a veces se refleja en que se interrumpen mutuamente sin querer¹⁰²⁶. Interrumpir denota un intento de dominar. Las interrupciones son típicas en las discusiones, expresan impaciencia y hacen sentir insegura a la persona que tiene la palabra.

El lugar en el que se sienta una persona afecta su comportamiento, conduciéndola a adoptar un rol más o menos activo. Así, las personas que se sitúan en los extremos de una sala participan menos que las personas que están en medio. Hall, E. (1982). *The Hidden Dimension*. Nueva York: Doubleday Anchor Books. cfr. Heatherton, T., Kleck, R., Hebl, M., & Hull, J. (2000). *The social psychology of stigma*. New York: Guilford Press. cfr.

¹⁰²⁵ Cuando se reúnen cuatro o más personas, es corriente descubrir varios grupos de posturas distintos. Las personas que tienen más o menos el mismo estatus comparten una postura similar. William Condon estudió que el cuerpo de las personas se mueve al compás de su discurso y la persona que escucha también se mueve al compás del mismo. Por tanto, cuando dos personas conversan, están unidas por el ritmo. Davis señala que las emociones se contagian de manera no verbal y que, si dos personas hablan durante un tiempo, cada persona empieza a contagiarse de la emoción de la otra persona. Así, si una está de mal humor y otra de buen humor, a lo largo de la conversación puede ocurrir que la emoción de la persona alegre decaiga y que el estado de ánimo de quien está triste mejore. Condon, W. (1971). *Speech and Body Motion Synchrony of the Speaker-Hearer*. *Perception of Language*, 150–173. cfr. Schefflen, A. E., & Schefflen, A. (1972). *Body language and social order: communication as behavioral control*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall. cfr.

¹⁰²⁶ Davis señala que una de las formas en las que se manifiesta el estatus es en ser la persona que más habla en un grupo, por su parte, quien se lanza a hablar ansiosamente en cuanto se le da la oportunidad manifiesta ambición. Una vez que la conversación entre dos personas se asienta se alcanza un reparto del tiempo de habla, aunque es posible que una de las dos personas se vea obligada a aceptar ese reparto, ya sea porque piense que la otra persona habla mucho, o porque piense que habla poco. El contacto es otro elemento relacionado con el estatus, las personas de más estatus se sienten autorizadas a tocar el brazo o el hombro de las personas de menos estatus. Ese tacto se percibe como paternalista. Sin embargo, determinados colectivos marginados sienten aislamiento derivado de la falta de contacto. Esto lo sufren las personas ancianas, las personas enfermas y las que tienen discapacidad. Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. op. cit. cfr.

El caminar es, según Davis¹⁰²⁷, indicativo de carácter. De modo que la persona que camina con fuerza da impresión de ser decidida, y la que camina rápido parece agresiva o impaciente.

Ray Birdwhistell explica las características gestuales y espaciales de la persona que lidera un grupo. Señala que la persona líder habla bastante y con decisión, interrumpe a menudo, y sus gestos son vigorosos y animados. Su actitud suele mostrarse relajada, con la cabeza levantada y expresión seria¹⁰²⁸.

Para comenzar una interacción comunicativa es necesario ver que la otra persona nos está prestando atención, que dirige su cabeza o su cuerpo hacia nuestra persona y que nos mira de vez en cuando. Cada persona necesita de la otra una respuesta no verbal mientras habla, una mirada relativamente fija y ciertas pautas de comportamiento que consisten en movimientos de asentimiento con la cabeza, reacciones faciales adecuadas y tal vez ciertos murmullos de aprobación¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. op. cit. cfr.

¹⁰²⁸ Es la persona a la que más miran todas las presentes. El resto de las personas demuestran sumisión bajando la cabeza y sonriendo nerviosamente. Cuando la líder mira, el resto de las personas bajan la mirada y la persona líder tiene mayor espacio ocular y una mayor burbuja personal. Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. op. cit. cfr.

¹⁰²⁹ En una conversación las expresiones no verbales regulan los turnos de palabra, eso permite que haya pocas interrupciones o silencios incómodos y prolongados. Esos gestos consisten en que la persona que habla mira a la persona interlocutora y aparta la mirada brevemente a intervalos; cuando llega al final de lo que quería decir, mira a la persona interlocutora durante un lapso más prolongado que indica a la otra persona que puede tomar la palabra. Pero esa no es la única señal de que se cede la palabra, dado que normalmente las personas indican que han terminado pronunciando alguna frase estereotipada que se caracteriza por transmitir cierta indefinición. Además, al final de la intervención, el tono de voz se eleva (como si preguntase) o baja. Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. op. cit. cfr.

4. RITUALES JURÍDICOS

En su obra *Law in the courts of Love*, Goodrich¹⁰³⁰ señala que el uso de los tópicos, imágenes y alegorías está vinculado al carácter ritual del derecho. Explica que el derecho, en la época clásica, exhibía sin ambages dicho carácter ritual, pero aún hoy lo posee. El discurso jurídico adopta un carácter litúrgico que le otorga legitimidad por medio de la memoria y del sentido de comunidad. Tanto el texto jurídico como el ritual y el lugar ceremonial en el que se desenvuelven los procesos han gozado siempre de un aura de simbolismo y santidad.

El carácter místico del derecho fue transmitido al occidente medieval a través de la recepción del derecho romano. Cuando el derecho se secularizó tomó esa tradición de fórmulas y textos que encontraban su base en la prioridad de una fuente invisible o espiritual. El derecho medieval se entendía en un sentido de penitencias y confesiones, de inocencia o culpabilidad. Así se instituyó la creencia en el poder del derecho, que estaba conectado con la transformación del alma, con la manipulación y el control del deseo¹⁰³¹.

Peter Goodrich, en *Specula Laws*, señala que, antes de la modernidad, los manuales de derecho contenían ilustraciones y alegorías que proporcionaban carácter visual a los conceptos jurídicos. Esto permitía que en los juicios el discurso evocara la reminiscencia de esas imágenes expresivas. Todo ese simbolismo jurídico hacía del juicio un momento litúrgico. Incluso el texto de las normas tenía ese aura de simbolismo y santidad (cuya función era fascinar a las personas destinatarias y atraerlas hacia el orden); pero el texto normativo podía dissociarse del aura sagrada del ritual, del lugar ceremonial del juicio, donde ese texto descansaba¹⁰³².

El juicio fue siempre un ritual de tránsito, un momento en el que las tres Moiras, de las que hablara Platón, anuncian aquel destino del que no se puede escapar y que conecta la narración de la vida con un sentido último. El derecho romano fue un lugar

¹⁰³⁰ Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. op. cit. p. 109.

¹⁰³¹ Ibid. p. 127

¹⁰³² Ibid. p. 108

de autoridad y razón, que nos situaba genealógicamente en la familia, entendida como destino que otorga a cada persona un lugar en el mundo y que nos conecta con el pasado anterior al nacimiento y con el futuro posterior a la muerte. Tal vez sea el derecho romano el ejemplo más conocido del componente eminentemente ritual del derecho. Las Doce Tablas eran memorizadas literalmente por las personas abogadas. No podía cambiarse ni una sílaba, y un error en una letra era susceptible de prisión. Las palabras se consideraban llenas de simbolismo, sagradas y la tarea de la abogacía era interpretar ese derecho, adaptándolo a las necesidades y encontrando nuevos sentidos sin tocar ni una letra¹⁰³³.

La invocación medieval al honor forma parte de ese antiguo ritual, pues apela a un derecho inmemorial. El silencio del tribunal expresa, según Goodrich, toda una iconografía de su poder para definir el destino y el sentido de la vida narrada. Cuando la respuesta final es el silencio, el derecho condena a la expulsión de la comunidad simbólica¹⁰³⁴.

Pretender el olvido de estos aspectos místicos y estéticos del derecho supone, en opinión de Goodrich, una práctica de disimulación, de una creencia (paradójicamente, una fe) en el carácter científico, inmutable y ahistórico del derecho.¹⁰³⁵

Costas Douzinas y Lynda Nead consideran que fue en la época de la reforma de la Iglesia y los conflictos religiosos, con el consiguiente radicalismo, cuando el derecho trató de purgarse de imágenes. Las imágenes se consideraban fuentes potenciales de corrupción de la fe unívoca que propugnaban las Iglesias. La lógica se elevó como único método de la ciencia del derecho y aún hoy la hermenéutica judicial es observada con suspicacia debido al temor a la pluralidad de significados e interpretaciones, a lo diverso, lo local. El derecho, a partir de la reforma, se purga de pensamientos impuros y el texto de las leyes se vuelve aséptico, evitando el uso del lenguaje visual.

¹⁰³³ Ibid. p. 135

¹⁰³⁴ Ibid. p. 109

¹⁰³⁵ La idea científica del Derecho, que olvida la historia y el ritual, no es algo nuevo. El jurista del siglo XII Placencio, en el *Sermo de Legibus*, poema satírico, oponía el derecho como ciencia de Justiniano a la creatividad de la juventud. La visión científica del Derecho es destructora de la vida, idolatría de los textos, pedagogía de la privación, legalismo miope, literalista, glosatorial y ascético. La visión científica del Derecho es, en opinión de Placencio, abstracta en su creencia en el dominio de reglas puras. Ibid. p. 127

El temor a los ídolos se evidencia en la renuncia a la retórica y a las imágenes en la teoría del derecho. La razón debe mostrarse sola, sin la contaminación de la elocuencia, la pasión, la casuística. Pero, a pesar del temor a las imágenes, el derecho no logró desprenderse de ellas. Mientras prohibía unas, se apoderaba de otras. La reforma trajo también espectaculares y vistosos rituales. El proceso jurídico deviene un ritual, un teatro. El poder de las imágenes sobrevivió en las salas de justicia, en los adornos, la parafernalia teatral del proceso, y en las imágenes de la justicia que adornan los edificios públicos¹⁰³⁶.

Uno de los más conocidos estudios sobre el carácter ritual del derecho es el del realista Karl Olivecrona, en su obra *Lenguaje jurídico y realidad*. En esta obra, el autor señala que en las operaciones jurídicas más corrientes, como una compraventa o un matrimonio, hay elementos rituales que pasan inadvertidos. Estos elementos expresan el inmemorial carácter ritual del derecho que nunca desapareció del todo¹⁰³⁷¹⁰³⁸.

Olivecrona explica que cuando firmamos un contrato surgen derechos y obligaciones para las partes. Hägerström reflexiona sobre lo que significa tener un derecho: psicológicamente la idea de poseer un derecho respecto a algo implica un sentimiento de poder, y la idea de estar obligado a algo genera un sentimiento de estar

¹⁰³⁶ Douzinas, C., & Nead, L. (1999). Introduction. In *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. op. cit. p. 9

¹⁰³⁷ Olivecrona, K. (1968). *Lenguaje jurídico y realidad*. op. cit. p. 8.

¹⁰³⁸ A partir de la firma de un contrato surgen derechos y deberes nuevos, Olivecrona se pregunta: ¿de dónde emana ese poder del derecho que permite el tránsito hacia una nueva distribución de roles?; para el iusnaturalismo ese poder emana de la voluntad de las partes y para el positivismo del deber garantizado por el estado.

Olivecrona señala que, si fuera el deber la fuente del poder del derecho, el elemento central de un derecho serían las medidas coactivas que sufrirían aquellas personas que violasen mi estatus (por ejemplo, las consecuencias penales que tendría quien vulnerase mi integridad corporal).

Sin embargo, Olivecrona considera que un derecho existe (y no solo potencialmente) aunque nadie lo viole. Hägerström dio una respuesta a este problema a la que se adhiere Olivecrona: el poder del derecho es un vestigio del pensamiento mágico que hace que sintamos que, después de participar en un determinado ritual jurídico, poseemos un nuevo estatus. Los rituales jurídicos transforman la realidad. Por ejemplo, pasamos de ser personas solteras a ser personas casadas. Es posible que la nueva situación nos habilite a ir a los tribunales en determinadas circunstancias, pero independientemente de futuras eventualidades, nuestro nuevo estado civil existe desde el momento en que se produce el matrimonio.

El poder del derecho no consiste en sus garantías jurídicas, ni en lo que aparece escrito en una norma. El derecho transforma la realidad porque logra hacernos sentir que algo ha cambiado durante el ritual legal. A partir de dicho ritual, la persona se siente imbuida de nuevos poderes que le permiten, por ejemplo, hacer uso de la cosa que acaba de comprar. Ese poder no tiene ningún origen concreto, sino que surge en el ritual y se adentra en nuestros sentimientos, configurando nuestra identidad. La autoridad del estado se limita a prestar su ayuda para hacer que esa fuerza, en la medida de lo posible, se haga realidad. Pero esa fuerza existe antes de que se le preste esa ayuda. Lo mismo ocurre en lo relativo al deber jurídico, su existencia no requiere que ocurra ningún hecho posterior al ritual en el que surgió. Ibid. p. 13, 20 y ss

bajo presión. Estos sentimientos generan la idea de que existen poderes y vínculos reales.

Históricamente las ideas de derechos y obligaciones son explicadas como derivaciones de ideas primitivas de poderes y vínculos sobrenaturales que podrían ser establecidos y manipulados por medios mágicos. El *ius civile* romano era un sistema de reglas para adquirir poderes sobrenaturales, ya que todos los antiguos actos jurídicos eran actos mágicos¹⁰³⁹.

Olivecrona señala que ninguna persona profesional del derecho reconocerá que su idea de un derecho subjetivo es la de un poder misterioso, y las personas que se dedican a los negocios no perciben su trabajo como un intercambio de poderes mágicos. No concebimos la bolsa como compraventa de poderes misteriosos, ni pensamos que hacemos un acto de magia al comprar un periódico en la calle. Es evidente que no pensamos en poderes y lazos misteriosos.

La expresión “derecho subjetivo” es una fórmula hueca que no expresa ninguna noción. La ilusión de un poder proviene de un sentimiento de poder. Ello no implica que constantemente sintamos ese poder. Tal sentimiento se presenta solo en ocasiones especiales, como en las ocasiones de conflicto¹⁰⁴⁰.

Cuando decimos que existe un derecho, según Olivecrona, lo que estamos diciendo es que hay una realidad suprasensible, que surgió a raíz de un ritual, y que las acciones de los tribunales de justicia deben tener como objetivo hacer concordar a las situaciones reales con ese derecho en caso de que alguien lo viole¹⁰⁴¹.

Ese elemento místico se pone de manifiesto en el lenguaje jurídico. La teoría del derecho ha reflexionado mucho sobre la peculiaridad de las expresiones jurídicas, muchas de las cuales responden en lo que Austin denominaba “expresiones realizativas”. Por ejemplo, pensemos en una funcionaria que al asumir su cargo dice: “sí, juro cumplir con todas las obligaciones inherentes al mismo”, podemos imaginar también a un señor que dice: “lego mi reloj a mi hermano”.

¹⁰³⁹ Ibid. p. 26

¹⁰⁴⁰ Ibid. p. 30

¹⁰⁴¹ Ibid. p. 56

Reconocemos inmediatamente la forma de lenguaje que se utiliza por lo general en promesas, contratos, testamentos y otros tipos de negocios jurídicos. Tales expresiones no son utilizadas para relatar hechos, no describen nada, su propósito es establecer una nueva relación jurídica. Derechos y deberes son establecidos mediante contratos, el derecho propiedad se transfiere, se constituye una sociedad, una persona inmigrante de un país extranjero es nacionalizada, una persona es designada profesora. Por consiguiente, derechos, deberes y calidades jurídicas son creados, cambiados y suprimidos mediante la formulación de estas frases.

Se considera que estas frases no son efectivas en cualquier circunstancia. Es necesario observar ciertas condiciones. Las palabras de un nuevo funcionario tienen que ser pronunciadas durante el acto de asunción del cargo, si se pronuncian en cualquier otra ocasión son consideradas sin efectos jurídicos, el contrato tiene que ser concluido entre personas mayores de edad que no estén afectadas por incapacidad mental, etc. Se considera que estas frases tienen el efecto deseado solo cuando son pronunciadas en una situación de tipo especial, a menudo la persona que las pronuncia debe ocupar una cierta posición dentro de la organización social¹⁰⁴².

El lenguaje es el elemento central de un ritual mágico en el que surge una nueva realidad jurídica. Olivecrona señala que, aunque la palabra “magia” resulte sorprendente, estamos ante una propiedad no física que surge por el hecho de pronunciar algunas palabras. En un sentido metafórico, esto podría ser llamado “magia”.

Olivecrona señala que Hägerström hablaba de magia donde ahora otras personas hablan de expresiones realizativas. En este sentido, comprar manzanas en la frutería es un acto de magia. Hägerström escribió sobre el derecho romano y ofreció una prueba abundante de que las transacciones jurídicas del *ius civile* tenían el carácter de actos mágicos. Probablemente eso ocurriese en todas partes con las transacciones jurídicas. En los primeros documentos jurídicos de los que quedan vestigios, los actos jurídicos eran actos mágicos¹⁰⁴³.

Olivecrona considera que este es un hecho de gran importancia para la comprensión de nuestro lenguaje jurídico. En su origen el lenguaje jurídico era el

¹⁰⁴² Ibid. p. 40

¹⁰⁴³ Ibid. p. 41

lenguaje de la magia y dicho lenguaje ha conservado su forma hasta el presente. Hablamos como si creásemos efectos invisibles con simples palabras. Pero sería erróneo rechazar, por esta razón, a ese lenguaje como si careciese de sentido, pues el lenguaje jurídico tiene gran utilidad social.

Olivecrona pone un ejemplo (de Austin) que resulta muy instructivo sobre el modo en el que un ritual crea una nueva realidad: al inaugurarse un nuevo barco, la mujer del presidente de la compañía naviera rompe una botella de champán contra la proa del barco diciendo: “bautizo a este barco con el nombre de Queen Elizabeth”. A partir de ese momento, todo el mundo está de acuerdo en que ese barco se llama Queen Elizabeth. Pero supongamos que en el último momento un obrero se adelanta, toma la botella y la rompe contra el casco diciendo: “Bautizo a este barco con el nombre de Generalísimo Stalin”. Se consideraría entonces que la ceremonia de bautismo no ha sido realizada.

Olivecrona se pregunta, ¿cuál es la diferencia? En ambos casos se ha pronunciado una oración realizativa con referencia al barco, sin embargo en el primer caso se considera que ha sido formulada de la manera adecuada. Si la mujer del presidente, siguiendo la ceremonia acostumbrada, ha pronunciado la oración que da nombre al barco, todo el mundo está de acuerdo y llama al barco por este nombre. En el otro caso, esto no sucede. El bautismo del barco por una persona no designada para realizar esta tarea es considerado como un ultraje y la gente no lo tiene en cuenta¹⁰⁴⁴.

La diferencia, por consiguiente, reside en el efecto que las palabras tienen sobre las demás personas. La gente está preparada para aceptar y utilizar sin la mayor reflexión el nombre dado por la mujer del presidente. Esta disposición es la consecuencia del predominio de una cierta costumbre con respecto al bautismo de los barcos. La costumbre está enraizada en consideraciones prácticas: es conveniente que los barcos posean nombres que sean universalmente reconocidos. Los intentos de bautizar un barco fuera de las reglas de la costumbre son mal vistos y aun recibidos con hostilidad.

¹⁰⁴⁴ Ibid. p. 43

El ejemplo es instructivo porque muestra los elementos del ritual: una designación de una persona para realizar un acto (ritual), una ceremonia destinada a llamar la atención con respecto al acto y exaltar los sentimientos de los asistentes, y una oración realizativa que es núcleo del acto. El efecto de este acto es psicológico, depende de que la gente esté acostumbrada a responder frente a ese ritual¹⁰⁴⁵.

Consideremos ahora el acto del matrimonio. Hay ceremonias centradas en palabras realizativas que tienen por objeto transformar a dos personas en cónyuges. El efecto es instantáneo y uniforme. Todo el mundo está de acuerdo y considera que ambas personas están casadas. En virtud de ello quedan socialmente clasificadas de una manera diferente. Esto implica un gran número de consecuencias sociales y jurídicas. Con el lazo del matrimonio no se crea ningún lazo místico, sino que la nueva realidad consiste en un cierto tipo de emplazamiento en el contexto social que depende de la acción uniforme de la gente con respecto a la ceremonia del casamiento. Si se suprime esta reacción, las palabras realizativas se vuelven vacías.

Si las palabras realizativas del acto son pronunciadas en el teatro o en broma, o por alguna persona que no sea la indicada, o en circunstancias no adecuadas, se considera que no se ha celebrado un matrimonio real. Se dice que el acto es nulo, que lo que significa en realidad es que las oraciones pronunciadas fuera del contexto regulado no son tenidas en cuenta.

Lo que subyace detrás de los rituales que regula el derecho son los valores que la comunidad ratifica por medio del ritual, como por ejemplo, el valor de la estabilidad de la familia. Los efectos del acto son los que pueden tener lugar por acción de los tribunales o de otros organismos estatales. Estos efectos son reales y dependen de la efectividad psicológica de las reglas. Se llevan a cabo porque los órganos del estado se sienten obligados por las reglas y las aplican cuidadosamente¹⁰⁴⁶.

En la antigüedad los actos jurídicos eran muy formales. La ceremonia debía ser realizada exactamente y pronunciando las palabras precisas. La menor irregularidad, entre los romanos, anulaba el acto: la magia no producía sus efectos. Gradualmente se han ido reduciendo los requisitos formales. En amplios ámbitos el derecho no prescribe

¹⁰⁴⁵ Ibid. p. 44

¹⁰⁴⁶ Ibid. p. 47

forma alguna; pero, incluso en estos casos es necesario que la gente considere que, sea cual sea su forma, el ritual se ha realizado correctamente¹⁰⁴⁷.

Martínez García¹⁰⁴⁸ reflexiona sobre este carácter “mágico” del derecho. El derecho, señala dicho autor, posee reglas constitutivas¹⁰⁴⁹, que definen las instituciones jurídicas y que crean un contexto convencional en el que es posible una práctica dotada de sentido.

La capacidad configuradora del lenguaje jurídico se pone de manifiesto con la noción de las expresiones realizativas, porque en ellas decir algo supone hacerlo. Kelsen sostuvo, en este sentido, que el derecho se asemeja al rey Midas porque, al igual que lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a lo que el derecho se refiere se vuelve jurídico¹⁰⁵⁰. El derecho, sostiene, Martínez García¹⁰⁵¹, es capaz de crear realidades, de tejer redes de relaciones, de atribuir cualidades que no representan nada, fabricadas de lenguaje.

Peter Winn¹⁰⁵² continúa esta línea de reflexión de Olivecrona. El autor resalta el hecho de que hoy aceptamos sin problemas que el derecho romano y, en general, el de las sociedades preindustriales tenía un importante componente ritual y ceremonial. Sin embargo, nos cuesta reconocer que el derecho actual también tiene componentes rituales.

Tanto el derecho preindustrial como el moderno utilizan fórmulas y palabras concretas que generan consecuencias jurídicas. A menudo se piensa que el derecho contractual moderno se basa más en las intenciones que en formalidades ritualistas y que los pocos elementos rituales que quedan son vestigios del pasado, pero Winn afirma que la ritualidad es una característica propia del derecho de cualquier tiempo y que

¹⁰⁴⁷ Ibid. p. 47

¹⁰⁴⁸ Martínez García, *La imaginación*. op cit. p. 45.

¹⁰⁴⁹ Searle, *Actos de habla*. op. cit. p. 44. Dicho autor distingue las reglas constitutivas de las regulativas, que son las que se limitan a regular una actividad preexistente, cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas.

¹⁰⁵⁰ Kelsen, H. (1983). *Teoría Pura del Derecho*. México: Unam. p. 284.

¹⁰⁵¹ Op. cit. p. 47.

¹⁰⁵² Winn, P. (1992). Legal Ritual. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 401-442). Nueva York: Peter Lang Publishing. p. 401

muchos elementos rituales tienen origen contemporáneo, de modo que no son residuos de ningún derecho más antiguo y más irracional¹⁰⁵³.

Según la noción antropológica, un ritual es un ceremonial de paso, como el del nacimiento, el matrimonio y la muerte. Es un conjunto de acciones simbólicas, grupales y repetitivas, que están de acuerdo con costumbres humanas y que orientan la vida humana. Los rituales tienen poder para ordenar y crear las instituciones sociales humanas¹⁰⁵⁴.

La visión científica que prima en las sociedades modernas nos impide ver el papel que los rituales, desprovistos de connotaciones religiosas o místicas, desempeñan en el derecho actual y en su objetivo de lograr cohesión social¹⁰⁵⁵. A pesar de que la modernidad repudió el carácter ritual del derecho, dio lugar a nuevos rituales. Incluso las formas contractuales más recientes implican rituales.

Winn sostiene que lo relevante de los actos de habla performativos de Austin¹⁰⁵⁶, como la expresión “sí, quiero” en una ceremonia de matrimonio, es que las palabras no son una mera intención de aceptar, sino que crean el matrimonio. Del mismo modo, “yo prometo” no es algo que se nos ha pasado por la cabeza, sino que constituye una promesa en sí misma. Cuando introducimos estas palabras en determinado contexto ceremonial la persona hablante altera su estatus y sus obligaciones en la sociedad. Estas palabras son acciones simbólicas y no meras expresiones de pensamientos e intenciones¹⁰⁵⁷.

La importancia del ritual puede superar a la de la intención, de modo que la promesa de una persona mentirosa puede ser invocada contra ella si fue hecha en el contexto ritual de un contrato. Es el ritual y no la intención de las partes lo que crea la obligación.

¹⁰⁵³ Ibid. p. 402

¹⁰⁵⁴ Ibid. p. 403

¹⁰⁵⁵ Los rituales son eventos con significados complejos, es decir, que los valores que subyacen tras ellos son ambiguos, e incluso contradictorios entre sí. Por eso los rituales logran crear amplia solidaridad social y aceptación. Las ceremonias rituales pueden contener las contradicciones de la sociedad. Esta es la causa por la que, sostiene Winn, el ritual tiene gran poder para permitirnos comprender el orden social en el que vivimos. Ibid. p. 407

¹⁰⁵⁶ Austin. *Cómo hacer cosas con palabras*. Op.cit.

¹⁰⁵⁷ Ibid. p. 405

Un ritual no es un texto escrito, no es la norma que lo regula. Un ritual es un evento, algo que se hace y que solo existe en la acción concreta de un grupo de personas. Si se producen las formas adecuadas, el ritual se completa. Con frecuencia las formas del ritual no están reguladas por normas escritas, sino por costumbres sociales¹⁰⁵⁸.

Encontramos rituales en los lugares más insospechados. Por ejemplo, un ritual es la constitución de una sociedad mediante el otorgamiento de un nombre, la reunión de un número de personas, el voto, la firma, etc. Aparte de ese ritual nada ha cambiado en el mundo, la empresa real sigue empleando a la misma gente para vender lo mismo. Pero a partir del ritual la empresa podrá continuar más allá de la muerte de sus fundadores y los managers locales podrán identificarse con la empresa al usar el logo corporativo, lo que hará que prime la institución sobre la individualidad. A través del ritual la sociedad cobra vida independiente¹⁰⁵⁹.

Winn explica que los rituales pueden modificar el comportamiento de la ciudadanía despertando muy poca oposición. Los rituales alteran y definen los derechos y deberes de las personas en la sociedad. No son políticamente neutrales y tienen una relación íntima con la ideología de la sociedad. No solo pueden limitar el conflicto y encauzar la contradicción, sino que pueden transformar el conflicto en reafirmación de ciertas estructuras sociales y valores.

Los rituales han sido acusados de ser una fuerza conservadora en la sociedad. El marxismo los ha criticado por esta razón, los rituales jurídicos son soportes necesarios de la ideología existente. Por ejemplo, un mínimo error técnico, el error en un nombre, un cambio en un escrito, puede echar por tierra la fuerza jurídica de la más excelente evidencia. Un nombre, una fecha incorrecta, o una calificación jurídica inapropiada. Todo ese formalismo absurdo es ideología¹⁰⁶⁰.

Es cierto que los rituales jurídicos son necesarios para mantener el respeto al sistema jurídico, pero su papel no es solo ese. Por supuesto los rituales han sido usados para sostener sociedades extremadamente represivas, y pueden usarse también para

¹⁰⁵⁸ Ibid. p. 410

¹⁰⁵⁹ Ibid. p. 411

¹⁰⁶⁰ Ibid. p. 417

acabar con oponentes al régimen y con puntos de vista disidentes. Pero es un error, señala Winn, asumir que un ritual es necesariamente conservador¹⁰⁶¹.

A veces un ritual puede ser un instrumento del cambio o de destrucción de una determinada ideología. Los rituales también pueden humanizar la sociedad mediante su poder transformador. Un ejemplo de ritual con efecto humanizador es el del protocolo estadounidense “Miranda”¹⁰⁶², que prescribe a la policía que cuando detenga a una persona hay que recitar inmediatamente que está bajo arresto, que tiene derecho a guardar silencio, que cualquier cosa que diga puede ser utilizada en su contra, que tiene derecho a la asistencia de una persona abogada y que si no puede costárselo se le otorgará uno de oficio.

Como ritual legal “Miranda” tuvo un gran alcance humanizador. En primer lugar el ritual sirvió para subordinar simbólicamente a la policía y a los tribunales locales a la Corte Suprema y a la Constitución. Además modificó la relación entre la policía y la ciudadanía. La administración de “Miranda” impuso una especie de distancia terapéutica entre las partes, disminuyendo la tensión del arresto y humanizando a las partes envueltas¹⁰⁶³.

“Miranda” es efectivo en parte por su fuerza dramática. Va contra los intereses de la policía, interesada en la investigación de los hechos, y no en decir a la persona detenida que no hable. También es un ritual de paso por el que la persona acusada pasa de la libertad a la custodia policial. “Miranda” ha sido un ritual que se asocia desde entonces en la mente del público a una parte constitutiva de un arresto válido.

Un ejemplo de ritual jurídico con efecto opresivo es el de los contratos de adhesión. La gran mayoría de las transacciones económicas son realizadas de este modo

¹⁰⁶¹ Ibid. p. 418

¹⁰⁶² En los años sesenta y setenta la sociedad estadounidense tuvo una lucha por derechos civiles de las personas negras y de otros colectivos, y se dio una contraposición de valores entre los miembros jóvenes de la sociedad y las personas mayores, que ocupaban posiciones de autoridad. La policía se asoció rápidamente con las fuerzas conservadoras hostiles al cambio y se difundió la imagen de la policía como un cuerpo que obtenía confesiones bajo coacción.

El Tribunal Supremo tomó una decisión para limpiar la imagen de la policía, que fue la decisión “Miranda”, que prescribía a la policía que tenían que recitar los derechos de la persona detenida. Si no se daba esta información no se podía tomar ninguna evidencia del interrogatorio contra la persona acusada. Miranda no funcionó para limpiar la imagen de la policía porque se consideró un intento de lavado de imagen. Ibid. p. 420

¹⁰⁶³ Ibid. p. 420

en las economías industriales gobernadas por grandes empresas que realizan transacciones económicas con cientos y miles de personas. Los contratos con modelos estandarizados son un elemento que nos permite comprender tal sociedad¹⁰⁶⁴.

El derecho contractual es legitimado sobre la base del consentimiento, pero la realidad del mercado es que casi nadie lee los documentos. Las obligaciones de los contratos de adhesión son vistas como auto-imposición, aunque se firman sin poder real de negociación.¹⁰⁶⁵

Una teoría del contrato basada en el consentimiento tiene cierto aire de irrealidad. Una firma en uno de estos contratos no supone un acuerdo real con sus contenidos. Los contratos, en general, son rituales jurídicos o ceremonias. La formación de un contrato es materia de convenciones que operan mecánicamente, sin atención real a las intenciones. En los contratos de adhesión, su carácter ritual, repetitivo y automático resulta evidente¹⁰⁶⁶.

Los contratos de adhesión, incluso cuando son resultado de algún tipo de negociación activa, resultan ser exactamente fórmulas estándar en todos los aspectos significativos. Aunque las intenciones puedan estar presentes cuando se firma un contrato de adhesión, dicha intención no es realmente relevante para la formación del contrato. La importancia de dicha firma recae en un determinado contexto de intercambio económico¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ Ibid. p. 422

¹⁰⁶⁵ Aunque hay normas que regulan determinadas cláusulas abusivas, esto no resuelve el dilema de fondo de la legitimidad de un tipo de contratación que no se basa en el consentimiento. Los términos del contrato se imponen en la transacción de un modo en que ningún adherente puede prevenir, a menudo en pro de la gran empresa y a expensas del individuo. La obligatoriedad de la forma estándar del contrato se justifica en términos del principio de libertad contractual. Es normal que en una sociedad industrial se den los contratos predeterminados. La concentración del poder económico en pocas manos da lugar a contratos estándar. Ibid. p. 424

¹⁰⁶⁶ Ibid. p. 425

¹⁰⁶⁷ Winn explica que un contrato suele considerarse un símbolo de la libertad del individuo que es libre en sus relaciones económicas frente a la inferencia del Estado, el contrato es visto como un símbolo de la ideología de los derechos individuales. Por eso a veces se argumenta que los contratos de adhesión responden al principio de libertad contractual. Pero observamos que este principio es muy inconsistente con la realidad los contratos de adhesión y con la realidad de la economía de la sociedad industrial. Por tanto hay una contradicción entre la ideología individualista y la realidad social que revela el ritual del contrato. Las transacciones entre individuos no juegan un papel muy significativo en las sociedades industriales. Ibid. p. 427

En este epígrafe he resumido una serie de aportaciones teóricas relativas a un tema poco tratado, el del carácter ritual del derecho. Estas investigaciones aludidas refuerzan la idea de que el derecho no puede ser reducido a una ciencia, dado que una parte crucial de sus elementos son de índole estética. Los estudios sobre los rituales jurídicos perfilan una noción del derecho muy original. El derecho sería un conjunto de eventos de significado simbólico que distribuyen posiciones sociales (derechos y deberes). El derecho sería como un demiurgo que organiza la sociedad y cuyo poder se sustenta sobre los sentimientos de implicación y de identidad que es capaz de despertar. Según esta concepción, los rituales ponen de manifiesto valores comunitarios y pueden contribuir tanto a la emancipación como a la opresión. Los rituales jurídicos se sustentan, en última instancia, sobre la fe en su poder. Esto denota que la eficacia del derecho es difícil de controlar mediante el mero uso de la fuerza o mediante el despliegue institucional. Su sustrato es una ideología fluida, estética y emocional, que nace y muere con el flujo de las costumbres.

CAPÍTULO 8. REPRESENTACIONES SIMBÓLICAS Y NARRACIONES CONTRA EL PODER

1. DIÁLOGO O RUPTURA. DOS MANERAS DE CAMBIAR EL MUNDO

Como expuse en el marco teórico del presente trabajo la teoría crítica del derecho (*Critical Legal Theory*), en los últimos años, ha protagonizado un “giro estético”. Como consecuencia de dicho giro, la teoría crítica no solo cuestiona las estructuras socio-económicas del poder, sino también los aspectos visuales y lingüísticos que constituyen la dimensión simbólica del mismo. Y es esta atención por lo comunicativo donde la teoría crítica del derecho podría encontrarse con la teoría de la argumentación jurídica, aportando a esta un nuevo enfoque cargado de compromiso político.

Este “giro estético” ha sido consecuencia de la incorporación de los conceptos de las filosofías postmodernas, que se han sumado a las bases marxistas y psicoanalíticas de la teoría crítica del derecho primigenia. Por ello, las críticas que ha recibido la apuesta estética de la teoría crítica apuntan hacia algunos puntos clave, que son los grandes retos de la filosofía postmoderna. Así, señala Adam Gearey¹⁰⁶⁸, en una muestra de autocrítica, que el movimiento propone una revolución de los imaginarios y estereotipos que perpetúan el poder, pero no aclara cuál será el papel del derecho tras la revolución de los imaginarios. Por ejemplo, la teoría crítica no propone sustituir un derecho capitalista por otro postcapitalista.

La teoría crítica afirma que el derecho está formado por estereotipos culturales que atrapan a las personas y, por ello, quiere acabar con ese régimen de imágenes que mantiene los prejuicios opresores (por ejemplo, los prejuicios de género, de clase social, o contra colectivos marginados), pero no logra responder a la pregunta de ¿sería posible

¹⁰⁶⁸ Adam Gearey; *Law and Aesthetics*, Hart Publishing, Oxford, 2001. p 33.

un derecho sin ideas contaminadas? Las imágenes son esenciales para el mantenimiento de un sistema de opresión, pero ¿cómo pueden esas imágenes ser contestadas?¹⁰⁶⁹

Desde la teoría marxista o freudiana tradicional resulta imposible dar respuesta a esta pregunta. Si las imágenes nos constituyen en nuestros deseos y expectativas ¿cómo escapar de la opresión de género o de raza? Si no existe un “fuera del sistema” ¿cómo criticarlo y subvertirlo?, ¿es posible alcanzar una conciencia crítica pura desde la que realizar una crítica y una ruptura de las estructuras que nos constituyen? Las teorías clásicas no permiten formular un derecho de ideas no contaminadas.

El reto del movimiento, tras el que subyacen las críticas a su falta de una utopía política definida, es eminentemente estético. Gearey propone que hemos de salirnos por un momento de la interpretación psicoanalítica de la imagen y, al modo nietzscheano, auto observarnos como obras de arte, como lienzo sobre el que crear algo nuevo y emancipador.

Según Gearey, el derecho se corresponde con el orden simbólico que refleja los deseos, prejuicios e identidades de la población. Este orden no sobreviviría si la sociedad no amase dicho orden simbólico. Si el derecho se corresponde con lo que pensamos como sociedad ¿cómo transformarlo?, ¿cómo modificar nuestros propios deseos y prejuicios para crear una sociedad más igualitaria y solidaria?

Gearey sostiene que es necesario salirse del modelo psicoanalítico de análisis para ver que las relaciones humanas reguladas por el derecho y que dan lugar al derecho, están en permanente transformación. Esto permite ver que existen posibilidades alternativas, imágenes distintas a las que el derecho proyecta. Existe una distancia entre la regulación jurídica efectiva y el marco de deseos y de identidades que la población posee.

Considero que la tesis de Gearey aporta dos proyectos esperanzadores para la teoría crítica del derecho. El primero sería la aspiración a generar imágenes que reduzcan esa ruptura entre el derecho y la gente, y que incorporen lo anormal, lo excluido, para dar lugar a un derecho menos opresor. Estos cambios se hacen especialmente factibles en los momentos de incertidumbre social, en los que la

¹⁰⁶⁹ Ibid. p. 33.

racionalidad dominante con su conjunto de imágenes, es cuestionada. El segundo proyecto sería la aspiración a construir un discurso alternativo y orgulloso de su oposición al sistema, dirigido más a quebrar el *statu quo* opresor que a reformarlo. La construcción de nuevos imaginarios sería, desde este segundo punto de vista, el único modo de romper, no solo con las cadenas externas, sino con las internas (las que configuran la identidad personal).

Gearey sostiene que la estética es una energía que permite reconstruir la propia identidad y transformar las relaciones sociales. Nos aporta el coraje para fabricar una ética, para determinar nuestro carácter y nuestros valores. Este es el Nietzsche que Gearey reivindica, el que nos alerta contra las situaciones que nos dejan como muertos y decaídos, porque esos estados constituyen la negación de nosotros mismos. Eso nos ofrece una guía para determinar lo que queremos preservar de la sociedad y lo que queremos rechazar.

El individuo (por ejemplo, una abogada activista) puede empoderarse y crear su propio código de valores. Lo relevante no es si dichos valores coinciden o no con las leyes, sino si el individuo ha asumido su responsabilidad ética y creativa intransferible ¿se ha planteado esta abogada qué persona quiere ser y qué pretende lograr con su trabajo?, ¿se ha planteado qué piensa de la norma, o del estereotipo de género consagrado en una determinada sentencia judicial?

El individuo no perderá la sensación de alienación hasta que no asuma su tarea creativa. Pero si se trata de una responsabilidad estética individual, si no podemos tomar a las imágenes sociales establecidas como guía ¿cómo nos aseguramos de que la persona abogada ejerce su tarea de manera constructiva, y no de manera egoísta? Puede ser terrorífica la figura de esta persona desafiante, que sitúa su juicio moral por encima de las leyes. Puede aterrorizar la figura de un juez arbitrario y carismático, que se cree la vanguardia del cambio social.

Nietzsche hablaba de dos dioses, que serían dos tipos de artista del derecho, Apolo y Dioniso. Dioniso destruye las leyes sociales y se guía por sus propios deseos,

aunque sean violentos y antisociales¹⁰⁷⁰. Esta sería la persona abogada a la que nada importan las normas sociales, lo único que le importa es su lucro, su placer.

Apolo, el dios moderado, desea vivir con los demás, y asume la responsabilidad de sus representaciones. Apolo se basa en el autocontrol y en el conocimiento de sí mismo, se lee a sí mismo en términos normativos y éticos. Asume la responsabilidad de crear su propia ética. La tarea de la interpretación jurídica supone aceptar esta responsabilidad estética apolínea. Dialogamos con el texto en un proceso potencialmente infinito.

En este sentido, solo se puede ser una buena persona juzgadora o una buena abogada si se toma conciencia de que el propio trabajo es artístico, hermenéutico, de que ese trabajo configura quiénes somos y nos hace responsables. Una interpretación no es un trabajo deductivo que nos conduzca desde una premisa hacia una conclusión, sino que estamos forzados a elegir y valorar (establecer reglas). La persona intérprete ha de ser responsable de su propio trabajo¹⁰⁷¹.

Hay juristas que creen que la ética consiste en obedecer el sentido convencional de las normas jurídicas y que su propia libertad es inmoral. Para estas personas la libertad es caos y capricho, lo individual es demoníaco. Este tipo de profesionales perpetúan el orden actual de la vida social. Desde este punto de partida es muy difícil garantizar una salida jurídica a las situaciones de opresión, y las personas que actúan así son moralmente responsables de sus actos, aunque se nieguen a asumirlos.

La persona artista del derecho no decidirá de modo solitario. En Zarathustra Nietzsche resalta la importancia de la amistad. La persona creativa debe estar en un permanente diálogo consigo misma, configurando su carácter. Pero cuando la persona amiga entra al diálogo se aburre con tantas egocéntricas auto-reflexiones. La persona amiga aparece como enemiga, como un espejo imperfecto cercano pero no idéntico que aporta una riqueza imprescindible a la construcción del carácter ético. La persona amiga nos da la guerra necesaria para que del permanente diálogo que mantenemos con nuestra propia persona y con las circunstancias sociales salga algo realmente nuevo, y

¹⁰⁷⁰ Aunque también cabría un Dioniso benigno que busca la utopía de la reconciliación entre el mundo social de las normas y del mundo natural del placer.

¹⁰⁷¹ Ibid. p. 60.

que no nos quedemos atrapados en nuestro propio narcisismo¹⁰⁷². El diálogo, la creación, la vida, es constante y permanente, como un círculo en el que siempre estamos problematizando.

Un reto de la teoría crítica es el de buscar la coherencia sin exterminar las diferencias que no puedan ser asumidas, el reto consiste en no caer ni en el absolutismo interpretativo ni en la indeterminación absoluta. Es decir, hemos de aceptar que, por mucho que nos esforcemos en crear un derecho más comprensivo y más integrador, siempre habrá personas excluidas y marginadas que no se sentirán integradas ni representadas. Por mucho que aspiremos a una utopía solidaria en la que ninguna visión del mundo sea ignorada, habremos de aceptar que algunas personas nos percibirán como “el otro” y que adoptarán una legítima postura de confrontación.

Este reto es el que subyace tras varias de las críticas dirigidas contra la teoría crítica. Por un lado encontramos críticas que les acusan de tomar partida por un nihilismo de la confrontación, de adoptar una pose de culto a la incoherencia y al eterno inconformismo pesimista, de enemistarse con la racionalidad en el derecho y venerar la estética del absurdo sin dar lugar al diálogo ni a la búsqueda de soluciones sociales a problemas de colectivos marginados. Por otro lado, encontramos críticas que acusan a la teoría crítica de idealismo, de idear soluciones estéticas a problemas reales que solo funcionan en la imaginación, de idear soluciones integradoras que realmente no integran sino que intentan asimilar.

Estas críticas responden a un debate de fondo que existe dentro del movimiento de la teoría crítica entre dos corrientes postmodernas que lo inspiran: la deconstrucción y la hermenéutica. El debate entre la deconstrucción y la hermenéutica, dos de las grandes corrientes posmodernas es, sin duda, uno de los grandes debates de la filosofía contemporánea. Este debate continúa abierto. Podemos reflexionar sobre la cuestión recordando, con Luis de Santiago¹⁰⁷³ el encuentro que hubo en 1981 entre Gadamer, principal representante de la hermenéutica y Derrida, el más insigne representante de la deconstrucción.

¹⁰⁷² Ibid. p. 69.

¹⁰⁷³ DeSantiago, L. (1999). *Hermenéutica y deconstrucción: divergencias y coincidencias ¿un problema de lenguaje?* (C. Maillard, & L. DeSantiago, Edits.) *Contrastes , Estética y hermenéutica* (Suplemento 4), 229-248. p. 231.

Mientras que, en opinión de Gadamer, en cualquier disputa es posible y deseable alcanzar un consenso mediante el diálogo, Derrida consideraba que hay algo irresoluble en las diferencias. Mientras que Gadamer aseguraba, de modo optimista, que siempre hay que intentar comprender al otro para resolver el conflicto, haciendo uso de la tradición histórica y del humanismo compartido, Derrida defendía la necesidad de la ruptura con el pasado.

Rorty¹⁰⁷⁴ ejemplificaría esta tesis de la diferencia radical de Derrida con la afirmación de que “el hombre “normal” ve en el “anormal” un incapacitado – alguien más digno de lástima que de censura – y el “anormal” ve en el “normal” alguien que no ha tenido coraje para salir y que está muerto por dentro aunque su cuerpo siga viviendo, alguien más digno de ayuda que de desprecio”, y ese debate puede continuar indefinidamente, sin moverse ni un ápice hacia el consenso.

Gadamer acepta que la comprensión siempre es finita¹⁰⁷⁵ y que el diálogo es un proceso inacabable. Nunca se llega a la comprensión plena, pero sí se va avanzando, aprendiendo cosas nuevas del otro. La apertura hacia la comprensión, y un lenguaje común, posibilitan un diálogo fecundo.

Gadamer piensa que el mejor modo de superar los conceptos negativos es partir de lo que tenemos, es decir, buscar aquello que haga posible su superación y, más en concreto, superarlos desde dentro de la tradición, sin dejarla de lado. Para Gadamer, el modo es volver a los orígenes de los conceptos y rescatar la parte válida que ha sido olvidada, reconduciendo las figuras conceptuales gastadas a sus experiencias originales de pensamiento. Derrida, sin embargo, lo que quiere hacer es tomar un concepto como si fuese una máquina, desmontar esa máquina y hacer otra cosa con las piezas.

Para Derrida, Nietzsche es un ejemplo de este método, pues su escritura poética mantenía simultáneamente muchas identidades y máscaras, muchas perspectivas, sin renunciar a ninguna. Nietzsche no buscaba la comprensión, ni ningún tipo de verdad dialéctica, a diferencia de la obsesión hermenéutica por llegar a algún tipo de verdad consensuada. En Nietzsche toda identidad era ilusoria y ello posibilitaba crear cosas nuevas.

¹⁰⁷⁴ Rorty, R. (1996). *Consecuencias del pragmatismo*. (J. Cloquell, Trad.) Madrid: Tecnos. p. 232.

¹⁰⁷⁵ DeSantiago (1999). op. cit. p. 233 y ss.

Gadamer, sin embargo, considera que Derrida y Nietzsche también escriben para ser comprendidos y que también ellos usan el lenguaje corriente, los conceptos de occidente heredados de la tradición. El modo de escapar de las verdades absolutas que oprimen y petrifican, según Gadamer, es conversar, practicar el lenguaje vivo que se mantiene abierto. Según Gadamer, el diálogo da cabida a la diferencia tan celebrada por la deconstrucción, y respeta la pluralidad.

Gadamer acusa a Derrida de utilizar un lenguaje oscuro y difícil de entender, y señala que tal vez ello es una huida de cualquier tipo de coherencia o de lógica, para impedir cualquier posibilidad de construcción y cualquier acusación de hablar de viejos conceptos¹⁰⁷⁶.

Derrida concede que no podemos realizar una crítica completamente libre de postulados implícitos de aquello que se quiere criticar, todo corte radical se inscribe en realidad en el viejo tejido que se teje y desteje¹⁰⁷⁷.

En conclusión, observamos que ambas grandes corrientes de pensamiento posmoderno se enfrentan a retos en la tarea de ejercer una crítica socio-política. La hermenéutica, en su pretensión de comprender a todos los colectivos marginados y personas excluidas, tiene el peligro de que su mentalidad “comprensiva” termine absorbiendo a otros e imponiendo su propia mentalidad. El peligro de la hermenéutica sería el de la creencia ingenua en la posibilidad de un “nuevo escenario”, que se crea superador de las grandes contradicciones, de los prejuicios opresores, pero que en realidad seguirá siendo para mucha gente un escenario opresor.

Las personas partidarias de la hermenéutica pueden idealizar su deseado consenso, aunque admitan que todo consenso es “limitado”. La hermenéutica, como otras corrientes dialécticas contemporáneas, idealiza el diálogo democrático, como si el consenso resultante de un diálogo sincero ofreciese garantías de ser un buen consenso, y como si un diálogo sincero fuese algo posible.

Las personas partidarias de la deconstrucción, por su parte, pueden caer en el inmovilismo, en el pesimismo de que nada puede ser cambiado. Su intento poético de

¹⁰⁷⁶ Ibid. p. 247.

¹⁰⁷⁷ Ibid. p. 248.

mantener simultáneamente una cosa y su contraria puede dar lugar en la práctica a una actitud conservadora, a una pose subversiva de eterna insatisfacción que a la hora de la verdad no quieren cambiar nada porque no encuentra horizonte satisfactorio. La deconstrucción puede dar lugar a una huida al gueto más que a una lucha contra lo que oprime.

2. ESTEREOTIPOS Y ROLES SOCIALES EN LAS REPRESENTACIONES DEL DERECHO

El régimen de las imágenes

La relación del poder político con las imágenes es dual y conflictiva. Costas Douzinas¹⁰⁷⁸ explica esta dualidad a través de los conceptos de iconofobia e iconofilia. Ambas actitudes expresan la ansiedad del poder por controlar el potencial persuasivo de las imágenes, por detener los efectos negativos para el poder y fomentar los efectos positivos para el mismo. Hay dos momentos, uno de sombra y otro de luz. La iconofobia es el temor a las imágenes que cuestionen o pongan en peligro al poder institucional. La actitud iconofóbica¹⁰⁷⁹ da lugar a que la persona poderosa se esconda, a que se prohíba la exhibición de su imagen y se persiga a los que traten de visibilizar al poder. Esta actitud también hace que se transforme al poderoso en un ser misterioso e inaccesible, en un dios.

La iconofilia¹⁰⁸⁰ es la otra manifestación de ese afán del poder por controlar las imágenes. Si la iconofobia consiste en la condena de la imagen, la iconofilia consiste en

¹⁰⁷⁸ Douzinas (1999). op. cit. p. 52 y ss.

¹⁰⁷⁹ Douzinas, pone algunos ejemplos de iconofobia. En el antiguo Egipto los legisladores observaron que ciertos movimientos, tonos y representaciones artísticas eran dañinas para las personas jóvenes y legislaron una lista de estilos y formas aceptables. Esto afectaba a los pintores y a todos los que representaran los movimientos del cuerpo. Desde una perspectiva contemporánea los egipcios serían los primeros censores, pero también fueron los primeros en observar la influencia del arte sobre los usos y costumbres, repararon en que el arte posee importantes sociales efectos que pueden ser manipulados. El legislador griego siguió similares imperativos. Las leyes de Tebas mandaban a los artistas idealizar a los tebanos, con severos castigos para quienes los representasen feos. Los artistas que disfrutaban representando a las personas feas, eran condenados a la pobreza. Douzinas, C. (1999). *Prosopon and antiprosopon. Prolegomena for a legal iconology*. op. cit. p. 7

¹⁰⁸⁰ Douzinas, pone algunos ejemplos de iconofilia. El emperador Diocleciano, en la tercera centuria, introdujo en Roma un culto a su retrato, que se consideraba una forma de presencia simbólica del emperador. Los retratos se enviaban a todas las provincias y su imagen estaba en las salas de justicia, presidiendo todos los procedimientos judiciales. Como el emperador no podía estar presente ante todas las personas, era necesario poner una estatua suya en tribunales, mercados, asambleas públicas y teatros. En

la instrumentalización de las mismas para legitimar el poder. Los poderosos se revisten de adorno y ceremonia cuidadosamente calculados.

Las dos actitudes, la iconofobia y la iconofilia, se aúnan en la noción de lo “sublime”¹⁰⁸¹, cuyo efecto se logra cuando un discurso vacío, una ausencia física se envuelve de ropaje y ornato. Esto da lugar a la sensación de estar en presencia de lo inefable, de algo grandioso e incomprensible: es el culto al poder. En esta línea, Peter Goodrich¹⁰⁸² también resalta esta combinación entre la imagen y la nada para dar lugar a este efecto sublime^{1083 1084 1085}, a esa mística del poder. Señala que la mejor manera de manifestar el poder divino o el poder de las leyes es mediante la representación del espacio vacío, del blanco, de la silla vacía, de la madera sin nada. Estos son signos ideales de la verdad¹⁰⁸⁶¹⁰⁸⁷.

los actos oficiales la efigie imperial confirmaba que el acto oficial había tenido lugar. Los retratos imperiales, además de hacer presente al emperador, hacen presente el pasado, generando un sentido de continuidad del imperio. El emperador ocupa un lugar entre los emperadores pasados y los futuros, una serie que confirma el origen divino. Junto con el sentido de continuidad histórica, otro elemento interesante de cómo el retrato imperial fortalecía al poder era mediante la repetición de una misma imagen. Ello daba lugar a una concepción uniforme de la imagen del emperador y su familia, transmitiendo un ideal de moda y estilo que el pueblo admiraba. Ibid. p. 46

¹⁰⁸¹ Douzinas, pone algunos ejemplos de lo “sublime”. En las ocasiones públicas siempre se veía de lejos a los emperadores romanos, no los podías tocar, de modo que no parecían humanos, causando el efecto en los observadores de estar ante una maravilla de poder divino. Los emperadores se muestran distantes, como los reyes de Persia que, para no ser vistos por sus súbditos, les hablaban desde detrás de una pantalla. El templo de Jerusalén tenía muchos velos y cortinas y en Japón solo el emperador podía entrar en el sagrario del templo principal, donde solo había un espejo. Ibid. p. 46

¹⁰⁸² Goodrich, P. (1999). The Iconography of Nothing. En C. Douzinas, & L. Nead (Edits.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. Londres: The University of Chicago Press. p. 112.

¹⁰⁸³ Kant, I. (1961). *Crítica del Juicio*. (J. Rovira, Trad.) Losada. § 25. "(...) Sublime es lo que, por ser sólo capaz de concebirlo, revela una facultad del espíritu que va más allá de toda medida de los sentidos (...). Denominamos sublime a lo absolutamente grande".

¹⁰⁸⁴ Cfr. Burke, E. (2005). *De lo sublime y de lo bello*. Madrid: Alianza Editorial.

¹⁰⁸⁵ Es célebre la teorización kantiana sobre lo sublime, que son aquellas representaciones de la imaginación que quedan fuera de la experiencia y que no pueden ser captadas mediante ningún concepto. Aquello que no es representable hace surgir en nosotros un sentimiento de poder. Heredera de Kant, la teoría estética de Edmund Burke conceptualiza lo sublime como un sentimiento que surge ante lo inefable, lo distante, el poder. Dios, o el rey, generan sentimientos de respeto y temor. La fuerza de lo sublime debe ser protegida de la visión, pues extrae su poder del misterio y de nuestros intentos de comprenderlo. Por tanto, Kant y Burke coinciden en que mediante la prohibición de la representación se preserva el sobrecogimiento de lo sublime.

¹⁰⁸⁶ Op. Cit. Douzinas (1999). p. 46.

¹⁰⁸⁷ La pompa, la formalidad y el ritual que son propios del derecho ejemplifican esta interesante idea de lo sublime que propone Douzinas. La imagen del texto constitucional o la imagen del legislativo como representante de la voluntad popular se convierten en ídolos. El ídolo, para Douzinas, es la representación física de la fuente del poder, que se mantiene ella misma invisible e indescifrable. La Constitución se percibe como el ídolo que representa algo sublime que no puede ser tocado, ese algo es la fuente del derecho, el origen inefable del poder. Ibid. cfr.

A pesar de la iconofobia, el derecho celebra el poder de las imágenes en la teatral parafernalia de la performance del proceso, en los adornos y formalismos de los juicios y en las imágenes de la justicia que adornan los edificios públicos. El derecho, iconofóbico, restringe imágenes mediante la prohibición de lo obsceno y lo ilícito y mediante la perpetuación de estereotipos. Este es el modo en el que en el derecho se dan simultáneamente iconofobia e iconofilia. En el juicio oral observamos claramente cómo los regímenes de imágenes se utilizan por los abogados y jueces.

Es un tópico antiguo¹⁰⁸⁸ que las imágenes suponen seducción y atracción hacia la pura materialidad. Se teme a la imagen como algo que es contrario a la razón y al sentido común, como algo que puede cortocircuitar el pensamiento e impedir la capacidad de interpretación, generando una respuesta automática. Según este tópico, el derecho es necesario para filtrar las imágenes y establecer qué imágenes son naturales, normales y verdaderas. El derecho, además de censurar las imágenes que pueden perjudicar al orden institucional, ofrece un repertorio de representaciones que determinan la identidad social, contribuye a un sistema de imágenes que determinan la subjetividad, lo que se considera verdadero en la sociedad y lo que es aceptado como hermoso y como bueno.

Peter Goodrich¹⁰⁸⁹ resalta que la coherencia jurisprudencial responde a una forma genealógica que remite a una memoria comunitaria que ubica a las personas en un lugar, en un rol, dentro del conjunto de la sociedad. Las instituciones jurídicas son las encargadas de otorgar dicho rol social: palabra y lugar.

El derecho desarrolla el papel de las Moiras, figura clásica que describía Platón, distribuidoras del lugar que a cada cual le corresponde en la sociedad desde antes de su nacimiento y del que no se puede escapar en el trágico curso de la vida. El derecho, tanto en la ley como en el juicio, se corresponde con las Moiras, con el destino como autoridad, razón y vínculo con la comunidad. El derecho es paternal, en el sentido de que otorga legitimidad, sucesión y futuro. Es un oráculo que determina el lugar y la voz que tenemos ante las instituciones. El derecho, implacable, define los destinos y las razones, y posee el gran poder de expulsar a un individuo de la comunidad simbólica.

¹⁰⁸⁸ Ibid. p. 66.

¹⁰⁸⁹ Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. op. cit. p. 98.

Daniel García¹⁰⁹⁰ explica que, aunque el derecho se presenta a sí mismo como la legítima y verdadera lectura de la realidad, es una propuesta más del universo simbólico, como el arte y la religión.

Pierre Legendre¹⁰⁹¹ considera que las normas sociales logran que los individuos se identifiquen con categorías sociales. Esta identificación se logra mediante las imágenes que establecen los roles sociales, las categorías de individuos. Las prohibiciones sociales configuran un régimen de imágenes, de representaciones sociales, que permiten que el yo se transforme en “otro”, en imagen externa asumida. Como resalta Douzinas¹⁰⁹², el régimen de las imágenes permite que todo el mundo se transforme en “persona”, concepto jurídico que el latín significaba “máscara de actor”.

El derecho se construye y consagra sobre la base de todo un régimen de imágenes, tópicos, arquetipos y rituales, que permiten su cohesión a través del tiempo y la distribución de roles entre los integrantes de la sociedad. El origen artificial y creativo de dicho régimen de las imágenes queda enmascarado a través de la racionalización y naturalización de los conceptos jurídicos.

Desmond Manderson¹⁰⁹³ destaca que el derecho no solo es performativo (las normas y sentencias buscan provocar un comportamiento determinado de los destinatarios de las mismas) sino que, además, el derecho nos describe la sociedad de la que surge. La sociedad puede analizarse estudiando tanto la parte lingüística del derecho (los textos), como las metáforas e imágenes que emplea. Ello se puede realizar mediante un estudio retórico.

Peter Goodrich¹⁰⁹⁴, en este sentido, sostiene que la retórica es la forma pre-moderna de psicoanálisis, pues es un método que permite localizar un sentido inconsciente del derecho tras las contradicciones y las imágenes. En un sentido amplio

¹⁰⁹⁰ García, D. (2014). Poética jurídica. Apuntes para una metaforología en el Derecho. *InterseXiones* (5), 69-109. p. 74.

¹⁰⁹¹ Cfr. Legendre, P. (1997). *Law and the Unconscious*. (P. Goodrich, Ed.) Palgrave Macmillan.

¹⁰⁹² Douzinas, C. (1999). Prosopon and antiprosopon. Prolegomena for a legal iconology. op. cit. p. 60.

¹⁰⁹³ Op. Cit. Manderson (2000). p. 28.

¹⁰⁹⁴ Goodrich, P. (1994). Jani Anglorum: Signs, Symptoms, Slips, and Interpretation in Law. En C. Douzinas, & P. Goodrich (Edits.), *Politics, postmodernity and Critical Legal Studies*. p.107.

podemos decir que el análisis retórico forma parte de una metodología que presta atención a elementos estéticos¹⁰⁹⁵.

La estética, para Desmond Manderson, no solo es interesante por su componente simbólico, como desveladora de los tópicos, arquetipos y roles que consagra una sociedad. Un ejemplo de símbolo es el de la salud. La salud no es solo una idea, sino que se asocia a un conjunto de nociones de belleza del cuerpo humano y de fealdad. Las imágenes asociadas, racional o irracionalmente, a la salud, tienen un fuerte poder legitimador y justificador, que se considera ostensiblemente racional y de gran autoridad social.

La idea de la salud se usa de modo abusivo, enmascarando el conflicto social. Así, señala Manderson¹⁰⁹⁶, la idea de “suciedad” sirve con frecuencia para denostar al inmigrante, en una apropiación de la idea de la salud para crear miedo a lo diferente. Lo “sucio” y lo “limpio” son conceptos que dependen de la cultura, de modo que el olor de un establo puede considerarse sucio en un entorno urbano y completamente saludable en un entorno rural. Cuando algo se considera “fuera de lugar” se lo asocia con la suciedad y se lo transforma en un tabú. Esto se produce cuando el mundo exterior se adentra en el interior, cuando lo invisible se torna visible. Lo sucio representa una brecha crucial entre las construcciones de la esfera pública y la esfera privada.

Al inmigrante se la asocia a la idea de “invasión” o de “contaminación”. La retórica de la inmigración es un ejemplo de prosopopeya en la que una metáfora es tratada como si fuera literalmente cierta. Los inmigrantes son comparados con contaminación y de ello se pasa a una situación en la que se los trata como si realmente fueran contaminación. Si el Holocausto fue posible fue en parte por una prosopopeya, por la deliberada insistencia en las imágenes lingüísticas de que los judíos eran una plaga, parásitos, una peste; y ello sirvió como justificación para enviarlos a “centros de desinfección” y “exterminio”, a gasarlos como se hace en las casas comunes con los insectos. Las metáforas de la pestilencia generaron una manera de pensar con respecto a los judíos.

¹⁰⁹⁵ Op. Cit. Manderson (2000). p. 100 y ss.

¹⁰⁹⁶ Ibid. p 135.

Dentro de la retórica de la salud destaca el tópico del olor, que es algo que se nos adhiere, que se asocia con la enfermedad que se transmite a través de la atmósfera y que genera miedo y ansiedad ante la infección. Otro tópico vinculado a la salud es el de la gordura. La gordura se considera fealdad, y de la fealdad se pasa a lo enfermo. Un criterio estético se transforma en una apreciación sobre la salud con consecuencias médicas¹⁰⁹⁷.

Maria Aristodemou¹⁰⁹⁸ considera que el modelo de racionalidad dominante en el derecho atrapa a las mujeres en una eterna otredad y en una red de imágenes binarias de la que no se puede escapar sin renunciar al sistema. La mujer intenta subvertir las arbitrarias oposiciones binarias, pues es activa y pasiva, madre y amante, joven y vieja, obediente y rebelde, transgresora y conformista¹⁰⁹⁹. Las mujeres han ocupado durante mucho tiempo el espacio de la otredad en la cultura occidental, sus experiencias, sueños y temores han sido sistemáticamente silenciados¹¹⁰⁰.

Adam Gearey¹¹⁰¹ sostiene que la lucha por los derechos civiles no logrará crear una sociedad libre de racismo mientras continúen los estereotipos vinculados a la noción de raza. La noción de raza establece jerarquías que se filtran en el sentimiento de identidad, y a la vez se convierte en el rasgo aglutinante de las personas perjudicadas por dicha categoría, de modo que constituye un lugar desde el que articular una lucha común contra los estereotipos.

La *teoría queer* señala que el placer sexual es una construcción cultural. Las clasificaciones de lo que se considera “criminal” o “desviado” también han ido cambiando. Encontramos divisiones entre actos legítimos e ilegítimos en espacios públicos y privados. Las representaciones sociales sobre lo normal y lo anormal, afectan a la configuración de los cuerpos de las personas y al desarrollo de sus deseos más íntimos. Muchos tabús irracionales sobre lo normal y lo anormal están presentes en el derecho.

¹⁰⁹⁷ Ibid. p 141.

¹⁰⁹⁸ Aristodemou (2000). op. cit. p. 272.

¹⁰⁹⁹ Ibid. P. 281.

¹¹⁰⁰ Ibid, p. 291.

¹¹⁰¹ Gearey (2001). op. cit. p. 119.

El feminismo destaca que las imágenes sociales asociadas al género pueden condicionar las resoluciones judiciales, por ejemplo en materia de divorcio. Es comúnmente admitido que una mujer ama de casa contribuye al mantenimiento de la familia y el hogar mediante un trabajo doméstico no remunerado. Por eso casi nadie cuestionaría que se le ha de compensar dicho trabajo en caso de divorcio, repartiendo los bienes del matrimonio entre el varón titular de la propiedad y la esposa.

Esto resulta incuestionable especialmente si la mujer cumple con el estereotipo de cándida y honesta esposa que estaba de acuerdo con todo y casi nunca discutía; pero el asunto se complica cuando la mujer es responsable del final del matrimonio, por ejemplo, en casos de infidelidad de la mujer. Dichos estereotipos en nada afectan al hecho de que la mujer contribuyó durante años al hogar con su trabajo doméstico, pero sin embargo, pueden dar lugar a interpretaciones moralistas¹¹⁰².

Josefa Ruiz-Resa¹¹⁰³ sostiene que los esquemas socio-culturales forman parte inherente del acto interpretativo de la persona juzgadora, sin embargo, entre esos esquemas entran de contrabando estereotipos y prejuicios ilegítimos. Por ejemplo, explica Ruiz-Resa, “en el caso de una mujer que ha denunciado a su pareja por malos tratos, y que durante la fase de juicio oral presenta una versión de hechos distinta a la que realizó en fase de instrucción: ¿cabe inferir que miente en su versión de los hechos porque quiere vengarse de su pareja, o puede deberse a que al sufrir ese maltrato durante una situación de miedo y estrés no recuerde bien lo que pasó? Y si se retracta a lo largo del proceso, ¿cabe inferir que es porque considera que su posición se debilita, o porque no siente rencor sino lástima por la persona que, además, es con quien ha tenido sus hijos?”¹¹⁰⁴

Los prejuicios machistas de la sociedad pueden inducir interpretaciones distorsionadas de los hechos. Ruiz-Resa propone otro ejemplo: el del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 2/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dice en relación con el acoso por razón de sexo “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. La autora señala que gracias a la

¹¹⁰² Ibid. p 119.

¹¹⁰³ Op. cit. p. 120 y ss.

¹¹⁰⁴ Ibid. p. 123.

jurisprudencia y a otras normas, se puede concretar en qué consiste esta conducta, pero los análisis realizados sobre la aplicabilidad de esta ley han puesto de manifiesto confusiones que responden a estereotipos sexistas.

Ruiz-Resa indica que cuando el testimonio es la única prueba de cargo contra la presunción de inocencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional¹¹⁰⁵, establece la relevancia del criterio de verosimilitud. Esto es especialmente relevante en los delitos que no dejan huellas (como el abuso sexual a menores o la violencia de género) dado que los estereotipos socio-culturales pueden condicionar la verosimilitud del testimonio¹¹⁰⁶.

Posner¹¹⁰⁷ señala que los estándares de prueba son poco relevantes en la práctica cotidiana de los tribunales. En la valoración judicial intervienen ideologías políticas, formación recibida, tanto formal como informal, experiencia profesional, temperamento, características personales como la raza o el sexo, emociones, sentido de lealtad al grupo, etc. En este sentido, explica que diversos estudios realizados entre 1916 y 1988 pusieron de manifiesto que era más probable que un Magistrado resolviera a favor de los intereses de un juicio por derechos civiles si era del Norte, si procedía de una zona urbana, y si su padre había trabajado de funcionario de la administración estatal. También mostraron que la raza, la religión y el género permiten hacer predicciones acerca de cómo resolverán las personas juzgadoras en casos asociados e estas características.

Shauer¹¹⁰⁸ sostiene, en este sentido, que hay un conjunto de estereotipos sociales que hacen que un relato de hechos resulte verosímil o falso. Serían ejemplos el de esposa fiel, marido infiel, policía corrupto, chofer negro, traficante de drogas latinoamericano, terrorista islámico, etc. Se trata de prejuicios religiosos, de género, raciales, profesionales o de otra índole, basados en creencias infundadas.

¹¹⁰⁵ STS (434/1999, 486/1999, 862/2000, 104/2002, 470/2003, 593/2006), STC (201/1989, 160/1990, 229/1991, 16/2000).

¹¹⁰⁶ Ibid. p. 149.

¹¹⁰⁷ Posner, *Cómo deciden los jueces*, op. cit. p. 114 y ss.

¹¹⁰⁸ Shauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press. cfr.

Los estereotipos opresores en las Sentencias Judiciales

Carlos Pérez Ruiz¹¹⁰⁹ presenta un estudio jurisprudencial que ejemplifica el modo en el que el derecho distribuye roles sociales y construye estereotipos. El estudio analiza los prejuicios morales de las argumentaciones del Tribunal Supremo durante el franquismo.

Pérez Ruiz señala que, en la jurisprudencia analizada, la moral sexual del varón promovida por el derecho consiste en no ser homosexual, que se considera un vicio antinatural. La mujer es concebida con los siguientes rasgos: debilidad natural y física, ocupando un especial lugar en la familia y en la sociedad, honestidad como equivalente a virginidad, pudorosa, defensora de su virginidad y sexualmente pasiva. Se condenan claramente los casos de prostitución y de aborto. Las mujeres menores de veintitrés años son frágiles, ingenuas y cándidas, y se las debe proteger de ataques de los mayores. El marido es fundamentalmente padre de familia, y su principal falta es el abandono de la familia y el tener una querida permanente, que ofende a la moral colectiva. El buen padre de familia no solo está en el ámbito familiar, sino que se extiende a la vida pública y contractual. La esposa es en primer lugar una esposa fiel, su adulterio ofende especialmente al marido y a los hijos. La infidelidad femenina es mucho más grave que la masculina. La mujer como madre queda incluida en la patria potestad del cabeza de familia y su rol más relevante es el de esposa fiel.

Estereotipos de género y raza en el caso de Lorena Bobbitt

En juicios famosos como este, el proceso deviene espectáculo y los abogados, mediante sus narraciones luchan contra unos arquetipos y construyen otros, contribuyendo a la reificación de las verdades sociales.

Georas¹¹¹⁰ ejemplifica lo expuesto analizando el famoso caso de Lorena Bobbitt, la mujer que tras años de violencia de género y de violaciones por parte de su esposo, arrancó el pene del mismo. Los fiscales presentaron a Wayne (el esposo) como la

¹¹⁰⁹ Pérez, C. (1987). *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*. Madrid: Tecnos. p. 271 y ss.

¹¹¹⁰ Georas, C. (2009). Colonialidad, performance y género: la saga de Lorena Bobbitt. En *Derecho, género e igualdad* (Vol. I, págs. 137-159). Universidad Autónoma de Barcelona. p. 137 y ss.

víctima del “acto calculado y malicioso de venganza” de su esposa, destacando que no hay excusa para tal acto y que Wayne no recordaba haber tenido sexo (violación) con su esposa esa noche. Además, Wayne pensaba divorciarse. La fiscalía, en lugar de conceder que había violencia de género, destacó que había “violencia mutua” y presentó a Lorena como una mujer vengativa, plenamente consciente de lo que hacía y desproporcionada en sus acciones y emociones.

En contraste, la defensa presentó a Lorena como “una joven diminuta, delicada e ingenua”, que sufrió brutalidad durante años por la persona que en los votos de matrimonio prometió “protegerla y honrarla”. Defendieron que Lorena venía de un lugar muy “tradicional y católico” de Venezuela, y que a causa de ello Lorena pensaba que una mujer es “la espina dorsal de la familia” y que se siente culpable “si el matrimonio fracasa”. La defensa presentó a Lorena como una versión del sueño americano que se enamoró del que luego fue su esposo y que soñaba con tener una bonita familia tradicional; pero ese sueño se convirtió en una pesadilla de maltrato que generó en ella multitud de síndromes asociados a la violencia de género y que la incapacitó temporalmente, sin poder controlar el impulso irresistible de aquel brote psicótico ante el terror absoluto a su marido.

En este caso batallaban dos arquetipos femeninos: el de la mujer colérica y calculadora; y el de la débil e incapacitada mujer, movida por un impulso irresistible fruto del terror.

Georas señala que la defensa se esforzó por encasillar a Lorena en el tópico de la mujer católica, encarnación de las causas conservadoras: contra el divorcio, el aborto, el sexo no tradicional (anal) y la familia no tradicional (mujer proveedora); la defensa patologiza a Lorena mostrándola vulnerable y, a la vez, asumiendo que hay un comportamiento desviado (que procede una causa desviada tal como una patología). La defensa destaca el estereotipo racista respecto a lo hispano, insertándola en un espacio cultural de ignorancia, estupidez e irracionalidad, y destaca que Lorena es “como una niña”, tratando de despertar hacia ella una actitud paternalista.

La fiscalía, en cambio, trata de encasillarla en una cultura bárbara y caótica en la que gana “el puñal más grande”. La muestra como mujer con un gran instinto sexual,

que obliga a su marido a tener sexo aunque él esté cansado y que usa ropa interior de seda. La imagen de la fiscalía es “dame placer o pagarás un alto precio”.

En conclusión, tanto la fiscalía como la defensa se nutren de estereotipos racistas: ardiente y bárbara latina; o ignorante e irracional. Lo mismo pasa con los estereotipos sexistas, pues la defensa patologiza a Lorena. Por ello, a pesar de la victoria de la defensa, en el proceso también salen victoriosos los arquetipos racistas y sexistas de la mujer y de lo latino.

El artículo de Georas muestra cómo las imágenes estéticas que el abogado construye basándose en la cultura batallan contra otras imágenes. Los arquetipos se nutren de los tópicos y prejuicios de la sociedad; y es en esos lugares comunes en los que se funda su éxito, su fuerza persuasiva. El papel narrativo del abogado no es aséptico desde la perspectiva ética o política; y los materiales que utiliza para construir sus metáforas tampoco son producto de su creatividad individual: la cultura puede mediatizar al artista del derecho, convirtiéndolo en replicador de un statu quo.

Los estereotipos de género en el caso de Mary Clarke

El caso que analiza Alison Young¹¹¹¹ no es célebre dentro del derecho penal, pero es relevante desde la perspectiva del análisis de estereotipos debido a los aspectos que destacó el juez. Mary Clarke¹¹¹² era “una señora de 58 años”, que había cometido el delito de hurto en una tienda. Ella desempeñaba la tarea de hacer la compra familiar en el contexto del rol de ama de casa y los bienes comestibles hurtados, según destacó el juez, no formaban parte de la alimentación habitual de Clarke y su marido, incluso ella señaló que uno de los alimentos no les gustaba. El juez sostiene que de los hechos parece deducirse que ella tomó los comestibles de modo inconsciente.

Clarke fue a comprar en un supermercado y eligió varios objetos de las estanterías, que puso en la caja. Antes de pagar metió algunos objetos dentro de su bolso. Dichos objetos fueron un poco de mantequilla, un bote de café y una mezcla especiada de carne que Clarke y su marido no consumían. Clarke no pagó por esos tres alimentos y fue detenida antes de salir del establecimiento y acusada de hurto.

¹¹¹¹ Young, A. (1992). Nothing Out of the Ordinary: The Criminality of the Feminine Body. En R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (págs. 443-461). Nueva York: Peter Lang Publishing.

¹¹¹² R v Clarke (1972) 1 A11 ER 219 (RU).

La mujer refirió en su defensa que no había tenido intención de robar; que no se había encontrado bien ese día, que no se encontraba bien desde hacía algún tiempo y que había tenido olvidos en varias ocasiones. Expresó que poner esos tres alimentos en el bolso sin pagar fue un olvido y no un acto de hurto¹¹¹³.

La interpretación que el juez hace del caso intensifica estereotipos de la mujer como irracional e inherentemente enferma. Clarke alegó olvido y enfermedad como indicativos de anormalidad, sosteniendo con ello implícitamente que la memoria, la salud mental y la racionalidad son la normalidad tanto de hombres como de mujeres.

Sin embargo, el hecho de que la mujer tomase pastillas para la diabetes y que hubiera tenido olvidos como poner azúcar en la nevera es visto por el juez como algo natural, no atribuible a ninguna enfermedad. El juez destaca, en cambio, aspectos vinculados al género.

Para el juez el caso es ordinario, y esa cotidianeidad recae en las estructuras que organizan la vida de Clarke. Estaba casada, estaba haciendo la compra a la hora del crimen alegado y se encargaba de la alimentación familiar. Clarke era quien se ocupaba del cuidado de su marido y de la limpieza y la cocina, por lo que encaja a la perfección en la imagen tradicionalmente femenina: doméstica y encargada de los cuidados del hogar¹¹¹⁴.

El juez prefiere asociar los hechos a un estereotipo de la “normalidad” femenina, que sostener que es consecuencia de una “anormalidad”, tal como un estado de enfermedad. Young, la autora del artículo, destaca que el hurto es un delito que la criminología asocia comúnmente al género femenino y que se ha vinculado el hurto femenino a cleptomanía con motivos subconscientes, a la depresión resultante del síndrome premenstrual o la menopausia, o a la pobreza de amas de casa de pocos recursos que se ven forzadas al crimen. Los hombres, sin embargo, según esos estudios, hurtan con mayor frecuencia a causa del placer y la excitación por el riesgo. Estos estudios que polarizan por género, se basan en gran medida en estereotipos, según la autora.

¹¹¹³ Ibid. p 451.

¹¹¹⁴ Ibid. p. 455.

El tribunal no duda de la historia de enfermedad y olvido de una señora de 58 años. Los expertos médicos están de acuerdo con Clarke en que ella se sentía deprimida, uno va más allá y llama a esto una leve enfermedad mental. Este médico considera que ella tenía cierta pérdida de energía, dificultad para concentrarse y que esto explica olvidos y actuaciones extrañas.

Aunque por el testimonio del médico podían haber considerado que era inocente en base a una enfermedad, el Tribunal considera que la historia de Clarke es más bien una muestra de normalidad, de algo ordinario y común.

Aunque Clarke no tuvo consecuencias penales, dice Young, la sentencia resultó muy violenta verbalmente en su descripción de la normalidad femenina. La concepción de la normalidad femenina se asocia a la anormalidad y la inferioridad, y esa concepción impide un resultado justo¹¹¹⁵.

La autora señala que el criminal es usualmente identificado como alguien que actúa de manera culpable en pleno uso de su razón. La culpa se contrapone a la enfermedad mental, como privación de la razón. En este caso jurisprudencial analizado, sin embargo, se presenta una tercera categoría de criminalidad: el delito que se comete por la cotidianidad de la condición femenina. La condición femenina se vincula a una irracionalidad ordinaria y normal, frente a la irracionalidad propia de la enfermedad mental. El delincuente, al igual que la persona enferma, desviada de la razón, es masculino y la intrusión de la feminidad en este esquema provoca una disrupción. La mujer es distinta y no puede ser valorada en términos de normalidad o anormalidad masculina¹¹¹⁶.

Este análisis de Young apunta en la misma dirección que Peter Goodrich¹¹¹⁷ (Goodrich P. , *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*, 1996) cuando este afirma que los tribunales aprecian la culpabilidad y la inocencia en el contexto cultural y que hay, en el derecho, distintos tipos de inocencia o de “estupidez”: serían “naturalmente” inocentes las creencias religiosas, la juventud, la vejez, las mujeres y las creaciones de los artistas. La supuesta estupidez natural que se les

¹¹¹⁵ Ibid. p 458.

¹¹¹⁶ Ibid. p 459.

¹¹¹⁷ Goodrich (1996). op. cit. p. 145.

atribuye les hace vulnerables y necesitados de protección social. Por otra parte, la experiencia y la inteligencia son atributos de culpabilidad.

Los estereotipos de género en el caso de Mary J. Carr

Martha Nussbaum¹¹¹⁸ analiza el caso de Mary Carr¹¹¹⁹, primera mujer que trabajó en el taller de hojalatería de la división de turbinas de gas de la General Motors, en su planta de Indiana. Durante cinco años sufrió acoso sexual de sus compañeros de trabajo masculinos y se quejó en vano ante el supervisor. En 1989 renunció, pues sentía que el acoso se había vuelto insostenible. Se querelló contra General Motors, exigiendo una indemnización.

Sin embargo, el juez del distrito falló a favor de la compañía General Motors, aceptando el argumento de que no hubo acoso sino comentarios sexuales normales en el ámbito del trabajo y que la compañía no habría podido hacer nada para impedirlos. En apelación el tribunal falló a favor de Mary Carr, considerando que sí existía acoso.

En este caso, como en muchos otros, la discrepancia narrativa no es sobre lo que ocurrió, sino sobre el sentido que tuvieron tales hechos, sobre la gravedad de los mismos para motivar razonablemente la dimisión de Carr y para calificar a la empresa de negligente.

Carr era la primera mujer que trabajaba en ese taller, y a sus compañeros no les agradaba trabajar con una mujer. Todos los días hacían comentarios despectivos de índole sexual, y continuamente la denominaban con términos como “puta”, le escribieron “zorra” en su caja de herramientas y le hicieron varias bromas como pintarle la caja de herramientas de rosa y rasgarle el fondillo de sus delantales de trabajo.

Le adornaban la caja de herramientas y la zona de trabajo con letreros y rayados de carácter sexual ofensivo, le ocultaban y hurtaban sus herramientas, y se quedaban en ropa interior delante de ella cuando se cambiaban de ropa. Uno de ellos le puso en la caja de herramientas una tarjeta obscena del día de san Valentín, dirigida a “Zorra”. La tarjeta muestra a un hombre que lleva a una mujer desnuda cabeza abajo y el texto

¹¹¹⁸ Martha Nussbaum (1995). op. cit. p. 149 y ss.

¹¹¹⁹ Mary J. Carr contra la Allison Gas Turbine Division de la General Motors Corporation, Cámara de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito 26 de julio de 1994.

explica que el hombre por fin ha descubierto por qué una mujer tiene dos orificios: para poder llevarla como una caja de cerveza.

Un operario le mostró el pene dos veces, la primera vez en una discusión donde Carr le dijo que la puerta de salida “se mecía hacia ambos lados”, sugiriéndole que él podía marcharse tanto como ella; el hombre replicó que tenía algo que “se mecía”, y le hizo una demostración. La segunda vez, otro compañero apostó a este operario cinco dólares a que no se sacaría el pene delante de Carr y el operario se lo sacó.

Un comentario que se oía con frecuencia en el taller era: “Nunca me retiraré del puesto de hojalatero porque le allanaría el camino a un negro o a una mujer”. Otro compañero de Carr le arrojó a ella un cigarrillo encendido.

Cuando Carr se quejaba ante su supervisor de dichas situaciones, este se reía entre dientes y mordía la pipa de fumar asegurando que, como él no era una mujer, no sabía si una mujer consideraría ofensivos esos comentarios.

El juez del distrito consideró que esos comentarios eran normales, aunque vulgares, y que la empresa no tenía el deber de moderar el lenguaje de sus empleados. Además el juez del distrito señaló algunos detalles que mostraban que el comportamiento de Carr de alguna manera provocaba o justificaba el trato de sus compañeros hacia ella. Destaca el juez que Carr también hablaba de modo obsceno, que un día apoyó la mano en el muslo de un compañero, y que una vez le mostraron a Carr una foto pornográfica pidiéndole que señalase el clítoris y ella lo señaló. El juez del distrito escribió en su sentencia que Carr no se comportaba como una dama¹¹²⁰.

Nótese como aquí el juez del distrito reproduce los más burdos estereotipos dicotómicos de dama/puta, de modo que si Carr no encaja en el estereotipo de “dama”, es merecedora del tratamiento de “puta”, al que corresponde, según este estereotipo, vía libre para acosar sexualmente a la mujer sin que importen ni la voluntad ni los sentimientos de la misma.

El juez de apelación rechaza estos tópicos aceptados por el juez del distrito, señalando que Carr, como es lógico, hacía un esfuerzo por hablar como sus compañeros

¹¹²⁰ Nussbaum. op. cit. p. 149.

y que, dada la asimetría de las posiciones entre Carr y sus compañeros, su conducta no puede usarse para justificarlos ni a ellos ni a la empresa. Las palabras obscenas de Carr no podían considerarse amenazadoras, a diferencia de las de sus compañeros hacia ella, ni el acto de apoyar la mano en el muslo del compañero podía resultar intimidatorio, ni fue ella quien interrogó acerca de la foto pornográfica a sus compañeros.

3. LA SUBVERSIÓN DE LOS IMAGINARIOS

Jaques Rancière¹¹²¹ señala que tras el fracaso del marxismo, el arte postmoderno no aspira por más tiempo a lograr el proyecto de una revolución política definitiva, rupturista y edénica. Los nuevos imaginarios, con un cierto desencanto, se centran en opinión de Rancière, en la declaración de la imposibilidad de toda representación sensible, en la existencia irreductible de lo absolutamente otro. El arte asume el reto de la política contemporánea que consiste en la imposibilidad de la representación política y en la necesidad de articular mecanismos que permitan expresarse a ese “absolutamente otro” social, a las personas reales, que no pueden reducirse a una representación, sino que ocupan el espacio, reivindicando su existencia autónoma, su visibilidad y su voz propia. Este reto del arte contemporáneo es también uno de los retos de la teoría crítica del derecho.

Como señala Lynda Nead¹¹²², el arte trae a escena lo “obsceno”, que en latín hace referencia a lo que hasta ahora ha permanecido “fuera de escena”. Es aquello que se ha construido por oposición a lo visible, aquello que fue subordinado. Lo obsceno es lo ilegítimo y la reflexión crítica se ubica en la frontera donde se debate sobre lo que se considera obsceno. Dentro de lo obsceno están los cuerpos reales, que impiden la distancia desinteresada de lo que se considera racional y legítimo. Las reclamaciones físicas que hacen los cuerpos reales que estaban fuera de escena repugnan a las

¹¹²¹ Ranciere, J. (2009). La división de lo sensible. Estética y política. *Centro de Estudios Visuales de Chile* , 1-23. p. 15 y ss.

¹¹²² Nead, L. (1999). Bodies of judgement. En C. Douzinas, & L. Nead (Edits.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press. p. 205.

autoerigidas como “mentes racionales”, defensoras del *statu quo*. Esto es así porque fueron ellas las que establecieron que sus propios placeres eran puros, racionales, legítimos y permitidos. Fueron ellas las que decidieron que los placeres garantes de su propio bienestar eran socialmente superiores. Quienes están fuera de escena cuestionan la frontera sagrada que distingue lo legítimo de lo ilegítimo.

Hal Foster¹¹²³ destaca que este cuestionamiento despierta un rechazo visceral en quienes han estado por mucho tiempo en la escena de representación, en la imagen pantalla. Esto es así porque las “identidades obscenas” atacan esa pantalla con su mera presencia y abren lo real a lo imposible. Esta transgresión no es producida por una avanzadilla que está fuera del sistema, en el exterior del orden simbólico común. Son segmentos del orden social que se mueven en la ambivalencia de una fractura. Su meta no es romper por completo con el sistema, no claman por una revolución total del orden simbólico, del imaginario social. Lo que quieren es exponer una crisis, una brecha social, e indagar sobre las nuevas posibilidades que pueden encontrarse en los fundamentos de dicho orden social.

Cierto es también que el paseo de la gente excluida y de su dolor por la escena pública puede ser un “brindis al sol”, una cabalgata que contribuya a soportar el orden normativo de la imagen-pantalla. Pero hay algo en la manifestación de la tragedia personal que remueve. El sujeto es un superviviente, un testigo de su propio drama, una existencia profunda con auténtica autoridad para testificar sobre su vida, pues nadie puede cambiarse en el lugar doloroso de otro. Ante la fuerza de su presencia solo cabe creer o no creer, identificarse o no hacerlo.

Sostiene Jaques Rancière¹¹²⁴ que la política se basa en la división de los espacios, y de la disponibilidad real de tiempo de las personas. Son los espacios y los tiempos los que determinan la manera en que una persona puede participar en la vida pública. Para Aristóteles, como explica Rancière, el animal político, el ser humano, es el animal que habla. El esclavo, aunque comprende el lenguaje, no “lo posee”, no tiene voz.

¹¹²³ Foster, H. (1999). Obscene, abject, traumatic. En C. Douzinas, & L. Nead (Edits.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press.p. 246.

¹¹²⁴ Ranciere (2009). op. cit. p. 2.

Los artesanos para Platón (según explica Rancière) no pueden ocuparse de lo público porque no tienen tiempo para dedicarse a otra cosa que no sea su trabajo. Su trabajo no espera y, por eso, no pueden estar en otra parte. Tener una u otra ocupación define el hecho de ser o no visible en el espacio común, define el estar dotado de palabra. Hay, por tanto, en la base de la política, un importante componente estético. La política como forma de experiencia depende de algo previo: lo que se ve y lo que se puede decir, quién tiene competencia para ver y capacidad para decir, propiedades de espacio y de tiempo.

La reivindicación política de la voz de todos, del anonimato, de la igualdad que destruye todas las jerarquías y divisiones de lo sensible, es una reivindicación parecida a la que se hizo en la modernidad literaria, con el advenimiento de la novela realista¹¹²⁵, que contaba la vida de la gente corriente. Una división democrática de lo sensible conllevaría que las personas excluidas, como aquellas recluidas en el espacio doméstico puedan participar en las discusiones públicas. Y ello es una subversión estética. Esta es la narrativa que reclama la teoría crítica del derecho.

Nussbaum considera que la metodología narrativa puede contribuir a la tarea de humanizar al derecho¹¹²⁶. A menudo el odio y la opresión colectiva, afirma

¹¹²⁵ Ibid. p. 3.

¹¹²⁶ Richard Posner (Posner, *Law and Literature*, 2009) critica el método narratológico que utilizan, especialmente, los teóricos feministas y antirracistas de la Teoría Crítica del Derecho. Señala que estos teóricos pretenden transmitir al lector una sensación más vívida del sufrimiento de los oprimidos fomentando, dentro y fuera de los procesos jurídicos, emotivos alegatos e historias centrados en la detallada descripción de la vida de personas pertenecientes a colectivos marginados. Estos teóricos defienden el desarrollo de la empatía hacia los oprimidos.

Sin embargo, y aquí radica la crítica de Posner, estos mismos teóricos se oponen a la pena de muerte y saben que el uso de las narraciones de las víctimas en estos procesos aumentan el número de casos en los que esta se impone. Por eso se oponen al empleo de narraciones emotivas de las víctimas. Sin embargo, como al acusado sí se le permite pedir compasión contando su vida, es difícil de justificar que no se permita a los familiares de la víctima ausente equilibrar la situación emocional. Los defensores del método narratológico mantienen una tesis ambivalente, según Posner, en lo concerniente a la presencia de emociones en el proceso legal.

Posner señala que el feminismo y la teoría crítica racial utilizan narraciones tópicas y sensibleras; y que podría sostenerse que eso fomenta la exclusión de las mujeres y las minorías raciales en un gueto auto excluido de victimización y autocomplacencia.

A los Critical Legal Scholar les parece muy bien que un acusado apele a la compasión contando la historia del abuso de su infancia, como si existiera una conexión entre tales circunstancias y el delito enjuiciado. Sin embargo esa conexión debería ser probada, pues la mayoría de la gente que tiene vidas miserables no se convierte en asesina ¿puede una vida miserable considerarse causa del asesinato? El uso de la retórica sentimental podría sustituir a la prueba de esa conexión¹¹²⁶.

El autor alerta contra la capacidad de una narración sensacionalista de transformar a una persona de carácter cuestionable (o incluso perverso) en un héroe mítico y recuerda al respecto que Hitler contó al

Nussbaum¹¹²⁷, nacen de la incapacidad para individualizar. Actitudes como el racismo o el sexismo se basan muchas veces en la atribución de características negativas a todo un grupo, pero suele ocurrir que “esa actitud no puede sobrevivir al conocimiento individual de uno o varios miembros de ese grupo”¹¹²⁸. Eso no significa que en una relación cercana con un individuo sea imposible deshumanizarlo, pero “la comprensión literaria promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al desmantelamiento de los estereotipos en que se basa el odio colectivo”¹¹²⁹.

Cuando observamos el mundo a través de la mirada de una persona que sufre desventajas abrumadoras y que está atrapada en una situación de desamparo vemos lo mucho que cuesta mantener el orden y la autoestima, y vemos como su situación condiciona sus esperanzas y miedos, sus deseos y su visión de sí mismo. La capacidad para ver la vida de las personas al modo de la persona lectora nos permite entender que el carácter es, en gran parte, resultado de circunstancias ajenas a la persona. La imaginación literaria también nos ayuda a superar los prejuicios limitantes (como los estereotipos vinculados a la marca racial del individuo) que nos impidan adentrarnos en su historia vital.

pueblo alemán una historia sobre la humillación de la nación. Fue una historia cargada de emoción y que, como todos sabemos, tuvo efectos terribles

Posner concede a los teóricos críticos, defensores de la narratología, que el progreso hacia la igualdad racial requiere que confrontemos cómo las circunstancias históricas afectan a las personas, pero, señala, las circunstancias históricas de opresión no determinan el futuro de los individuos irrevocablemente y no se puede eludir la responsabilidad individual desviándola hacia la sociedad. Posner, finalmente, modera su crítica reconociendo el papel transformador de estereotipos que pueden tener las narraciones. Por ejemplo, hay historias sobre violencia de género que luchan contra el estereotipo de pasivas y sumisas que recae sobre las mujeres que viven esta situación, y las muestra como indomeñables y activas. Hay razones importantes para que tratemos de sustituir determinadas construcciones narrativas por otras menos prejuiciosas. Posner, R. (2009). *Law and Literature*. op. cit. p. 437.

¹¹²⁷ Nussbaum (1995). op. cit. p. 130.

¹¹²⁸ Ibid. p 130.

¹¹²⁹ Ibid. p 130.

CONCLUSIONES

1. Persons working in the legal professions can transform society, because the law is neither an immovable entity nor the exclusive property of the legislative power. Law is not an object consisting of rules and principles but a language in action that unfolds in the argumentative practice of the community.

2. The “Standard Theory” (a paradigm which currently holds hegemony in the field of legal argument) is logocentric, because it cares too much about the structure of the arguments (logos) and leaves on the periphery the theoretical aspects like emotions (pathos), the character of the individual speaker (ethos), non-verbal expression and style. These aspects were central in the tradition of classical rhetoric. My thesis is that it is possible to construct a theory of legal argumentation that gives an important place to these aspects without thereby falling into defending a rhetoric that is propaganda, unethical and concerned only with persuasion.

3. Today there is a distorted idea of rhetoric as it is perceived as a tool for persuasion, as a vulgar practice of advertising imagery. However, in classical times it was a cultural environment that gave rise to a “culture of rhetoric.” Rhetoric is the daughter of democracy and law, she was born so that free people could defend themselves in lawsuits by the word. The word, for Cicero, was the highest expression of human dignity and the peacemaker between peoples. The rhetorical spirit does not aspire to absolute truth, but to generate social majorities, agreements, credible public accounts and shared emotions.

4. Cicero and Quintilian developed a conception of rhetoric that I reclaim. We can call it the “rhetoric of virtue”. That conception of rhetoric attached great importance to emotions, to real audiences (with their peculiarities) and non-verbal and stylistic elements. The central element of this concept is the notion of “*ethos*” (character

development).

5. The key to this classical view is that rhetoric is not simply the art of persuasion, but the art of persuasion exercised by a person who has a certain moral and intellectual education. The orator is someone who exemplifies the ethical and intellectual ideals of their society, for rhetoric requires broad humanistic knowledge (Quintilian justified the usefulness to rhetoric of materials now reviled such as literature, philosophy, dance, music, drama and history, and others seemingly far removed from rhetoric like mathematics or sport) and the development of moral virtues. Rhetoric expresses the exercise of citizenship and cultivation of the virtues that achieve an optimal life within society.

6. Quintilian said “the orator is a good man, skilled in discourse”. “Vir bonus” means to be a good person, who conducts him ethically and politely (in the kind sense, but who is also enlightened and cultivated) according to a virtuous model that can be learned. “Dicendi peritus” refers to the technical part of rhetoric, that is, the specific rules for speaking well.

7. Hermeneutics recovers the rhetorical ideal of the classical period. It leads to a shift in our way of relating to law. The traditional question of legal theory was how does the law compel us? The most important question in a hermeneutical paradigm is what aspects of the law allow us to do what we want? This question involves thinking about the law as a linguistic and cultural activity.

8. The “manager” is a key figure because the moral values of our time are reflected through him. The manager believes that his work is technical and that leaves his performance free from moral considerations. The manager justified his selfishness on a thesis that is commonplace: disagreements over values cannot be resolved because there is no real morality. We see it everywhere among legal professionals who assume this managerial point of view.

9. Legal positivism believes only a scientific use of reason is possible and therefore leaves the ethical theories outside the field of law. Ethics is considered ideology, and is equated with selfish interests. Justice, equity and the common good become suspicious concepts because of their unscientific character. Positivist thesis leaves the field open to the “manager”, who is eager to subscribe to moral relativism thereupon dividing the world into winners and losers.

10. According to virtue ethics (to which I subscribe), all social practices (such as a trial before a court of law) involve excellence models (like the idea of judicial impartiality). Excellence models may change because they are subject to history, but we cannot make a practice without assuming certain models of excellence (ideal of life). Virtue ethics therefore opposes the liberal notion that perceives the community as a neutral ground devoid of evaluative conceptions in which every individual pursues his concept of the good life he has chosen for himself.

11. The person who judges may have doubts about how to identify community values. He may wonder whether to follow the approach of the dominant jurisprudence or adopt the interpretation that he considers more in keeping with the ideal of human dignity that the community defends (developed in human rights). I believe that the second option responds to the hermeneutical paradigm, consisting of a critical approach to the community’s cultural ideals. This attitude can be described as “judicial activism” but it is not arbitrary, since the person judging seeks the answer in the community’s ideals. It does not simply accept those values based on a hypothetical technical impartial rationality or adopt uncritically the dominant jurisprudential line. The person judging undertakes a sincere and holistic dialogue with the community’s values and also expects to achieve a factual consensus convincing the community that the solution adopted is the one that best expresses those values, through legal arguments.

12. Although there is no single correct answer for each question, there are some solutions more reasonable than others if we assess them from the point of view of

human rights. There are some decisions that are completely contrary to the latest values of the legal system and that therefore should not be accommodated. The person judging must interpret the norms in the sense most favourable to the promotion of human rights, as these are the fundamental principles of current parliamentary democracies.

13. Human rights promote an ideal of human welfare that appeals to people's development as social and political beings. There are judicial virtues that can promote that ideal of life. The central virtue of the judicial *ethos* is prudence (finding the right balance in relation to the case in hand, develop a sensitive intellect, judging from the consciousness of human vulnerability, to be conciliating, aspire to intellectual coherence, reflect with an eye on everyday reality and show openness to the new, letting the situation prevail over the rule). Another fundamental virtue is the disposition to compassion (to be affected by the other person, to put oneself in his place). The paradigm of the "rhetoric of virtue" leads the person judging to foster both in himself and the rest of people, the ideal of a dignified life (cultivated, sociable, participative, full of love and friendship).

14. The "rhetoric of virtue" connects with a Republican political philosophy. Republicanism is a philosophical concept that is inspired by the Roman philosophy and the Italian republics of Renaissance humanism. This philosophy claims a commitment and active citizenship by developing civic virtues that express love of the community. Republicanism was one of the theories that led to the paradigm of human rights and was present in the motto "liberty, equality, fraternity". Today the recovery of republicanism is achieved through the rejection of a legalistic vision of democracy and the commitment to forms of participatory democracy.

15. According to the "rhetoric of virtue", when the lawyer believes in the person who he defends and believes that the cause is just, his words are naturally persuasive. This does not mean that the lawyer should not lie, as Quintilian considers that advocacy can lack truth for ethical reasons. Ethics is reflected in the choice of causes, for only just causes must be defended. However, within just causes, there is no objection to choosing the

profitable or that affect friendships. The limit is that the individual lawyer should never harm the underdog. It is just that advocates are paid for their work, but the fees should be established with moderation.

16. Despite its “pragmatism”, the “rhetoric of virtue” can be considered a model of sincere rhetoric. Cicero recommends that, if we want to seem cultured, elegant and have great knowledge of the cause we are defending, the best we can do is indeed to be cultured, elegant and have thoroughly studied the case. Cicero says that culture, elegance and study are difficult to fake, so he recommends a personal transformation, an acquisition of virtues that bring us closer to the ideal of eloquence. Quintilian advises the speaker to express himself peacefully, devoid of anger and secure. But he also recommends not only that we seem free of anger, but that we really are, because anger leads us to say inappropriate things. Sincere rhetoric affects the whole life of the orator because, as Cicero says, it is very positive for our cause that the person judging has a good view of both the speaker and the person being defended. Having a previous life that gives us a good image will help to make us more persuasive, not only because of the foreknowledge of our person, but also because the habit is the best way to develop a polite and modest rhetorical style.

17. My proposal of the “rhetoric of virtue” argues that emotions are not divorced from reason, they are based on estimates of reality that can be true or false (for example, that person has insulted me) and appreciations learned (for example, insult cause us harm). These insights learned are essential for moral behavior. For example, to think that the loss of relatives or illness is important allows us to rationally assess this harm when it happens to others. That is, the ability to be moved is a precondition for compassion, and this enables the appropriate response to events occurring to third parties. Therefore, emotions give us information needed to experience rational reactions in social life.

18. Judicial virtue requires us to develop the compassion necessary to make a rational judgment. Putting yourself in other people’s place is also necessary for the legal profession. The most important piece of advice of classical rhetoric to achieve an

emotion is to feel the same emotions as you want to communicate. Cicero says that one has to know an emotion to be able to show it. The key to persuasion does not lie in faking emotions but learning to experience them (both the joy and pain of others), so developing the compassionate imagination.

19. In the “standard theory” of argumentation and also in classical rhetoric we find a pejorative view of style, which is identified with the accessory, the cosmetic, flowery phrases, home to the fallacy. But thought does not exist without words, and arguments cannot be presented without them. Baltasar Gracian argued that figures of style are the architecture of ideas. Literary devices are conceptual structures (for example, the confrontation between two equal elements: a snake and a bear, or the marking of two extremes that are compared). Just as we find beauty in small units of ideas of speech (literary devices), beauty also emanates in the way in which the whole is organized. That is, style is present in the overall structure of a speech (which can be arranged, for example, following a chronology). Therefore, there is no argument without style, because style is not like clothes that we can take off, but like the body, which is the home of our being.

20. Style expresses values and lets ideologies shine through. The style of drafting laws may reveal the totalitarian ideology of a State, or the positivist ideology of another. The same applies to the writing styles of court rulings, which can express a formalistic conception of law or a hermeneutic view of it. In the Spanish legal framework it is common to find the formalistic conception of law, that is, the philosophy that conceives the task of the legal profession as a technical work that leaves out any social or political motive and any sense of empathy. This design results in both the judiciary and the legal profession using a cold language with scarcely any aesthetic quality. The architectural style of the Chambers and the courts of justice express the seriousness of the law. The current sobriety of the Courts’ expression of legal formalism manifests a profound need for order. At this time the debate on the architecture of the Courts is how to promote democracy and human rights from the design.

Final recapitulation. “Rhetoric of virtue” is a term that I use for the classical theory, developed by Cicero and Quintilian, which promotes the acquisition by the advocate of a broad culture and a strong moral commitment. This theory holds that ethical and intellectual wealth is the surest way to become persuasive. Moving ourselves emotionally first is the most effective way to move others. Being cultured and elegant is the surest way to look cultured and elegant.

However, persuasion is not the central objective of the “rhetoric of virtue,” as the development of an ethical and complex character will lead us to ask ourselves what the ultimate goals of our profession are, putting other objectives over economic profit or winning the case. The assumption of the “rhetoric of virtue” would lead to a practice of law or the judiciary committed to human dignity and human rights that express it.

The rhetorical model I propose provides abundant useful techniques for achieving effective persuasion in the courts, but these techniques are presented within a theoretical body more complex than an ethical substrate contributes. The “rhetoric of virtue” welcomes without fear the rhetoric of the passions, the elegance of style and the persuasive capacity of images. No persuasive technique is rejected since the reasonable nature of argumentation rests on the values and intentions of the orator.

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.
- 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. (1978). *Acerca del alma [De anima]*. (T. Calvo, Trans.) Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (1970). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Aristóteles. (2011). *Ética Eudemia*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (1970). *Metafísica*. (V. GarcíaYebra, Trans.) Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (2001). *Parts of Animals*. (J. Lennox, Trans.) Oxford: Oxford University Press.
- Aristóteles. (1974). *Poética*. (V. GarcíaYebra, Trans.) Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (1988). *Política*. (M. GarcíaValdés, Trans.) Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (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.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.

- Atienza, M. (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. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- 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.
- Barragán, F., & Vélez, S. (2006). Sobre la argumentación discursiva en la elaboración de propuestas plásticas. *Artes, La Revista* (12), pp 76-82.
- Barthes, R. (1961). Retórica de la imagen. *Comunicaciones* (1).
- Barthes, R. (1978). *Roland Barthes*. (T. Sucre, Trans.) Barcelona: Kairós.
- Battle, M. (1933). Estética y Derecho. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 82 (162), 294-309.
- 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.
- Boyd, J. (1985). *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Boyd, J. (1982). Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*, 6, 415-445.
- Boyd, J. (1990). Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *University of Chicago Law Review*.
- Boyd, J. (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. *Phylosophy 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.
- Calvo, J. (2013). Derecho y Literatura, ad Usum Scholaris Juventis (con relato implícito). *Seqüência* (66), 15-45.
- Calvo, J. (2017). Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 308-332.
- Calvo, J. (1996). *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Capella, J. (1985). El trabajo como dato prejurídico. *Doxa* (2).
- Cardozo, B. (1925). Law and Literature. *The Yale Review* (14), 699-706.
- 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.
- Chiassoni, P. (2011). Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. In J. Ferrer, & G. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Cicerón, M. (2004). *Bruto, o de los ilustres oradores*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Cicerón, M. (1951). Diálogos del orador. In M. Cicerón, *Obras escogidas* (M. MenéndezyPelayo, Trans.). Buenos Aires: Librería "El Ateneo".
- Ciceron, M. (2004). *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial.
- Cicerón, M. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trans.) Madrid: Gredos.
- Claramonte, J. (2011). *Desacoplados. Estética y política del western*. Madrid: Papel de fumar ediciones.
- Condon, W. (1971). Speech and Body Motion Synchrony of the Speaker-Hearer. *Perception of Language*, 150-173.
- Cook, N. (1991). Shakespeare Comes to the Classroom. *Denver University Law Review* (68), 387-401.
- D'Amato, A. (1936). *La letteratura e la vita del diritto*. Milán: Ubezzi & Dones.
- Danto, A. (2000). *Después del Fin del Arte: el arte contemporáneo y el linde de la historia*. (E. Neerman, Trans.) Barcelona: Paidós.
- Davis, F. (2004). *La comunicación no verbal*. Madrid: Alianza.

- DeAsís, A. (1959). *Derecho y Arte*. Publicaciones de la Escuela Social de Granada.
- DeElea, A. (2005). *Testimonios y fragmentos*. Madrid: Gredos.
- DeHipona, A. (2003). *Confesiones*. Madrid: Ciudad Nueva.
- DeHipona, A. (1958). Sobre la doctrina cristiana. In *Obras de San Agustín*. Madrid: B. A. C.
- DeLámpsaco, A. (2005). *Retórica a Alejandro*. Madrid: Gredos.
- DePáramo, 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).
- DeSantiago, L. (1999). Hermenéutica y deconstrucción: divergencias y coincidencias ¿un problema de lenguaje? (C. Maillard, & L. DeSantiago, Eds.) *Contrastes, Estética y hermenéutica* (Suplemento 4), 229-248.
- Descartes, R. (1987). *Discurso del método*. Madrid: Tecnos.
- DeSevilla, 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.
- Douzinas, C., & Nead, L. (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.
- Fish, S. (1980). *Is There a Text a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fisher, J. (1993). Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence? *Texas Law Review* (72), 135-160.
- Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin.

- Fiss, O. (1982). Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review* , 739-763.
- Fitzpatrick, P. (2004). Juris-fiction: literature and the law of the law. *ARIEL: A Review of International English Literature* (35), 215-229.
- Foster, H. (1999). Obscene, abject, traumatic. In C. Douzinas, & L. Nead (Eds.), *Law and Image, The authority of Art and the Aesthetics of Law*. London: The University of Chicago Press.
- 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.
- 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.
- García, D. (2014). Poética jurídica. Apuntes para una metaforología en el Derecho. *InterseXiones* (5), 69-109.
- GarcíaAmado, J. (2003). Breve introducción sobre derecho y literatura. In J. GarcíaAmado, *Ensayos de filosofía jurídica* (pp. 361-371). Bogotá: Temis.
- Gardner, J. (2001). Introduction. In A. Gearey, *Law and Aesthetics* (pp. VII-IX.). Oxford: Hart Publishing.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gearey, A. (2001). *Law and Aesthetics*. Oxford: Hart Publishing.
- Georas, C. (2009). Colonialidad, performance y género: la saga de Lorena Bobbitt. In *Derecho, género e igualdad* (Vol. I, pp. 137-159). Universidad Autónoma de Barcelona.
- Getman, J. (1988). Voices. *Texas Law Review* (66), 577-78.
- Gilligan, C. (1993). *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development* . Cambridge: Harvard University Press.
- González, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra.
- GonzálezLagier, D. (2005). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra editores.
- Goodrich, P. (1994). Jani Anglorum: Signs, Symptoms, Slips, and Interpretation in Law. In C. Douzinas, & P. Goodrich (Eds.), *Politics, postmodernity and Critical Legal Studies*.
- Goodrich, P. (1990). *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*. London: Weidenfeld and Nicolson.

- Goodrich, P. (1996). *Law in the courts of love, Literature and Other Minor Jurisprudences*. Londres: Routledge.
- Goodrich, P. (1995). *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law*. Hardcover: University of California Press.
- Goodrich, P. (1992). Specula Laws: Image, Aesthetic and Common Law. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 205-226). Nueva York: Peter Lang Publishing.
- Goodrich, P. (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.
- Greenawalt, K. (1992). *Law and Objectivity*. Oxford: OUP.
- Groarke, L. (2002). Hacia una pragma-dialéctica de la argumentación visual. In F. VanEemeren (Ed.), *Advances in Pragma-Dialectics* (pp. 137-151). Amsterdam: Vale Press, Newport News.
- 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. (1986). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Habermas, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (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.
- Heatherton, T., Kleck, R., Hebl, M., & Hull, J. (2000). *The social psychology of stigma*. New York: Guilford 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.
- Isócrates. (1979-1980). Contra los sofistas. In *Discursos. Obra completa* (J. Guzmán, Trans.). Madrid: Gredos.
- Isócrates. (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.
- Kant, I. (2010). Crítica de la Razón Pura. In *Obras completas I*. Madrid: Gredos.
- Kant, I. (1961). *Crítica del Juicio*. (J. Rovira, Trans.) Losada.
- 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.
- Karam, A., & Magalhaes, R. (2009). Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* (4), 164-213.
- Kelsen, H. (2006). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (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.
- Kennedy, G. (1963). *The Art of Persuasion in Greece*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Kierkegaard, S. (2007). *Estética y Ética. En la formación de la personalidad*. Sevilla: Espuela de Plata.
- 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.
- Llewellyn, K. (1953). *Belleza y estilo en el Derecho*. Barcelona: Bosh.

- 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.
- Lukacs, G. (2012). *Teoría de la novela*. Buenos Aires: Godot.
- 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.
- Manderson, D. (2000). *Songs Without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- Martínez, J. (1999). *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.
- Martínez, P. (2015). El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente el 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.
- Meador, P. (1983). Quintiliano y la Institutio oratoria. In J. Murphy, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*. Madrid: Gredos.
- Meador, P. (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).
- Mulcahy, L. (2011). Legal architecture. In *Justice, due process and the place of law*. Londres: Routledge.
- Murphy, W. (1962). Leadership, Bargaining, and the Judicial Process. In G. Schubert, & R. McNally (Eds.), *Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research*. Chicago.
- Nava, A. (2015). *La Insitucionalización 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.
- Nietzsche, F. (1973). *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Alianza.
- Nietzsche, F. (1994). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (1996). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Nietzsche, F. 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.
- Núñez, S. (1997). Introducción. In Anónimo, *Retórica a Herenio* (pp. 8-45). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
- Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona : Paidós .
- Nussbaum, M. (2005). *El conocimiento del amor: ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: A. Machado Libros.
- Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética*. (C. Gardini, Trans.) Barcelona: Editorial Andrés Bello.
- Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado.
- Olivecrona, K. (1968). *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro editor de América Latina.
- OrtegayGasset, J. (1926). La deshumanización del arte. *Revista de Occidente* , 1-13.
- Ost, F. (2006). El reflejo del derecho en la literatura. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (29), 339-349.
- 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. (1957). Evidence et Preuve. *Dialectica* (11), 230-238.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Perelman, C. (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.
- Platón. (1986). Fedón. In *Diálogos* (Vol. III). 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.
- Platón. (1986). República. In *Diálogos* (Vol. IV). Madrid: Gredos.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca, Trans.) Madrid: Marcial Pons.
- Posner, R. (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.
- Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ranciere, J. (2009). La división de lo sensible. Estética y política. *Centro de Estudios Visuales de Chile* , 1-23.
- 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.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (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.
- 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.
- Rorty, R. (1996). *Consecuencias del pragmatismo*. (J. Cloquell, Trans.) Madrid: Tecnos.
- Rorty, R. (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 .
- Rousseau, J. (1995). *Emilio o de la educación*. Madrid: Alianza.
- Rousseau, J. (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.
- Said, E. (1978). *Orientalism*. New York: Pantheon.
- Said, E. (1983). *The World, the Text and the Critic*. Cambridge: Harvard University Press.
- Salas, M. (2011). *Yo me engaño, tú te engañas, él se...Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*. San José de Costa Rica.: Isolma.
- 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.
- Sansone. (2001). *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milán: Giuffrè.
- Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político de la postmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Sartre, J. (1950). *¿Qué es la literatura?* (A. Berández, Trans.) Buenos Aires: Losada.
- Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho romano actual*. (J. Mesía, & M. Poley, Trans.) Madrid: Centro Editorial Góngora.
- Schefflen, A. E., & Schefflen, A. (1972). *Body language and social order: communication as behavioral control*. Englewood Cliffs : Prentice-Hall.
- 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.
- Schopenhauer, A. (1960). *El mundo como voluntad y representación* (Vol. III). (E. OvejeroyMauri, 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).
- Summers, R., & Hillman, R. (2001). *Contract and Related Obligation. Theory, Doctrine and Practice*. St. Paul: West Group.
- Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: OUP.
- 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.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer, Trans.) Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2009). Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. In *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. (M. Aramburo, Trans.) Madrid: Marcial Pons.
- Thomas, B. (1987). *Cross-examinations of law and literature*. New York: Cambridge University Press.
- 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.
- Tushnet, M. (1984). Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction. *Stanford Law Review* , 223.
- VanEemeren, F., & Grootendorst, R. (2004). *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: CUP.
- 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.
- VanEemeren, H., & Houtlosser, P. Rhetoric in pragma-dialectis. *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.

- Vitruvius. (1914). *The Ten Books on Architecture*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- VonFoerster, H. (1997). Principios de autoorganización en un contexto socioadministrativo. *Cuadernos de Economía* (26), 131-162.
- Walton, D. (1989). *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*. Cambridge: CUP.
- Ward, I. (1994). From Literature to Ethics. The Strategies and Ambition of Law and Literature. *Oxford Journal of Legal Studies* , 389-400.
- Ward, I. (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Weisberg, R. (1992). *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*. Nueva York: Columbia University Press.
- Weisberg, R. (1989). *The Failure of The Word: The Lawyer as Protagonist in Modern Fiction*. New Haven: Yale University Press.
- West, R. (1985). Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Harvard Law Review* , 99, 384-428.
- West, R. (1988). Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement. *Yale Journal of Law and Humanities* , 129-156.
- West, R. (1988). Economic Man and Literary Woman: One Contrast. *Mercer Law Review* , 867-878.
- Wigmore, J. (1908). A List of Legal Novels. *Illinois Law Review* (3), 574-596.
- Williams, M. (2002). *Empty Justice: One hundred years of Law, Literature and Philosophy. Existencial, Feminist and Normative Perspectives in Literary Jurisprudence*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Winn, P. (1992). Legal Ritual. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 401-442). Nueva York: Peter Lang Publishing.
- Winterbottom. (1964). Quintilian and the vir bonus. *The Journal of Roman Studies* (LIV), 90-97.
- Wittgenstein, L. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.
- Young, A. (1992). Nothing Out of the Ordinary: The Criminality of the Feminine Body. In R. Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetic* (pp. 443-461). Nueva York: Peter Lang Publishing.