



FACULTAD DE DERECHO

DIALÉCTICA ENTRE JUSTICIA PROCEDIMENTAL Y JUSTICIA FUNDACIONAL

Gonzalo Hornillos Cárdenas

5° E-3 B

Filosofía del Derecho

Tutor: Miguel Francisco Frande Yáñez

Madrid

Abril 2018

Resumen:

El estudio gira en torno a la génesis del acto de juzgar. Se trata de encontrar la fuente de la que emana nuestro juicio como personas, nuestra capacidad de discernir el bien del mal, lo correcto de lo erróneo. Se contraponen dos visiones dentro de esta discusión: Justicia Procedimental y Justicia Fundacional. La primera defiende que la Justicia se crea a partir del consenso entre individuos, dando lugar a una Justicia cuya fuerza reside en el acuerdo mutuo de todos los intervinientes; mientras que la segunda teoría defiende que hay una capacidad innata para identificar la Justicia intrínseca de los actos que realizamos en la sociedad.

Dentro de este marco se desarrollarán ambas tesis, se exponen individualmente y después pasan a ser cotejadas conjuntamente. Así las cosas, la teoría Fundacional pasa a reconocerse como más viable, dando lugar a la pregunta de *¿De dónde emana este sentido de justicia común a todo individuo?* Se presenta a Charles Taylor y sus *Fuentes del Yo* como mayor exponente de una teoría del imperativo moral, que permite edificar una moral basada en la positivización, contraponiéndose a las dinámicas de afirmación por descarte que reinan en los campos legislativos.

Por último, se abandona el terreno de las ideas para pasar a proponer líneas biológicas que tratan de explicar, con una base química, la bondad o la maldad de las conductas humanas.

Palabras clave: Justicia Fundacional, Justicia Procedimental, fuentes de la moral, acto de juzgar, Ricoeur, Taylor.

Summary:

The investigation goes through the act of judging. The purpose is to find the genesis of our judgement as individuals, our ability to distinguish between good and evil, correct or wrong. Two perspectives are opposed within this discussion: Procedural Justice and Foundational Justice. The former defends that Justice is created from a consensus among individuals, deriving in a Justice whose strength is based on the common agreement of all the participants; the latter defends that there is innate ability that identifies the intrinsic Justice of the acts developed among a society.

Within this frame, both thesis will be developed, both will be introduced and explained individually. Then, they will be confronted together. As a result, the Foundational theory will be recognized as the most valuable, deriving in the question of *Where does this universal sense justice comes from?* Charles Taylor will be introduced as the major author of imperative moral theories, which enables us to build a moral based on positive affirmation, in contrast with the negative dynamics of affirming by discard that reigns in the legislative fields.

Last, abstract fields will be abandoned to propose biological paths that try to explain, basing on chemicals, the good or evil human conducts.

Keywords: Foundational Justice, Procedural Justice, sources of the Self, act of judging, Ricoeur, Taylor

| | |
|---|-----------------|
| INTRODUCCIÓN |4 |
| I. RAÍZ DEL ACTO DE JUZGAR: JUSTICIA PROCEDIMENTAL VS FUNDACIONAL | 6 |
| I.1. Justicia Procedimental, a propósito de Rawls | 8 |
| I.2. Justicia Fundacional, a propósito de Ricoeur | 11 |
| <i>I.2.1. De lo injusto a lo justo: La construcción positiva de la justicia..</i> | <i>12</i> |
| I.3. Proceso que lleva a alumbrar la justicia | 15 |
| <i>I.3.1. Tesis de la Interpretación: Dworkin</i> | <i>..... 16</i> |
| <i>I.3.2. Tesis de la Argumentación: Alexy y Atienza</i> | <i>..... 18</i> |
| II. HACIA UNA FUENTE POSITIVA DE LA MORAL | 21 |
| II.1. Génesis del acto de juzgar según Ricoeur | 21 |
| II.2. Charles Taylor: Ontología de la moral | 25 |
| <i>II.2.1. Hiper bienes y life goods</i> | <i>..... 26</i> |
| II.2.2. Evaluación fuerte | 27 |
| III. LÍNEAS BIOLÓGICAS A CONSIDERAR | 32 |
| III.1. La responsabilidad del juez | 32 |
| III.2. La sensibilidad del juez más allá de la esfera judicial | 34 |
| III.3. Serotonina: ¿La química de la justicia? | 36 |
| CONCLUSIONES | 40 |

INTRODUCCIÓN

El estudio tratará de indagar en la génesis del “acto de juzgar”. Se hace a propósito de Nietzsche por ser la figura histórica que es capaz de romper en Occidente con unos apriorismos enraizados fuertemente en la sociedad de la época, marcados por la figura de Kant, la cual estaba contaminada por un dogmatismo judeo-cristiano. De esta manera el autor alemán desmonta unos cánones de conducta que se encontraban positivados aseverando una relatividad absoluta que tendrá por nombre *nihilismo*, reduciendo toda verdad a un núcleo irreductible de absurdo. Al desproveer a la sociedad de los valores y pautas de comportamiento que venían rigiendo las relaciones sociales y estatales, Nietzsche propone unos ideales nuevos con el objetivo de no dejar huérfano a aquel rebaño que ahora no tenía pastor.

La obediencia era uno de los valores que criticaba, sumisión enmascarada de virtud según él mismo. Por tanto, el juicio crítico y la capacidad de pensar independientemente eran la receta que proponía para liberarse de estos códigos opresores. Sin embargo, en la elaboración de su *ultrahombre*, Nietzsche termina elaborando una serie de virtudes que servirán de guía para aquellos que deseen vivir la única vida que se les ha sido otorgada de manera vital y desplegando todas las capacidades individuales. Convirtiéndose su mensaje, aparentemente pesimista y decadente, en una oportunidad de *vivir* aprovechando al máximo nuestro *ser*.

Se podría pensar entonces, que el ideal de justicia que se persigue debería entenderse teniendo al superhombre como espejo con el que cotejar la postura de las partes a la hora de elaborar un juicio. No es ese el enfoque que se seguirá, ni siquiera procuraremos idear a un juez como un superhombre “seguro, independiente e individualista, que no se deja llevar por la multitud; al contrario de las personas débiles, que sólo se dejan llevar por las tradiciones y las reglas establecidas”¹. Si el juez siguiera estas líneas, estaría en unos apriorismos que es precisamente lo que se pretende evitar al elaborar el proceso cognitivo y sentimental que atraviesa a la hora de juzgar. Buscando el fino equilibrio de *lo justo*², que según Paul Ricoeur se “encuentra entre lo legal y lo bueno”, pretendemos sentar unas bases sobre las que se asienten las posturas judiciales que adoptan los jueces. Todo ello entendiendo el acto de juzgar en su máxima

¹ Nietzsche, F., *Así habló Zarathustra*, Edimat Libros, Madrid, 2012, p. 48.

² Cf. Ricoeur, P., *Lo justo*, Caparrós, Madrid, 1995, p. 31.

complejidad, como la labor de posicionarse tras haber opinado, entendido, defendido y argumentado³.

Este viaje por el proceso interior del juez sólo podemos entenderlo desde la perspectiva de la hermenéutica, y no es por adherencia filosófica, sino por ser la única perspectiva que puede abarcar la complejidad el proceso comunicativo y empático que tiene lugar en el juicio. Aquí sortearemos el peligro de identificar lo justo con la opinión mayoritaria y por tanto instrumentalizar la justicia, pero hay tener en cuenta la **intersubjetividad lingüística** a la hora de pensar que se enmarca en cada periodo histórico y por tanto cambiante. De esto inferimos lo que todos intuimos, y que no habrá una verdad si no que quizás la verdad sea el método⁴.

³ Proceso escalonado que desemboca en la toma de decisión, propuesto por Ricoeur (vis capítulo “acto de juzgar”, *Lo justo*).

⁴ Gadamer, H.G., *Verdad y Método*, II, Sígueme, Salamanca, 1998, p.62

I. RAÍZ DEL ACTO DE JUZGAR: JUSTICIA FUNDACIONAL VS JUSTICIA PROCEDIMENTAL

En busca de una Teoría del proceso Jurídico, enmarcada en la Hermenéutica, que pueda regir los procesos contenciosos, podemos dirimir una línea que va desde un **apriorismo**, que fije una estructura sellada que poder seguir, hasta un **decisionismo**, con el único límite de la discrecionalidad del juez. En el primer extremo encontraríamos a autores como Habermas, Apel o Rawls; quienes parten de un pragmatismo social que llevaría aparejado una finalidad, que es la que guiaría el proceso en todos sus estadios y condicionaría, junto con la ley que a su vez persiguiera estos fines de utilidad social, la sentencia del juez. Conformarían pues una Justicia Procedimental, donde la misma sería resultado de un proceso. En el extremo opuesto hallaríamos las teorías morales intuicionistas en la que el peso de la decisión recaería por entero en el juez, entendiendo la capacidad de éste para resolver a tenor de un **imperativo de la mejora moral**. Con líneas como las de Aristóteles, Paul Ricoeur o Charles Taylor⁵. Ésta serie de autores alegan la existencia de una justicia intrínseca al ser humano. Entienden por tanto que la Justicia es Fundacional, negando que sea resultado de un proceso externo elaborado por el hombre. Aunque, como ya veremos más adelante, pueden defender el Proceso como medio para hacer emerger la Justicia.

Se puede observar que el factor clave para la ubicación dentro de las “Teorías del proceso Jurídico” es el de confianza optimismo/pesimismo en el ser humano como individuo. Habermas, estandarte de un marxismo crítico, defendía un estado paternalista y determinista con constantes injerencias en las esferas individuales, dejando entrever un entendimiento pesimista del ser humano. En la misma línea, Rawls prevé en su *Teoría de la Justicia*⁶ un escenario primitivo equitativo, al que llama posición original, donde a partir de unos principios básicos se alcanzarían estos fines de justicia social⁷. Los autores que defienden esta postura de regir el proceso por unos cauces más o menos previsibles, evitan caer en apriorismos kantianos al poner el foco en la finalidad social que, según ellos, debe gobernar el proceso. En cambio, en el otro extremo hallamos la aspiración a la unidad⁸, donde un juez sería capaz de comprender hasta el punto de entender el sentido de las partes que intervienen en el proceso. Estaríamos hablando de superar la

⁵ Cf. Taylor, C., *Sources of the self: The making of the modern identity*, Harvard University Press, 1989.

⁶ Cf. Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979, pp, 15-32.

⁷ Entendiéndose, según Rawls por una justicia distributiva.

⁸ Interpretable desde un enfoque budista del término, aunque también enunciado en *Sí mismo, como otro* en Ricoeur, con un análisis más hermenéutico.

argumentación sistematizada y su contenido, en este caso el juez se fundiría en un plano cuasi espiritual y aprehendería la postura de ambas partes. De esta manera *alumbra* un veredicto que zanja el conflicto. Esta línea, si bien es extremadamente optimista no sólo con un sentido moral sino también con sus capacidades interpersonales, en el plano teórico plantearía una auténtica igualdad de las partes en el proceso. Esto se daría gracias a la capacidad del juez de abstraerse de las habilidades persuasivas y de las construcciones narrativas, siempre interesadas, que se dan en la discusión entre las partes.

Es interesante apreciar estos dos extremos: el Procedimental y el Fundacional, ya que Ricoeur se mueve entre ambos, pero tratando de no adherirse a ninguno de ellos, a la vez que niega apriorismos o estructuras prefijadas que rijan el proceso. Fórmulas como “Lo justo, entre lo legal y lo bueno”⁹ o sus recorridos entre el punto de vista teleológico y el punto de vista deontológico a la hora de elaborar su filosofía moral, evidencian su constante vaivén entre ambas posturas, se vale de ambas para encontrar un punto medio. Iremos viendo en fragmentos de su obra *Lo justo* donde se aprecian estos juegos de equilibrista.

Debido a la filiación y a la vez al rechazo que Ricoeur realiza entre ambas posturas, entendemos que su obra nos será de ayuda para guiarnos en este estudio que trata de discernir la naturaleza de la Justicia. Se tomarán los capítulos VII y IX de *Lo justo*, como esqueleto para ir adicionando y matizando puntualizaciones de Ricoeur. Si bien Nietzsche, con su brusca fractura con las concepciones clásicas de justicia y la emersión de valores que propuso, nos supone una inspiración para la realización del estudio, Ricoeur será quien conduzca el mismo.

⁹ Ricoeur, P., *op cit*, p. 31.

I.1 Justicia Procedimental, a propósito de Rawls

Recuperando la postura de Rawls, quien trama una hipotética conversación para llegar a un punto de “posición estable pactada”¹⁰. No puede evitar caer en la dotación de ciertas bases de conocimiento sobre las que se mueven dichos negociadores, aportando cierto tinte fundacional a la idea de justicia. Sostiene entonces que toman dichas decisiones con conocimientos vitales, como son la idea de propiedad, de desigualdad, pero no conocen sus posiciones iniciales.

Nos encontramos entonces con un Rawls que quiere buscar procedimentalmente la idea de Justicia. El procedimiento estaría regido por la argumentación, y mediante el debate se encontraría un consenso, aunque haya posturas cambiantes entre los intervinientes, siempre se podrá llegar a un punto de consenso al que todos darían el visto bueno, ya que todos parten de la misma posición. Defiende que, si alguno de los negociadores ha sido capaz de cambiar de opinión, los presentes tendrán la misma capacidad para hacer lo propio, concluyendo en un consenso común.

Nótese que en esta hipótesis Rawls dota a los *negociadores* de las características que le convienen para que le funcione el debate ficción que propone. No baraja, entre el elenco de atributos que otorga a los negociantes, nociones tan humanas como la aversión al riesgo, optimismo individual, confianza en un destino favorable u otras condiciones que afectan al humano a la hora de argumentar y defender las posturas propias. Aunque media un velo de ignorancia, no podemos menospreciar que un debate en el que medie una natural confianza en un destino favorable repercute en una menor compensación del débil, por lo que a la hora de fijar las posiciones reales (sin velo) de los intervinientes, resultara en un reparto poco justo de los recursos o derechos del más desfavorecido.

El hecho de que Rawls escoja interesadamente los atributos y conocimientos de los negociadores, descartando las consecuencias de los otros atributos, nos lleva a descartar su *posición estable pactada*, ya que parte de una hipótesis falseada e incompleta al no manejar toda la complejidad humana. Previsiblemente, el acuerdo alcanzado en la fase de consenso estable no fuera útil al ponerla en práctica por la falta de variables mencionada previamente. Da la sensación de que, incluso, los negociadores podrían incluir la virtud de la justicia entre ellas, omite interesadamente la dotación de justicia.

¹⁰ Rawls, J., *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. Anaya, Madrid, 1999, p. 95.

Es más, supongamos que el ejercicio de ficción que propone Rawls es válido. El mismo escenario, con los mismos participantes racionales, daría como resultado de la argumentación entre los negociadores el mismo pacto. Pues bien, pongamos que se simula mil veces el debate, obtendríamos mil consensos iguales. Éste resultado evidencia que la justicia se abre paso de la misma manera en todas las ocasiones. Abriéndose la ventana hacia una Justicia fundacional, que no producto de un debate. Digamos que el procedimiento alumbraría la justicia, no la crearía.

Más allá del funcionamiento teórica de la teoría de Rawls, varios autores mencionan que resulta optimista confiar que un sistema que proviene de una hipótesis ficticia se prevea como cauce de solución a problemas de la historia de la humanidad¹¹.

Durante este estudio, el librarse de los prejuicios y formalidades conlleva el peligro de caer en dogmas nuevos. A su vez, el tratar de evitar unos límites o unas bases mínimas nos puede llevar a una indeterminación absoluta que no nos permita sacar nada en claro. Da la sensación de que esto mismo es lo que le sucede a Nietzsche a la hora de proponer su ideal de superhombre, aunque él mismo impide que se dé esta paradoja al introducir la capacidad crítica como bandera y la generación de valores propios. En dicha capacidad crítica que propone el alemán encontramos el germen del espíritu hermenéutico, basado en la reflexión sobre la tradición, aunque entiende que fenomenológicamente estemos “arrojados al contexto”¹², y por tanto ligados a la herencia de la cultura. Para ejemplificar un intento de asentar unas bases mínimas y universales que sirvan de guía, que no de contenido, a la hora de impartir justicia, encontramos el trabajo de John Rawls en su Teoría de la Justicia, en la que plantea un escenario primitivo-equitativo a partir del cual el ser humano elaboraría un sistema de distribución muy básico a partir de su regla del *maximin*, consistente en la maximización de los mínimos como criterio universal, y a la vez meta, a la hora de juzgar o impartir Justicia. Incluso con una premisa tan genérica y aparentemente aceptable, muchos autores la tachan de simplificadora y deshumanizadora, además de justificadora de la figura del chivo expiatorio como bien elabora Ricoeur.

¹¹ Cf. Ricoeur, P., *op.cit*, p. 95.

¹² Heidegger, M., *Ser y Tiempo*, Trotta, Madrid, 2012, p. 104

El *maximin* servirá, por tanto, como vara de medir tanto a priori como una vez alcanzado el consenso. Rawls prevé que, en el desarrollo de la sociedad, bajo el acuerdo unánime se sucedan prácticas que no se pudieran anticipar en la teoría:

“Por un proceso de ajuste, cambiando a veces las condiciones de las circunstancias del contrato, en otro caso retirando los juicios y adaptándolos a los principios, presumo que terminaremos por encontrar una descripción de la situación inicial, que al mismo tiempo, exprese las condiciones previas razonables y conduzca a principios acordes con nuestros juicios bien fundados. Califico este estado final de equilibrio reflexivo.”¹³

Este ejercicio de ajuste aporta una visión dinámica del proceso de creación de justicia. A su vez, realiza una retroalimentación entre teoría y práctica a la hora de crear leyes y sistemas de reparto. No obstante, apreciamos que, en aras de conseguir un resultado más eficaz, pierde consistencia su tesis de corte argumentativo¹⁴, aquella que garantizaba que el acuerdo alcanzado bajo el velo de la ignorancia sería la más justa, garante de principios e impulsada por convicciones. A continuación, exponemos los dos motivos por los que la regla del *maximin* abandona el plano teórico abstracto y se convierte en una regla de regateo¹⁵, más propio del sentido común que de un *axioma* sobre el que construir una teoría procedimental de la justicia.

- A) La corrección del consenso inicial se hace una vez se haya bajado el telón de la ignorancia, es decir, en contacto con el contexto y conociendo las condiciones concretas en las que se desarrollará cada individuo ¿No residía parte de la belleza de la teoría de Rawls en la ignorancia del escenario? La necesidad de Rawls de corregir el consenso evidencia la limitación que experimentan los negociadores a la hora de elaborar una distribución justa exclusivamente mediante la argumentación.
- B) ¿Con qué criterios se corrigen las desigualdades derivadas del primer consenso? Si precisamente se elabora un acuerdo para establecer lo que es justo y lo que no, resulta contradictorio que se deba corregir una justicia desde la misma justicia. Entendemos que, al encuadrarnos en una tesis orientada hacia la finalidad social, la corrección provenga de una brecha entre el desarrollo de la sociedad y las metas que se perseguían. Esta corrección se realiza mediante un juicio reflexivo al

¹³ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979, p. 38,

¹⁴ Tesis argumentativa frente a las tesis interpretativas.

¹⁵ Ricoeur, P., *op cit*, p. 101.

equilibrar convicción y teoría a partir de una interpretación del resultado derivado del primer consenso. Se abandona de esta manera la concepción puramente procedimental de la justicia¹⁶.

I.2 Justicia Fundacional, a propósito de Ricoeur

Si bien en el epígrafe anterior, referente a la Teoría Procedimental, encontrábamos constructos teóricos que nos llevarán a enarbolar una serie de procedimientos y marcos en los que encuadrar la creación de la justicia; ahora nos movemos en un terreno en el que no se construye una teoría propiamente. La justicia que se pretende defender en este epígrafe no es producto de nada, y eso es lo que realmente se quiere estudiar.

No se responderá aquí a la antiquísima pregunta filosófica de ¿Qué es la justicia? Pero se tratará de mostrar evidencias que reflejen la naturaleza fundacional de la justicia. En suma, resulta imposible dar una respuesta firme sobre el origen de la naturaleza en términos fundacionales. Por ello, recurriremos a la afirmación por descarte. Un proceso de limado que no nos llevará a encontrar la verdad, sino a descartar todo aquello que es falso. Nos valemos de la imagería que nos ofrece Nietzsche a partir de Copérnico: “Seres oscilantes hacia un núcleo”¹⁷, pero que nunca lo tocarán. No quiere decir que el núcleo no exista, pero resulta inaprehensible. Hablaríamos entonces de una justicia aspiracional, donde encontramos autores como Vattimo o Deleuze, que entienden esta voluntad como una muestra de que la única posible salida es “experimentar el nihilismo como la única vía posible de la ontología”¹⁸; o Ricoeur y Taylor, quienes abrazan este horizonte y le hace responsable de las manifestaciones que aspiran a ser buenas y justas. Ambos bandos hablan de horizontes, ambos coinciden en que es inalcanzable, pero los primeros lamentan que no se pueda llegar, mientras que los segundos celebran que se pueda aspirar a algo verdadero. Coronando esta presentación acerca de la justicia fundacional, utilizamos unas palabras de Vattimo, inspiradas en Heidegger, que acercan ambas posturas al plantear el escenario hermenéutico y anticipan la evolución de lo que queda de estudio:

¹⁶ Cf Ricoeur, P., *op.cit.*, p. 97.

¹⁷ Vattimo, G., *Más allá del sujeto*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 58.

¹⁸ *Ibid*, p. 52.

“[Sobre el] Desvelamiento: son verdaderos los enunciados verificados según determinadas reglas en base a las cuales los enunciados verdaderos se construyen y se verifican.

Con esta verdad no podemos tener una relación “científica”: no la podemos demostrar o falsificar experimentalmente. La filosofía, por lo demás, ha definido desde siempre el propio modo de acceso a la verdad utilizando términos como “reflexivo” o “transcendental” los cuales aluden al hecho de que en los enunciados filosóficos nosotros tomamos nota de estructuras en las cuales ya siempre estamos y que condicionan también nuestro mismo tomar nota de ellas.”¹⁹

1.2.1. De lo injusto a lo justo: La construcción positiva de la justicia

Ante esta dificultad de precisar lo que es justo, el propio Ricoeur propone jugar a la inversa al hacer notar que el ser humano es mucho más sensible a la injusticia, dándonos la imagen de un ciudadano gritando “¡Qué injusticia!”, mostrando lo visceral de la respuesta humana ante flagrantes actos que contravienen esquemas internos e inherentes a todos. Dibuja así una intuición propia, acerca de unos apriorismos que, si bien no son “genéticos”, son al menos producto de la intersubjetividad lingüística del proceso de pensar que compartimos los humanos de un mismo periodo-contexto²⁰.

La alteración de valores y principios morales que se han dado a lo largo de la historia no es un obstáculo para afirmar, o al menos intentar defender, la existencia de una capacidad innata para discernir lo justo de lo injusto. Tratando el arquetípico caso de la violencia, nos apoyamos en el Leviatán de Hobbes para entender que la paz puede ser producto de un acuerdo entre dos facciones violentas que aceptan una tregua para preservar la supervivencia de cada pueblo. Por tanto, no siempre la paz surge de una sensibilidad superior que nos lleva a respetar la integridad del ajeno. No obstante, siempre está presente la preservación de la integridad propia, siendo extrapolable a la del otro. Esta extrapolabilidad no es un mero mecanismo de analogía realizado racionalmente, es una característica antropológica universal. É aquí una de las claves del discurso: la repetición de unos patrones de conducta, comunes a todas las personas en un mismo contexto, aceptados por todos los participantes de la sociedad. En esta capacidad de asentir naturalmente encontramos un elemento fundacional que nos permite conocer, o seguir indagando al menos, en una Justicia innata que nace en cada individuo.

No podemos dejar de percibir en los concatenados intentos de Rawls para articular una creación de Justicia, frente a la naturalidad que emana de la tesis de Ricoeur.

¹⁹ *Ibid*, p. 18.

²⁰ Cf. Ricoeur, P., *op cit*, pp. 22-24.

Inspirados por la manera en la que el físico teórico Dirac experimentaba las matemáticas, defendemos que las fórmulas deben ser simples, bellas y elegantes; ya que su objetivo es recoger la armonía de la naturaleza²¹. O simplemente apoyándonos en la **navaja de Ockham**, que prevé que la causa más probable de un suceso es aquella cuya explicación contenga menos variables. La elegancia que se desprende del visceral grito de ¡Injusto! Es una llamada al sentido común, en el más literal de los sentidos, ya que es un sentir compartido por todos los seres humanos, de manera natural.

Se pasa ahora a analizar el prólogo de Domingo Moratalla de *Lo Justo*, quien a su vez es el traductor; junto con el estudio preliminar del propio Ricoeur. Moratalla, en su epígrafe titulado “2. Conmocionarse ante lo injusto”²² hace un breve repaso en el prólogo de los referentes, tanto en adherencia como en discrepancias, de Ricoeur. Encontramos autores como Gadamer, Habermas, Apel, Walzer y Taylor. Según Moratalla, aunque estos autores copan el abanico que va desde lo liberal a lo comunitarista, “[ninguno, salvo Taylor,] ha enraizado antropológicamente sus propuestas, por evitar la travesía por el desierto de una filosofía de la voluntad, lugar donde tiene sus raíces la propuesta ético-política de Ricoeur”²³. Precisamente, la universalidad que radica en el ¡Injusto! de Ricoeur proviene de la búsqueda de una verdad antropológica común a todos. En cambio, dichos autores, a excepción de Taylor, no son capaces de construir una moral transcendental independiente de una positivación jurídica²⁴. No podemos evitar pensar en un Ricoeur que desde sus entrañas clame por la injusta situación de no tener una ontología positiva de la moral, por paradójica que sea la imagen.

En cuanto al estudio preliminar de Ricoeur, es curioso, o quizás prudente, que la mayoría de tesis pro fundacionales los exponga aquí. En los demás capítulos de *Lo justo*, Ricoeur critica obras de otros autores y su intención parece descalificarlos en sus construcciones²⁵, o adherirse en parte a sus discursos. Así las cosas, el único espacio donde se reserva el derecho a positivar sus tesis se encuentra en el Estudio preliminar, donde leemos:

²¹ Cf. Dirac, P.A.M., "Pretty Mathematics", *International Journal of Theoretical Physics*, 21 (1982), p. 603.

²² Ricoeur, P., *op cit*, pp, 11-12.

²³ *Ibid*, p.11.

²⁴ Cf. *Ibid*, p.12.

²⁵ Como realiza en Interpretación/argumentación con Alexy y Atienza, con la Teoría de la Justicia de Rawls.

“¿pero entonces, entonces, por qué no atenerse a la indagación? ¿Qué es lo que falta para que se iguale a un auténtico sentido de la justicia? No basta todavía con decir que aún faltan los criterios positivos de lo justo.”²⁶

Por tanto, si bien Ricoeur encuentra en su frase de ¡Esto es Injusto! su germen para indagar, no ve suficiente elaborar una ontología negativa de la moral. En su cruzada por encontrar una fuente constructora de justicia, encontramos que Ricoeur se remonta a los orígenes de la justicia para explicar que, en origen, el proceso de justicia nace con el propósito de alcanzar la paz dentro de una sociedad²⁷, eliminando el elemento de violencia que se encontraba implícito en la venganza entre individuos. Se introduce así la tercera parte que zanje el conflicto. Con esta breve reconstrucción, Ricoeur expone que la injusticia tiende a crear un clima de tensión violenta, aunque la intención de ese enervamiento sea la restitución de la paz alterada por la violencia. De esta manera, encontramos que el propio proceso judicial supera el sentimiento de injusticia y enarbola un cauce pacificador. De la misma manera, Ricoeur desea encauzar su tesis moral, pasando de la injusticia a una justicia edificadora, que afirme en vez de negar. En definitiva, pasar de lo injusto a lo justo: “¿Y la injusticia, y en definitiva la violencia, no es así mismo la situación inicial que el derecho busca trascender?”²⁸

Por ello, como estudiaremos más adelante en detalle, proponemos las evaluaciones fuertes de Taylor para construir positivamente. Utilizando el marco de Taylor, podría afirmarse que Ricoeur tiene una evaluación fuerte frente a la injusticia, que le impide edificar una moral positiva, ya que se orienta con mayor fuerza al carácter destructivo/violento de la injusticia. En cambio, en Taylor notamos una tendencia a lo justo, lo que le permite construir una moral positiva.

²⁶ Ricoeur, P., *op cit*, p. 28.

²⁷ Cf. *Ibid*, p, 21.

²⁸ *Ibid*, p, 25.

I.3. Proceso que lleva a alumbrar la justicia

Hemos realizado un repaso a nivel teórico de la naturaleza de la justicia, ahora procedemos a estudiar el juicio. De esta manera, seguiremos el proceso vivencial que experimenta el juez antes de impartir justicia, de tomar una postura para zanjar un conflicto.

A la hora de analizar el *acto de juzgar*, exploraremos el papel de las partes intervinientes en el conflicto a dirimir, centrándonos en la fase de argumentación/justificación; y en la figura del juez, ahondando en el proceso hermenéutico que experimenta a la hora de impartir justicia y zanjar un conflicto²⁹. Tomaremos como base las condiciones que Ricoeur prevé en su capítulo “Lo justo, entre lo legal y lo bueno”³⁰ para poder considerar una fórmula judicial³¹ como competente o autorizada:

1. *La existencia de leyes escritas;*
2. *La presencia de un cuadro institucional: tribunales, cortes de justicia, etc.;*
3. *La intervención de personas cualificadas, competentes, independientes, que consideramos “encargadas de juzgar”;*
4. *En fin, un curso de acción constituido por el proceso (...) cuyo punto final es la emisión de una sentencia*

Se realizará en los siguientes epígrafes *I.3.1* y *I.3.2* un estudio basado en los trabajos de Dworkin, partidario de las tesis de la interpretación; y de Atienza y Alexy, defensores de las teorías de la argumentación. El primero defiende una unidad narrativa del contenido y los segundos la subsunción gradual al compartimentar el relato de las partes. Ricoeur se centra en estas dos tesis ya que encuentra una dialéctica entre argumentación e interpretación, posturas tenidas por opuestas mayoritariamente. En cambio, con un enfoque hermenéutico, tienen que cotejarse conjuntamente debido a la interrelación que puede darse entre ambas y la riqueza que derivaría de la retroalimentación de ambas. Gracias al estudio de la dialéctica entre Argumentación e Interpretación, entenderemos en proceso interno que vive el juez a la hora de oír relatos que tienen intereses particulares

²⁹ Se tomarán los capítulos VIII y IX de *Lo justo* como esqueleto, para ir adicionando y matizando las palabras de Ricoeur.

³⁰ Ricoeur, P., *Amor y Justicia*, Caparrós, Madrid, 1993, pp. 35-66.

³¹ Ricoeur, P., *Lo justo, op. Cit.*, p. 178

y opuestos, pero que forman parte de la misma historia. A esta historia, Ricoeur le nombra como “Empresa jurídica”³².

Es adecuada en esta exposición que se tenga como punto de partida que estamos hablando de Hard cases³³, en la línea de Dworkin. Ya que entra fuertemente la discrecionalidad del juez, teniendo que impartir justicia desde unas bases grises, donde no ha llegado la ley escrita. Llevando la casuística al extremo, lograremos encontrar las fortalezas y debilidades de cada tesis.

Por interpretación entendemos la capacidad de comprender el contenido de la narrativa expuesta por las partes, mientras que la argumentación fija un marco narrativo, no necesariamente rígido, pero en el que se estructura la narrativa de la *empresa jurídica*.

Es importante matizar que el desarrollo de ambas tesis se desarrolla en un proceso judicial, sin contemplar las diferentes instancias o posibles tácticas procesales. Estos elementos van más allá de la propia defensa de intereses confrontados por dos partes.

1.3.1. Tesis de la Interpretación: Dworkin

Ricoeur se centra en la figura de Dworkin para la defensa de la tesis interpretativa, quien se dedica abiertamente a desmontar los tres axiomas del derecho positivo. Dworkin se vale de los “hard cases”³⁴ para evidenciar la limitación del alcance la tesis positivista. El desmantelamiento de estas “tres tesis rectoras se convierte en la base de una teoría de la interpretación”³⁵. Expondremos, pues, cada axioma seguido de su refutación:

- 1) Las leyes están elaboradas por alguien en posición de mando. Están identificadas por su pedigree. → El sentido de la ley, si lo hay, se debe buscar en el texto y sus conexiones intertextuales, y no en la orden de un legislador
- 2) Rigen disposiciones no equívocas. → Las leyes más explícitas tienen una estructura abierta, en el sentido de un texto abierto a interpretaciones constructivas no previstas.

³² *Ibid.* p, 158

³³ Dworkin, R., *A matter of principle*, Oxford University Press, 1985, p. 7.

³⁴ Ricoeur, *Lo justo*, op. Cit, p. 157.

³⁵ *Ibid.* p, 160.

- 3) Si ninguna respuesta a la pregunta planteada parece contenida en el derecho en vigor, el juicio de la causa se remite al poder discrecional del juez. → La respuesta ante la ausencia de ley sería una decisión fuera de la ley y, por tanto, arbitraria.³⁶

Mientras el derecho positivo trata de atomizar cada paso que se da en la empresa judicial, Dworkin propone mirar la narrativa del proceso en su conjunto, proponiendo una simetría entre empresa judicial y literaria. Obtenemos así un proceso interpretativo donde la vaguedad del texto, que antes era una debilidad, ahora es un terreno donde se pueden acoplar muchas más narraciones judiciales³⁷ que cubran los espacios que la ley explícita y unívoca pudiera dejar. Así las cosas, obtendríamos, contra-intuitivamente, un derecho aplicado menos arbitrario al abrir las estructuras de la ley.

Teniendo presente la idea del juicio como narrativa literaria y simétrica a la judicial, Ricoeur presenta el ejercicio de *fit*, por el cual “la reconstrucción del sentido del texto, a relaciones de conveniencia, de justeza o ajuste, entre la interpretación propuesta de un pasaje difícil (*hard cases*) y la interpretación del resto de la obra”³⁸. El *fit*, figura eminentemente hermenéutica, le sirve a Dworkin para elaborar una fábula en la que una historia se va construyendo mediante una cadena de narradores que van añadiendo sus capítulos, sin que ningún narrador determine por sí mismo el sentido global, pero que a la vez estén todos guiados por la globalidad de la historia.

Es ahora cuando Ricoeur le solicita a Dworkin que ceda parcialmente en favor de alguna estructura de la argumentación, pero su concepción de del derecho le impide ceder ante el formalismo cuando lo que defiende es la sustancia. Ricoeur retoma desde este punto con su propia línea, continuando la narración de Dworkin hasta el final que consideraba lógico³⁹.

Recordamos que una de las bases sobre las que se enarbola la teoría procedimental de la justicia era la finalidad social del proceso, la cual se consigue mediante **reglas**. Pues bien, Ricoeur utilizará este hecho a favor de las teorías de la interpretación al realizar esta pregunta: “¿En qué medida contribuye esta distinción entre principios y reglas a la teoría hermenéutica del juzgar judicial?”⁴⁰ Defiende que los jueces deben guiarse por los

³⁶ Cf. *Ibid*, p. 160

³⁷ Cf. *Ibid*, p. 161

³⁸ *Ibid*, p. 161

³⁹ *Ibid*, pp. 162-163

⁴⁰ *Ibid*, p. 163

principios que inspiraron a aquellos que elaboraron las leyes. Es más, el vocabulario proveniente del derecho común construye los principios de la justicia, están desarrollados “en la historia de la profesión y del público educado”⁴¹. Por ello, es inseparable la interpretación de la propia construcción del derecho tal y como lo conocemos.

1.3.2. Tesis de la Argumentación: Alexy y Atienza

Presentamos a dos autores de las tesis de la argumentación: Atienza y Alexy. El primero sienta las bases sobre las que se desarrolla la empresa jurídica: las habilidades de las partes y la capacidad de comprensión del juez. El segundo se centra en el desarrollo y el desarrollo dinámico del juicio como tal.

Encontramos en la exposición de Atienza muchos puntos en común con los elementos estructurales que ya encontráramos en la teoría de la posición original de Rawls⁴². Atienza realiza un ejercicio de adaptar el discurso sobre la *pragmática universal del Discurso* de Habermas a la narrativa de las partes durante un juicio. De esta manera fija un marco en el que se desenvuelve la empresa jurídica, dentro de los mecanismos de argumentación y justificación. Este marco tiene elementos como la capacidad de entender las pretensiones del otro negociador, siendo éstas compartibles por comunidades de tamaño variables, dando lugar a una comprensión compartida⁴³. Como ya se hiciera en la posición original, se asumen habilidades comunicativas y de entendimiento en ambas partes, y se pasa a exponer la narrativa de los hechos. De esta manera, se espera que con toda la información sobre la mesa, el juez pueda subsumir el hecho en la norma. Sin embargo, hay una importante diferencia con la posición original de Rawls y con la pragmática universal de Habermas: las pretensiones contrapuestas que tienen las partes durante la empresa jurídica.

No obstante, en el desarrollo del discurso de Atienza, Ricoeur hace notar que dan por formales habilidades que son puramente interpretativas, sobre todo las que se desarrollan en la figura del juez. Tenemos a una persona que impartirá justicia una vez

⁴¹ *Ibid*, p.163.

⁴² Cf. *Ibid*, p. 167.

⁴³ Equivalente a la noción kantiana de máxima, donde los deseos empíricos deben estar revestidos de cierta generalidad para poder ser entendidos como máximos.

oídas las partes. Pero en todo momento el juez está interpretando, haciendo suyas, las normas que deberá aplicar y el relato conjunto que está oyendo⁴⁴. Alexy pasa a proponer una subsunción por grados, para evitar caer en las tesis interpretativas, perdiendo de esta manera una interpretación global del conjunto del caso. Igualmente, entendemos que, aunque existan subsunciones formales cada vez más pequeñas, no se puede negar que en cada una de ellas, por adecuadamente formal que sea, media la interpretación del juez. Siendo, por ende, la interpretación el *organon* de la argumentación.

No solo debemos ubicar el proceso de interpretación en la figura del juez. Como bien expone Dworkin, la interpretación se realiza sobre las pruebas brutas, de las que las partes realizarán su lectura interesada. El juez por tanto deberá interpretar lo que ya se ha interpretado por dos posturas contrapuestas⁴⁵.

Llegado el momento en el que la tesis argumentativa parece agotarse, al rozar casi la tesis interpretativa⁴⁶, Alexy recurre al encadenamiento de narraciones que se producen en la empresa judicial. Es más, no sólo en el juicio concreto, sino también al resto de narraciones anteriores en casos análogos: el precedente. Con el encaje formal se consigue que la idea de subsunción por partes vaya más allá de la aplicación legal. Se pasa entonces a subsumir la sentencia dentro de la cadena formada por el resto de las sentencias que a su vez se han enmarcado previamente. Entendemos que es una solución elegante ante las limitaciones de la argumentación, pero no podemos dejar de pensar que siempre quedará un núcleo irreductible que solo puede ser interpretado.

Volvemos a apreciar una vez despachadas ambas tesis, que aquellos que proponen una justicia procedimental frente a una fundacional, terminan encontrándose con marcos irreductibles, en los que tiene que mediar una fuente de conocimiento interna, una moral propia y una sabiduría interna que haga funcionar todo el alambicado constructo de tuberías formales que encauzan la justicia. Como aproximación metafórica, podemos decir que el movimiento lo pone una justicia interna, y el procedimiento sirve para alumbrar dicha justicia.

No queremos establecer aquí que haya una justicia incorpórea y de tinte cuasi espiritual en el ser humano. Al igual que ya hicieran Habermas o Rawls al valerse de

⁴⁴ Entra en juego la circularidad hermenéutica donde el juez y las partes afectan al todo y viceversa.

⁴⁵ Cf. *Ibid*, p. 161.

⁴⁶ Alexy sustituye incluso la palabra “interpretar” por “descubrir”, tratando de buscar un encaje en la hermenéutica por medio de una subsunción que aflora formalmente del juez.

capacidades complejas, producto de varios mecanismos internos del ser humano, como puedan ser: la comprensión, empatía o la idea de distribución desigual para equiparar, la capacidad de extrapolar o discernir la relación entre la parte y el todo. Entendemos y compartimos que sean características innatas que emanan de la persona. Por ello, no nos resulta disparatado hablar de una **sensibilidad frente a la justicia** que sea resultado de una combinación holística de características y habilidades comunes a todos los seres humanos.

II. HACIA UNA FUENTE POSITIVA DE LA MORAL

II.1. Génesis del acto de juzgar según Ricoeur

Ricoeur, consciente de que sería incoherente plantar bases procedimentales a la hora de juzgar internamente, en su capítulo *el "acto de juzgar"*, solo se atreve a abarcar en cinco páginas y de manera filológica el término, llegando a la conclusión de que juzgar con su finalidad de *poner fin a la incertidumbre*, tanto a corto plazo como a largo plazo; equivale a *zanjar*, por tanto, a poner límites. Corona su discurso escalonado, donde asegura bien el paso anterior antes de dar el siguiente, con la aseveración de que la función de juzgar consiste en separar lo tuyo y lo mío. Se desvía así ligeramente de su máxima expuesta en *Sí mismo como otro* al romper la unidad entre los sujetos que plantea. No obstante, al prever el reconocimiento mutuo de la sentencia por parte de las partes afectadas en el proceso, tanto vencedora como la derrotada, procura restablecer la mismidad de los sujetos. Ricoeur parece respetar la línea de Kelsen: el derecho no es verdadero ni justo, sino válido⁴⁷. En cambio, consideramos que Ricoeur podría superar este límite y adentrarse en el proceso interno del juez. Separaremos para tal fin al Derecho en abstracto del proceso vivencial que experimenta el juez al tomar posición.

Prosigue con su línea teórica etimológica en la que acota el término juzgar en un sentido judicial de la palabra: *estipular en calidad de juez* en la que elabora una jerarquía en grados de fuerza, siendo el acto de juzgar el zenit. El proceso escala desde *opinar*, *estimar*, *tener por verdadero o justo*, alcanzando *adoptar una posición*. De esta manera establece la evolución de la complejidad cognitiva que envuelve todo el proceso, cuyo colofón será la sentencia del juez. Pasa entonces a adentrarse paulatinamente en la figura del juez y roza superficialmente su proceso interno. De esta manera prevé primero lo que Kant llamaba el juicio "determinante", *en el cual simplemente se aplica la ley a un caso*⁴⁸. Ricoeur supera esta visión burócrata del juez y entiende que, al existir una interpretación del precepto legal, en la medida en que ningún caso es la ejemplificación de una regla; el acto de juzgar nace de un juicio reflexivo. Así observamos que el juez entra en una

⁴⁷ Cf. Kelsen, H., *General theory of law and state*, II, The Lawbook Exchange, Londres, 1945, pp. 203-206.

⁴⁸ Ricoeur, P., *Lo justo*, *op cit.* p. 179.

dinámica de comprensión que está por encima del conflicto concreto que trata de dirimir (nos adentraremos en esta noción de responsabilidad que adquiere el juez en el epígrafe infra de “el sentido de responsabilidad del juez”).

Continúa con una delimitación lingüística de *juzgar* definiéndola como “zanjar una cuestión con miras a concluir un proceso”⁴⁹. Pivotará sobre esta definición durante el resto de su exposición. Se apoyará en la concepción rawlsiana de justicia distributiva para fundamentar su idea de acto de juzgar como zanjar. De esta manera lo asemeja con el término alemán de *urteil* (*teil* significa parte) que define la intención de tratar de hacer la parte de uno y la parte de otro, acto de re-parto, de se-paración. Conecta así con la máxima romana de atribuir a cada uno lo suyo. Hay dos aspectos en esta delimitación del término juzgar que el lector debe advertir: La primera es la utilización del concepto de justicia distributiva en su exposición para apoyar su idea delimitante del acto de juzgar, pese a que Ricoeur se dedica a desmontar las bases que habilitan la idea de esta justicia distributiva en su capítulo *A propósito de la Teoría de la Justicia de John Rawls*. Esto nos lleva directamente al segundo aspecto: la despersonalización de la figura del juez. Parece que Ricoeur evita entrar en el proceso intelectual personal del juez, de esta manera lo subyuga bajo la tarea de delimitar las partes del conflicto para poner fin al mismo. La única manera que parece encontrar, para saltar sobre este proceso interno, es dotar a la persona del juez de una finalidad orientada hacia la paz social, que será la que guíe su proceso individual. A propósito de estas dos advertencias podemos inferir que Ricoeur procura mantener un discurso filosófico que no se confunda con un proceso psicológico. Igualmente señalaremos que se podría caer en un estructuralismo encaminado a la consecución de esta justicia distributiva, lo que haría que el formalismo terminara encorsetando a Ricoeur. Resulta interesante pensar que la búsqueda de paz social no hubiera supuesto esta deriva hacia un formalismo procedimental, pero, en cambio, tendría que haber fundamentado un proceso ético-moral que tuviera lugar en el juez como individuo. Un proceso que empezara dentro y se predicara hacia fuera. Es decir, entendemos compatible una justicia fundacional que ponga el acento en la finalidad social. En cambio, toda la literatura que gira en torno a la paz social orbitará en torno a una justicia procedimental, probablemente influido por los estudios de Apel y Habermas.

⁴⁹ Cf. *Ibid.*, p. 177.

Pensamos, pues, que a Ricoeur le falta profundizar en la individualidad del proceso interno del juez ya que nos resulta insuficiente este acercamiento semántico que no entiende a la figura del juez como persona. No lo reduce ni mucho menos a autómeta, pero no le atribuye la constitución de sí mismo que, en cambio, sí que prevé para el ser humano en la obra de *Sí mismo como otro*⁵⁰, la cual el propio Ricoeur reconoce como su *pequeña ética*. Para encontrar la justificación de esta tendencia de eliminación de cualquier rastro de ética en la figura del juez, tenemos que remontarnos al estudio preliminar de *Lo justo*: “El otro, según la amistad, es el tú, el otro, según la justicia es el cada uno”⁵¹. Esta postura coloca al juez en la posición de tercero, rompiendo así la *mismidad* que prevé en las relaciones entre personas, donde la unidad en la entidad hace de catalizador en el proceso de entender al otro en uno mismo. Pensamos que la mediación de la institución en el proceso judicial no altera realmente la figura de *toi* del juez. Es innegable que se crea una relación entre el juez y las partes que va más allá de lo jurídico-formal. Entramos pues en una frontera moral-emocional que interviene en la precomprensión del juez y contamina (no se entienda peyorativamente) su veredicto.

Trataremos entonces de encontrar la moralidad que subyace en el acto de juzgar del juez. Podríamos conformarnos con calcar las gradaciones ascendentes que el propio Ricoeur presenta en la filosofía moral que propone en *Sí mismo, como otro*, pero entendemos que esta construcción está intencionadamente alejada del marco del proceso judicial que experimenta el juez. A su vez, en los tres niveles que encontramos: *bueno*, *obligatorio* y, por último, *sabiduría práctica*⁵²; entendemos que el nivel de *obligatorio* gozará de entidad distinta en la figura del juez. Por ello, indagaremos en la génesis de la propia construcción de la moral de Ricoeur: *Las fuentes del Yo*, de Charles Taylor, mencionado supra como representante de las líneas moralistas. Ricoeur menciona la influencia directa de Taylor en su elaboración de las citadas gradaciones⁵³. Por lo que el objetivo será acercarnos al proceso interno que experimenta el juez en el acto de juzgar.

Antes de emprender dicha empresa, debemos clarificar que este proceso no podríamos realizarlo si no entendemos una ruptura con la Hermenéutica jurídica transcendental, ya que nos disponemos a construir una estructura del proceso precomprensivo individual. “La hermenéutica jurídica es capaz de mantener su estatuto

⁵⁰ Ricoeur, P., *Sí mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid, 1996.

⁵¹ Ricoeur, P., *Lo Justo*, *op cit*, p. 26.

⁵² Moral establecida en *Sí mismo como otro*.

⁵³ Cf. Ricoeur, P., *Sí mismo como otro*, *op cit*, pp. 50-62.

filosófico sólo mientras indague por las condiciones de la posibilidad de la comprensión y no en la caracterización empírica del proceso comprensivo”⁵⁴. De esta manera, nos desligamos de la discusión sobre las posibilidades de comprensión y su condición trascendental de precomprensión, para dar a esta última una arquitectura conceptual sobre la que se articule. Igualmente, no es ajena al estudio la dialéctica que se experimenta en el proceso judicial. La circularidad que existe entre las preguntas y las narrativas expuestas por las partes consiguen que aflore un clima de comprensión mutua y un sentido que guía el proceso, cuyo tratamiento pudiera realizarse con un enfoque puramente hermenéutico. Sin embargo, ya que el alcance del trabajo abarca hasta la individualidad del juez, nos parece excesivo abordar las otras partes intervinientes, aunque obviamente consideraremos el impacto que tienen en la individualidad del juez

A su vez, al abandonar el campo de la Hermenéutica trascendental, corremos el peligro de caer en el campo psicológico e incluso en un terreno de neurocientífico, lo cual excede la intención y el enfoque de este epígrafe. Se podría entender que, si conociéramos los mecanismos cerebrales que se suceden en la formación de sentido, con su correspondiente precomprensión, la elaboración de una idea y, por último, la emisión de un juicio; podríamos llegar a articular una estructura fija del proceso cognitivo que tiene lugar en el juez. No obstante, entendemos que todo el abanico de elementos que intervienen en el acto de juzgar dan un resultado holístico: el juicio, cuya ponderación excede a la cuantificación, por lo que sería muy difícil, por no decir imposible, ponderar correctamente los elementos intervinientes en la toma de decisión o postura. Aun así, en el epígrafe infra **III.2. La sensibilidad del juez**, consideraremos tangencialmente algunos aspectos y avances en la neurociencia para terminar citando algunas corrientes que la enlazan con el Derecho.

⁵⁴ Gizbert Studntcki, “El Concepto de Precomprensión”, *Revista Chilena de Derecho*, 22 (1995), Santiago, p. 6

II.2. Charles Taylor: Ontología de la moral

Las dificultades teóricas que venimos experimentando a la hora de proponer el proceso cognitivo que debe seguir el juez a la hora impartir justicia solo pueden ser atajados si nos adentramos en el proceso de generación del pensamiento, en la ontología de la moral. Al igual que la Hermenéutica entendió la complejidad del lenguaje y del acto comunicativo, la cual crea la circularidad de la que habla Gadamer por la cual la falta de precisión lingüística y la pérdida de información que se dan durante la comunicación, dan lugar a más discusión filosófica que a su vez va acompañada de más argumentación verbal. El paso siguiente es conocer el proceso neurológico-anatómico que ocurre en el interior del juez, y esta vez no es un interior que se refiere a la introspección del juez, sino a su verdadero proceso racional de emisión de juicio. Es la única manera de entender realmente la fuente del juicio. En esta línea trabaja Charles Taylor, quien recoge el testigo de Ricoeur y procura llenar las constantes cuestiones que va dejando el francés mediante el entendimiento de los procesos cognitivos y, concretamente, la fuente de los mismos, distinguiendo entre evaluaciones fuertes dentro de los horizontes del hiperbien y del life good.

Es aquí donde Nietzsche recupera su vigencia. El alemán tuvo una intuición que va desgranando con un lenguaje simbólico metafórico que nos hace pensar en que tenía una verdad propia que nos puede arrojar luz en todo este proceso de pensamiento, emitiendo corolarios que están alejados de una dogmática que le era impuesta, pero sin caer en la confrontación directa. Él prefería una línea de valores paralela que es producto de una fuente de conocimiento pura.

II.2.1. Hiper bienes y life goods

Retomando el comienzo de nuestro trabajo, al igual que Nietzsche propone romper con la tradición matando a Dios, Taylor elimina las referencias morales externas. Se podría esperar que su trabajo tiene una base ontológica, en busca de una explicación filosófica que muestre el proceso interno que deriva en la formación de moral. Por el contrario, Taylor realiza una investigación histórica que será de la que aflore una ontología de la moral pura, en la que va desplazando la posición colectiva de la persona hacia una perspectiva individualista:

“For the pre-modern, I am an element in a larger order. The order in which I am placed is an external horizon which is essential to answering the question, who am I? ... for the modern, the horizon of identity is to be found within, while for the pre-modern it is without.”⁵⁵

Este desplazamiento paulatino que experimenta el ser humano a lo largo de la historia, en el que pasa de tener una referencia externa hasta guiarse internamente, es causada por varios pensadores. Taylor dibuja una línea temporal sucesiva con los autores que ayudan a cruzar desde la pre-modernidad hasta la modernidad: Descartes, quien abre un camino que puede prescindir de Dios; San Agustín, al poner el foco en el interior y, finalmente, Rousseau, quien inspirado por la tendencia naturalista de época entiende que los comportamientos deben guiarse por los deseos propios, librándose de alguna manera de la rectitud que el positivismo científico estaba imponiendo⁵⁶. Cómo ejemplo social de la repercusión de este desplazamiento de foco, Taylor propone el romanticismo al abanderar la subjetividad y la intensidad del sentimiento individual.

Taylor, a diferencia de Nietzsche, no nos deja huérfanos de Dios. Es capaz de articular una ontología de la moral en la que el sentimiento religioso tiene cabida y explicación. Presentamos ahora la idea de *constitutive goods* (hiperbienes) y de *life goods*:

“Constitutive goods are largely unarticulated metaphysical and epistemological ground on which life goods are constructed. Embracing a constitutive good enables the human person to generate whatever he has to affirm and adhere to a given life good. (...) Constitutive goods are ‘moral sources’ insofar as [humanity] turns to them in whatever way is appropriate to

⁵⁵ Taylor, C., *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge University Press, 1985. pp. 257-258

⁵⁶ Cf. Taylor, C., *Sources of the self: The making of the modern identity*, Harvard University Press, 1989, pp. 456-457

*them--through contemplation, or invocation, or prayer, or whatever-- for moral empowerment.*⁵⁷

De esta manera, Taylor establece dos niveles: el hiperbien, al que llama fuente de moral, hace de suelo, de nido, de potencia; que prepara y habilita las demás *life goods*, siendo estas las manifestaciones explícitas de lo que eran las primeras. Se aterriza la posibilidad de tomar una postura basada en una aspiración de virtud.

El camino recorrido entre los *external goods* hasta los *constitutive goods*⁵⁸ tiene un fuerte impacto en la globalidad del ser humano a la hora de lidiar con elementos abstractos y, por tanto, en la idea de justicia y por ende en las instituciones. Es aquí cuando Taylor se acerca al sujeto racional de Kant. La capacidad de obedecer una ley desde una postura reflexiva y respetando el mandato de su propia razón está contemplada en la razón pura práctica⁵⁹, lo que atendería a los *constitutive goods* de Taylor. En cambio, Taylor no abraza toda la corriente de Kant por no tener suficiente modernidad, y ofrece sus dos niveles para desgranar lo que ya propusiera Kant. El *constitutive good* abonaría el terreno donde se prevería la mera noción de respetar una ley, y en segunda instancia, el hecho de reconocerla como una ley moral entraría en el campo de los *life goods*.⁶⁰

II.2.2. Evaluación fuerte

Es ahora cuando, sentados los horizontes sobre los que se asienta la moral individual, pasamos a hablar de la voluntad que nos hace tender hacia ellos. Taylor les llama **evaluaciones fuertes** (*strong evaluations*):

*"Strong evaluations refer to qualitative distinctions concerning the "worth" of different desires, feelings, actions or modes of life. Our identities are partly constituted by what we value. We aspire to, respect, care about and admire certain modes of life more than others. Internalising an ideal directly contributes to what I am like (...) "To know who I am is a species of knowing where I stand."*⁶¹

⁵⁷ *Ibid*, p. 311.

⁵⁸ *Ibid*, pp. 93-94.

⁵⁹ Cf. Kant, I., *Critica a la razón pura*, Biblioteca Virtual Universal, Buenos Aires, 2003, pp. 13-14

⁶⁰ Cf. Taylor, C., *Sources of the self: The making of the modern identity*, *op cit*, p. 94.

⁶¹ *Ibid*, p. 27.

De esta manera, las evaluaciones fuertes nos permiten auto interpretar, haciendo de guía para adherirnos a horizontes que consideramos virtuosos. Identificando nuestra propia moral en los elementos externos hacia los que apuntan nuestras evaluaciones fuertes.

Utilizando la sentencia de Nietzsche: “no hay fenómenos morales, hay una interpretación moral de los fenómenos”, podemos entender que tras la génesis interior de adherencia que plantea Taylor se acopla perfectamente en esta línea, pero propone su teoría moral para la interpretación de estos fenómenos. Volvemos a tratar, pues, el tema de la interpretación. Ya que la toma de postura solo se puede realizar desde dentro, pero acerca de elementos externos. Se intuye la circularidad hermenéutica en este proceso, ya que aflora un sentimiento propio sobre algún elemento ajeno, que solo podrá ser interpretado mediante la palabra. Esta pérdida de información que se produce al interpretar lingüísticamente nuestro entorno y nuestras propias decisiones habilita a Taylor para defender la moral cambiante que puede tener cada persona. De esta manera, no identifica una moral estanca, sino que se abre a la intersubjetividad lingüística de cada periodo, pero el hecho de que las personas podamos adherirnos con aspiraciones de permanencia o tomar una posición vital sobre elementos de dicotomía moral, evidencia la existencia de una génesis interna de la moral individual.

En busca de la identidad individual Taylor expone:

“Mi identidad se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual, yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo. En otras palabras, es el horizonte dentro del cual puedo adoptar una postura”⁶²

Se apoya en la misma definición que utiliza Ricoeur para definir el proceso interno que experimenta el juez en el acto de juzgar, siendo adoptar una postura el culmen del proceso. No es casual la conexión entre Taylor y Ricoeur, como bien hace notar Moratalla en el prólogo de *Lo justo*⁶³. No sólo eso, Ricoeur cita expresamente a Taylor en su capítulo preliminar, presentando las evaluaciones fuertes de la acción como base de sus estudios consagrados a la moralidad⁶⁴. A su vez, en su capítulo final de “La conciencia y la ley. Desafíos filosóficos”⁶⁵, presenta la relación entre los *hypergoods* y la evaluación fuerte

⁶² *Ibid*, p. 43.

⁶³ Cf. Ricoeur, P., *Lo justo, op cit*, p.11.

⁶⁴ Cf. *Ibid*, p.27.

⁶⁵ *Ibid*, p.197.

como guía para la adherencia hacia las dicotomías morales, en especial lo bueno y lo malo; lo justo e injusto. Por ello, teniendo presente la vinculación entre ambos autores en cuestiones éticas, entendemos apropiado presentar el sistema de evaluaciones fuertes, junto con los horizontes de hiperbienes y *life goods* de Taylor en el proceso del juez a la hora de juzgar⁶⁶ que define Ricoeur de forma etimológica⁶⁷.

De esta manera, acoplando ambos discursos, las teorías morales de Taylor y el entendimiento del juez como sujeto individual, obtendríamos algo así: El juez, persona docta en derecho, que ha opositado a unas plazas para ser juez, con una formación gradual que va desde el juzgado de guardia, pasando por las instancias y seguir ascendiendo teniendo siempre como referente el ideal de justicia. Entendemos que es una persona cuyas evaluaciones fuertes le permiten identificar la justicia como un horizonte al que adherirse, una meta que conseguir. Cada sentencia sería en pos de una justicia como hiperbien, y cada sentencia, justicia aterrizada, supondría un *life goods*.

Así las cosas, el juez comienza su carrera con una intensa relación con respecto a la justicia, tiene una evaluación fuerte respecto a este fenómeno. Es el motivo por el cual se hace juez y sigue en la carrera judicial. A la hora de preguntarse sobre la propia identidad, él es un juez. Este hecho retroalimenta su propia evaluación fuerte sobre la justicia, le orienta en el espacio moral, le permite tomar una posición de permanencia como pudiera ser una sentencia. No se agota la toma de postura en cada sentencia, sino que la permanencia también ocurre en su propia postura moral, reforzándola y asentándola. Cuanto más realiza ejercicios en los que aterriza su horizonte de hiperbien en un *life good*, se refuerzan las evaluaciones fuertes del juez. De esta manera, se entiende que en el sistema judicial la experiencia se valore y constituya un factor decisivo para el ascenso en el sistema piramidal.

No debemos confundir una postura moral permanente con una ideología. Una de las particularidades de la relación entre evaluaciones fuertes y los hiperbienes es la inarbacabilidad lingüística que caracteriza a ambas. En el momento que se ponen en palabra, o en acción, se convierte en *life good*. La ideología, por su carácter discursivo, es un *life good*. Por ello, el juez que tenga evaluaciones fuertes tendentes a la justicia

⁶⁶ Explicado *supra* en III.1. Génesis del acto de juzgar según Ricoeur.

⁶⁷ Ricoeur, P., *Lo justo, op cit*, p. 199.

aspirará a un ideal de justicia indeterminable e impreciso, pero que supondrá un horizonte al que tender, hará de guía y orientador.

Por medio de la ontología moral de Taylor, Ricoeur encuentra el camino por el que positivar el sentido de justicia, consiguiendo construir una moral que va más allá de desechar lo injusto y pasando a edificar la moral individual sobre las adherencias que realizamos a los fenómenos diarios. De esta manera, conectamos con las palabras de Nietzsche: “No existe ni el hecho ni el fenómeno moral, sino una interpretación moral de los fenómenos”⁶⁸, que ahora pasan de ser una máxima, a ser un medio por el cual entender la moralidad de cada sujeto.

Tras esta exposición, que trataba de acoplar *las fuentes del yo* al contexto judicial, en concreto a la figura del juez, no podemos evitar pensar que Taylor ha dado con la *génesis interna de la razón*⁶⁹, aquella que Gilles Deleuze le exige a Kant en sus capítulos de: “Nietzsche y Kant desde el punto de vista de los principios”, “Realización de la Crítica” y “Nietzsche y Kant desde el punto de vista de las consecuencias”⁷⁰. Concretamente, en “Realización de la Crítica”, Deleuze suscita la paradoja que supone que Kant “concluyó que la crítica debía ser una crítica de la razón por la propia razón (...) constituirla como juez y parte, juzgado y juzgante”⁷¹. Es aquí donde la filosofía de Taylor supone un giro “atómico-cuántico” (si se nos permite trazar la analogía que subyace en el giro copernicano en la filosofía de Kant) al descomponer el “átomo” que considerábamos elemental, véase la razón, en dos “partículas” (protón y electrón), que son los horizontes del hiperbien y del *life goods*, como hemos expuesto previamente. La solución que propone Taylor resulta más elegante que la genealogía histórico-lingüística que propuso Nietzsche para justificar la génesis de la razón⁷². Además, la genealogía de Nietzsche implica un elemento de causalidad que nos traería una cuestión, cuasi teológica, acerca del “primer motor” que impulsara el resto de construcciones morales ulteriores. A su vez, la línea de Taylor habilita la unidad del personal de los mundos sensible y suprasensible de Kant, unidad que Kant quería mantener. Tanto Taylor como Nietzsche realizan un repaso histórico para explicar sus teorías morales, pero gracias a la modernidad del primero, es capaz de librarse de los lastres judeo-cristianos del pensamiento y elaborar

⁶⁸ Nietzsche, F., *Más allá del bien y el mal*, Edimat Libros, Madrid, 2012, p. 298.

⁶⁹ Deleuze, G., *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 1967, p. 129.

⁷⁰ *Ibid*, p. 129.

⁷¹ *Ibid*, p. 129.

⁷² Cf. Nietzsche, F., *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 2000, pp. 33-73.

una ontología universal, separada del elemento histórico. Lo que en Nietzsche es una explicación final, en Taylor es la justificación de la finalidad. Mientras que Nietzsche, a partir de un estudio histórico solo consigue una explicación de los sucesivos cambios históricos sobre la moral, Taylor consigue una tesis atemporal sobre la ontología de la moral examinando la historia.

Tras este desarrollo más alejado del derecho, recuperamos el grito de Ricoeur de ¡Injusto! Como ya expusieramos en II.2.1, el ser humano es más susceptible ante la injusticia, resulta más sencillo identificar una acción como injusta. Un claro ejemplo, que ilustra esta tendencia en el derecho, es la naturaleza negativa del Código Penal. Dejando de lado las garantías y seguridad jurídica que aporta, la idea de legislar lo que **no** se debe hacer, frente a la posibilidad de estipular lo que **sí** se puede, evidencia la construcción negativa de Derecho. En la misma línea, Deleuze defiende que “si alguien quiere la verdad no es nombre del mundo, sino en nombre de lo que el mundo no es”⁷³. La búsqueda de la verdad, pues, se basaba en el deshecho de la no verdad. Gracias a Taylor podemos utilizar esa órbita hacia el centro como una positivización de la moral, lo que haría de base para una hipotética positivización del derecho, en vez de conformarnos con mecanismos de descarte de lo falso.

⁷³ Deleuze, G., *op.cit*, p. 136.

III. LÍNEAS BIOLÓGICAS A CONSIDERAR

Debido a la escasa o nula literatura de los terrenos sobre los que se va a indagar, partiremos de las máximas de la Hermenéutica para divagar libremente sobre algunas cuestiones relacionadas con el ejercicio continuado del oficio del juez. Nos centraremos en su plano más personal, que al fin y al cabo es la persona quien es influenciada por el contexto jurídico en el que se desenvuelve, y también es moldeado por las sentencias que él mismo emite. El juez experimenta una circularidad constante entre el corpus judicial conceptual, la idea de la justicia como institución, justicia como profesión, justicia como rutina, justicia como legado recibido o justicia como legado para el futuro. La vaguedad de estos conceptos nos servirá para elaborar una literatura que nos permita aterrizar del juez a la persona.

Nuestra propuesta desafía la infraestructura dentro de la cual se desenvuelve el juez. Debido al papel dominante que desempeña la lógica de la inducción de las ciencias naturales dentro del marco jurídico, el juez se ha visto sometido a una esquematización epistemológica que nos parece recortar ampliamente su contenido originario. Al crearse una estructura rígida a la hora de extrapolar conclusiones generales sobre hechos concretos, se está coartando la capacidad interpretativa del juez.

Por último, cruzaremos la última frontera de la filosofía del derecho, ya que nos saldremos de ella misma: se estudiarán la bioquímica del cerebro para encontrar factores que expliquen la tendencia natural que experimenta el juez hacia la justicia.

III.1. La responsabilidad del juez

No entraremos a examinar aquí las consecuencias a nivel jurídico que tiene la sentencia en el derecho, sino la influencia que tiene el hecho de dictar sentencia, cuyos efectos se despliegan a posteriori, en el mismo acto de juzgar. A priori queremos pensar que el hecho de sentar jurisprudencia o condenar a una persona no deberían influir en el proceso de toma de decisiones del juez, ya que realmente es el Derecho quien habla por medio de una institución, ni siquiera a través de una persona. Pero pretender esta neutralidad es una aspiración idealista, que nos aleja además de los principios hermenéuticos a la hora de comprender toda la complejidad de los procesos internos que

experimenta el juez. Tratando de objetivar e institucionalizar la figura del juez al desprenderlo de la magnitud de su propio obrar, llámese responsabilidad en el más estricto término, estamos olvidándonos de que el acercamiento realmente objetivo o “científico” es aquí justamente destruir la quimera de una verdad desligada del punto de vista del sujeto cognoscente”⁷⁴. Damos por imposible pues, el contar con un método o procedimiento infalible que explicita, desde un punto de vista distanciado y neutral, las condiciones de posibilidad de la experiencia o de la argumentación sin asumirlas. De esta manera, el juez debe tomar consciencia y asumir las consecuencias inherentes al normal desempeño de su oficio.

Nos valemos del recurso de revocación, que puede nacer tanto del juez como de las partes, para evidenciar que la figura del juez tiene una individualidad inseparable de su deslinde personal, pudiéndose ver comprometida por la pérdida de imparcialidad a la hora de zanjar un conflicto como institución.

De hecho, hemos de entender los dos horizontes temporales que se vislumbran al emitir un veredicto: el inmediato y el del largo plazo. Ya que el sentido del derecho no se agota en la sentencia, sino que moldea la aplicación del derecho en los casos conflictivos venideros que tengan una identidad similar. Esta noción de permanencia en el tiempo que adquiere la decisión del juez pesa sobre su persona y el propio horizonte futuro afecta a la decisión presente. Entronca así con el entendimiento que tenía Alexy respecto a la argumentación, estudiada en el **I.3.2** supra: El correlato de la historia del juicio encaja no sólo con la narrativa de la empresa jurídica presente, sino con las demás sentencias anteriores. Sin embargo, no podemos olvidar que la sentencia dictada por el juez tendrá efectos a futuro, cuya comprensión sólo puede hacerse desde la interpretación, no únicamente desde la argumentación. El juez, al zanjar un conflicto, puede continuar con la misma línea jurisprudencial o sentar un nuevo precedente que cree nuevos cauces de solución al conflicto. El hecho de que haya cambios de doctrina y de jurisprudencia, evidencian que los jueces realizan una interpretación global tanto de las sentencias anteriores, del conflicto que pretende zanjar, y de los conflictos futuros; los cuales se librarán en un contexto cambiante. El esfuerzo cognitivo que realiza un juez sólo se puede hacer desde la interpretación, ya que la argumentación se ciñe a la subsunción de hechos

⁷⁴ Gadamer, H.G., *Verdad y Método*, I, Salamanca, Sígueme, 1992, pp. 46-47.

fácticos en una norma, no prevé el acople de una realidad futura con la sentencia que está dictando.

III.2. La sensibilidad del juez frente a la injusticia más allá de la esfera judicial

El juez, como figura que zanja los conflictos en una sociedad, se ve obligado a la elaboración de sentencias que, como hemos visto en el epígrafe supra, suponen un proceso interno con consecuencias el corto y en el largo plazo. Nos centramos aquí en las consecuencias que tiene el ejercicio de impartir justicia en los tribunales para la persona del juez.

Para establecer una analogía visual y conceptual del proceso que queremos investigar, imaginemos otras profesiones y oficios que no sean las jurídicas. A tenor de los principios hermenéuticos y fenomenológicos, entendemos que mediante la circularidad de entorno-sujeto se moldea la interpretación del individuo. Partiendo de que las jornadas laborales conforman, en media, la mitad de nuestras horas de actividad, suponiendo el entorno laboral un enorme impacto en la manera de comprender la realidad. Tomemos como ejemplo concreto la figura de un músico que toca el bajo en una banda coral de varios instrumentos. Este músico en la medida que aprecia su aportación individual al conjunto sinfónico que compone la canción, irá adquiriendo una consciencia creciente sobre el sonido propiamente, la función que ejerce en el conjunto y el nivel de impacto que tiene su presencia en la canción final. Esta consciencia no se ceñirá sólo a las canciones en las que participe el bajista, sino que se extenderá al resto de canciones en las que intervenga un instrumento de cuatro cuerdas que sirva de base a la canción, no sólo a aquellas en las que haya un bajo. El músico, además de encontrar esa similitud en el sonido, sino que la superará ya que adquiere también un entendimiento de la función abstracta de su instrumento. En este caso, el bajo sirve de base, de marco, de “jardín fértil”; donde el resto de instrumentos protagonistas desarrollarán su filigrana. De esta manera, la función estructural y sustentadora del instrumento que toca el músico pasará a moldear su interpretación de su propio entorno, pasando a apreciar los elementos constantes de cohesión que rigen el entorno.

Una vez realizada la analogía con la figura del músico, quien experiencia en el ejercicio de su oficio unas vivencias musicales relacionadas con el sonido y la

coordinación entre un grupo reducido de personas, su banda; hemos de dibujar la figura del juez como alguien que en su oficio experimenta conceptos tan complejos como la justicia, que no es sensorial ni palpable como la producción musical. La coordinación que debe procurar el juez ocurre entre un vastísimo grupo de personas que, además tienen intereses contrapuestos, contrasta con el propósito armónico que persigue una banda. El objetivo que se nos presenta en este epígrafe es, pues, el de analizar si esta consciencia jurídica adquirida en el ejercicio de su oficio se da en el individuo por la circularidad que moldea su personalidad.

En estas analogías que encontramos en el desempeño de las actividades laborales de distintos profesionales, no afirmamos que el músico desarrolle la melodía perfecta o que el juez sea incapaz de errar. Pero sí defendemos que gozan de un desarrollo superior a la media en sus campos de actuación diaria. Ambos tienen una tendencia hacia la perfección, un ideal al que aspiran. Apoyándonos en la teoría de oscilación hacia el centro de Deleuze y Nietzsche, en el que la búsqueda de la verdad es un ejercicio de aproximación eterna, entendemos que las labores del juez y del músico siempre son tendentes a la *verdad*. Hay una melodía perfecta y también hay una justicia pura, pero estas siempre estarán moldeadas por el periodo-contexto de cada sociedad. Además, el hecho de que sean cambiantes no les resta pureza a los ideales a los que aspiran. Por ello, al hablar de la sensibilidad del juez, nos referimos al refinamiento de la capacidad del juez para zanjar un conflicto, no a la capacidad de dictar la sentencia perfecta. Mediante el ejercicio de la justicia, podrá ser capaz de graduar la calidad de las soluciones ante conflictos, siendo capaz de afirmar que esta justicia es mejor que esta otra. Aunque parezca contrario a la idea dicotómica de la justicia, donde algo es justo o no lo es. Teniendo un horizonte de una perfección inalcanzable, nos vemos obligados, como sociedad, a conformarnos con la mejor solución entre las posibles.

III.3. Serotonina: ¿La química de la justicia?

Partimos de la asunción de que el juez durante el proceso judicial goza de una posición de superioridad frente a las partes, tomaremos para ello la propia consideración de Ricoeur para hacer notar que esa condición de tercera persona que caracteriza la figura del juez al ser mediador de la Institución. Para acotar el significado de superioridad, diremos que nos desligamos de sus consideraciones filosóficas. Utilizaremos la acepción de la Real Academia Española: “Preeminencia, excelencia o ventaja de alguien o algo respecto de otra persona o cosa”⁷⁵. No hablamos, por tanto, de superioridad moral, intelectual, o cognitiva. Entendemos que el juez, por el mero de hecho de tener el poder de decisión sobre la esfera personal, económica, laboral o jurídica en general; goza de una sensación de superioridad. El juez se halla en una posición en la que decide sobre otros, es una situación de control, donde una persona decide unilateralmente sobre otra. Se insiste en que en esta fase final del estudio se dejen de lado consideraciones tales como *no es el juez quien decide, sino la institución; es la justicia quien habla, no el juez*; o similares. Nos ceñimos al hecho de que una persona tiene control sobre otra: el juez sobre las partes.

Nos valemos también del delito de prevaricación⁷⁶, previsto en el Código Penal español para evidenciar que el juez goza de una situación privilegiada durante del juicio. Pudiendo hacer lo previsto en las leyes, o por el contrario valerse de su posición de superioridad y dictar sentencia. El hecho de que esté tipificado este delito, expresamente para los jueces, evidencia que tienen una posición de superioridad que debe ser controlada, disuasoriamente a priori y castigada a posteriori.

Retomando la definición del acto de juzgar: “zanjar con métodos no violentos un conflicto entre dos partes”. En los juicios existe un daño que se debe reparar. Es importante la eliminación de la violencia para reparar el daño causado, ya que la naturaleza de las instituciones de justicia es cortar el círculo vicioso de la venganza. Por ello, podemos afirmar que hay una raíz en la justicia que procura evitar la violencia, en otras palabras, existe una aversión al daño.

⁷⁵ Acepción tomada del Diccionario de la Lengua Española actualizado a 2017.

⁷⁶ Artículo 446: El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado. Fuente: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Es ahora cuando juntamos ambos factores: la posición de superioridad/liderazgo/status de la que goza el juez, junto con la aversión al daño. Encontramos que son dos elementos que se retroalimentan mutuamente, siendo la serotonina el elemento común a ambos. La serotonina es un neurotransmisor que regula los estados de ánimo⁷⁷, no la estudiaremos más en detalle ya que excede el alcance de este estudio, pero sí tendremos muy presente dos fenómenos:

- 1) la correlación que existe entre los altos niveles de serotonina y la reducción de conductas agresivas e impulsivas.
- 2) La segregación de serotonina en personas que ostentan una situación de superioridad y/o *status* social.

El primer fenómeno está avalado por el estudio de 2016 de Crocket, titulado “Dissociable Effects of Serotonin and Dopamine on the Valuation of Harm in Moral Decision Making”. Nótese que dicho estudio vincula la agresividad con la toma de decisiones, este hecho es importante a la hora de conectar la serotonina con la figura del juez, ya que no hablamos de violencia cuerpo a cuerpo, sino del daño derivado de una decisión moral:

*“We combined pharmacological tools with a computational model of harm aversion to show that serotonin and dopamine manifest dissociable neuromodulatory effects on moral decision making. Inhibition of central serotonin reuptake, which increases synaptic serotonin, strongly and selectively increased harm aversion for both self and others.”*⁷⁸

En nuestro trabajo, la decisión es la sentencia y el daño la condena o indemnización. Podría pensarse que los jueces que procurasen una sentencia menos lesiva para los condenados pudieran dictar soluciones injustas. No obstante, se debe tener en consideración que una solución laxa para el condenado incide directamente en un daño para la otra parte interviniente y, a una mayor escala, en una lesión para la sociedad. El juez elabora, en el acto de juzgar, un balance que procure una solución donde la justicia sea la menos dañada. La conceptualización de nuestra conclusión es apropiada debido al enfoque moral que se aplica en el estudio científico, la lesión no se ciñe al terreno físico, sino que es extrapolable a las esferas jurídicas, laborales, patrimoniales y personales. Esta

⁷⁷ *Serotonina*, Medline Plus: Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, 2017.

⁷⁸ Crocket, M. y otros, “Dissociable Effects of Serotonin and Dopamine on the Valuation of Harm in Moral Decision Making”, *US National library of Medicine*, Chicago, 2016, p.7

aversión al daño también abarca al aparato jurídico del Estado, teniendo presente la jurisprudencia y la imagen de imparcialidad de las Instituciones Jurídica.

El estudio también prevé la aversión al daño propio. A priori, la decisión del juez no tiene efectos sobre su propia persona, a no ser que caiga en el delito de prevaricación. Las consecuencias de incurrir en un delito son claramente perjudiciales para su persona y para su oficio de juez, por lo que altos niveles de serotonina también tendrían impacto en decisiones que vayan intencionadamente contra la ley vigente. De tal manera, al no incurrir en ilegalidades, no lesionará su propia persona.

En cuanto a nuestro segundo punto, existe una interrelación entre serotonina y status. Ambas se retroalimentan, encontrando a personas con altos niveles de serotonina en posiciones destacadas dentro de la sociedad y a su vez, su elevado status potencia la segregación de serotonina: “serotonin levels respond to the monkey's perception of its own position in the hierarchy”⁷⁹

Haciendo una breve relación con nuestro punto número uno, en nuestras jerarquías modernas, la figura del líder tiende a tener características tales como la “contención de impulsos, pensamiento reflexivo y **conductas no agresivas**”⁸⁰. De esta manera, identificamos que la evolución promueve que las personas con altos niveles de serotonina se hallen en posiciones de poder, donde deben tomar decisiones; y a su vez, su posición desencadena más segregación de serotonina:

“The high-ranking individuals are not especially large, fierce or violent. They are good at things like reconciliation and recruiting allies. They are notable for their calm demeanor. They are less impulsive, less likely to misinterpret playfighting as aggression.”⁸¹

De esta manera, la posición de superioridad que experimenta el juez asegura que su percepción del daño ajeno aumente, favoreciendo a la elaboración de sentencias más reflexivas, menos impulsivas y menos dañosas. A su vez, conforme el juez vaya ascendiendo dentro las instancias judiciales, su sensación de superioridad irá creciendo, produciendo más serotonina. Así las cosas, la consciencia que toma el juez al estar a cargo de responsabilidades mayores deriva en una sensación de superioridad mayor, al tener

⁷⁹ Ridley, M., *Genome*, HarperCollins, Nueva York, 2000.

⁸⁰ O'Connor, P. J., & Jackson, C. J., *Applying a psychobiological model of personality to the study of leadership*. *Journal of Individual Differences*, 31 (2010), pp. 185-197.

⁸¹ Ridley, M., *op cit*, p.171.

que dictar una sentencia que afecta a un grupo cada vez más grande, algo así como estar a carga de más personas, tendremos sentencias más justas, al procurar un daño menor tanto para las partes, como para la legislación, la sociedad y la jurisprudencia.

CONCLUSIONES

1. En el acto de juzgar del juez, las tesis argumentativas procuran formalizar todo el proceso cognitivo, recurriendo la subsunción por grados y partes. Este proceso atomizador termina encontrando siempre la barrera del juicio reflexivo. Hay una realidad innata y común, en todo ser humano, que es irreductible. Cuando las previsiones formales se agotan, entra en juego la capacidad interpretativa del juez. De hecho, la elaboración de leyes nace un acto interpretativo de la realidad. Por lo que el juez, a la hora de aplicar la ley al caso, debe tener presente esta realidad y aplicar la ley entendiendo su origen interpretativo y las intenciones del legislador, que van más allá de la formalidad argumentativa de la palabra.
2. Si bien se deshecha la posibilidad de una Teoría de la Justicia que se apoye exclusivamente en un procedimiento puro, no descartamos la posibilidad de utilizar el marco provisto por el procedimiento para alumbrar la justicia. No se niega que los mecanismos procedimentales sean válidos, se niega que la justicia sea creada por estos mecanismos. Si dejamos que la única fuente de justicia provenga de un procedimiento donde prima el fin social, podemos terminar teniendo legislaciones que fomenten la figura del chivo expiatorio en pro de un bien mayor o, extremando la situación, la creación interesada de leyes que marquen el pensamiento moral de cada época
3. La tesis argumentativa defendida por Alexy, en la que la sentencia que va a dictar el juez debe acoplarse en el correlato lógico de las sentencias anteriores y en el relato del propio juicio, aporta una perspectiva muy útil para conservar la línea del precedente. Aporta seguridad jurídica tanto al caso presente como para futuros casos. No obstante, se debe tener en cuenta el alcance limitado de la tesis de argumentativas, ya que en los casos difíciles que creen jurisprudencia nueva, el juez no tendrá más remedio que recurrir a la interpretación. Igualmente, no encontramos que sean posturas incompatibles Argumentación/Interpretación. Pueden convivir perfectamente, llegando la interpretación a donde no llega a la argumentación; y por la otra parte la argumentación resuelve rápidamente y estabiliza decisiones que la interpretación pudiera dilatar y difuminar.

4. La figura del juez dentro del campo de la filosofía del derecho se ha tratado desde una perspectiva institucional. Entendemos que se examine la institución en vez de la persona, pero la hermenéutica debe saber romper esa barrera y adentrarse en el proceso interno del juez. No basta con una interpretación exclusiva de los jueces, el estudio del proceso interno del juez debe hacerse con las mismas bases que con el resto de las personas, pero adicionando las particularidades que experimenta la persona al ejercer de juez.

En nuestra exposición, se ha propuesto la frontera biológica para dotar de humanidad a la experiencia que vive el juez al dictar. Entendemos que hemos sobrepasado los límites de la filosofía, pero igualmente se deberían dar pasos más ambiciosos dentro de la hermenéutica que fusionen la humanidad del juez con la complejidad de su ejercicio.

5. La serotonina no nos hace más justos per sé. Pero es cierto, que conforme a los mecanismos de justicia existentes en nuestra sociedad, este neurotransmisor provoca conductas modélicas para la figura del juez. No es el núcleo de la justicia, pero encontramos relaciones muy estrechas entre la serotonina y las figuras de referencia dentro de la sociedad. El poder y la justicia han estado vinculados desde las primeras civilizaciones, hasta el punto de que la separación de poderes es una institución de algo menos de trescientos años de antigüedad. Por ello, el status y la impartición de justicia han estado íntimamente ligadas. El elemento biológico común a ambos es la serotonina.

6. Taylor aporta una ontología de moral que refina, sin caer en ámbitos psicológicos la teoría moral de Kant. Al desgranar los horizontes de hiperbien y life good, Taylor consigue colocar al agente racional, en palabras de Kant, sobre dos niveles: el de la potencialidad y la adhesión a esa potencialidad. La perfección de la potencialidad, del hiper bien, radica en la imposibilidad de ser expresada y la imperfección del *life goods* es su posibilidad de ser manifestada e interpretada.

7. Taylor consigue desplazar la moralidad del individuo hacia los elementos a los que se adhiere. De esta manera, la moralidad es una manifestación de las orientaciones internas e individuales que se muestran hacia fuera. Se consigue así eliminar la idea de que la razón moral debe ser una razón negativa, positivando

las tendencias morales del individuo, convirtiendo el hecho de que tender a lo bueno, ya sea una manifestación de una ética positiva y constructora.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA, M., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- CROCKETT, MOLLY, J., et al., "Dissociable effects of serotonin and dopamine on the valuation of harm in moral decision making", *Current Biology* (2015), Nueva York.
- DELEUZE, G., *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 1967.
- DIRAC, P.A.M., "Pretty Mathematics", *International Journal of Theoretical Physics* Vol. 21, 1982.
- DWORKIN, R., *A Matter of principle*, part two: law as interpretation, Oxford University Press, 1985.
- GADAMER, H.G., *Verdad y Método*, II, Salamanca, Sígueme. 1998.
- GIZBERT-STUDNTCKI, M., "El Concepto de Precomprensión", *Revista Chilena de Derecho*, 22 (1995), Santiago, pp. 7-22.
- HEIDEGGER, M., *Ser y Tiempo*, Trotta, Madrid, 2012,
- NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratrusta*, Edimat Libros, Madrid, 2012
- *Más allá del bien y el mal*, Edimat Libros, Madrid, 2012.
- O'CONNOR, P. J., & JACKSON, C. J., *Applying a psychobiological model of personality to the study of leadership*, *Journal of Individual Differences*, 31 (2010), Nueva York.
- KELSEN, H., *General theory of law and state*, The Lawbook Exchange, Londres, 1945.
- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979.
- *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. Anaya, Madrid, 1999.
- RICOEUR, P., *Lo justo*, Caparrós, Madrid, España, 1995.
- *Sí mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid, 1996.

- *Amor y Justicia*, Caparrós, Madrid, 1993.

RIDLEY, M., *Genome*, HarperCollins, Nueva York, 2000.

TAYLOR, C., *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge University Press, 1985.

- *Sources of the self: The making of the modern identity*, Harvard University Press, 1989.

VATTIMO, G., *Más allá del sujeto*, Paidós, Barcelona, 1992.