

Juicio y prejuicio en la consideración de la decisión práctica

Edgar J Rufinetti

Tal como hemos señalado en otros lugares (Cf. Cosacov y otros, 2012), juzgar forma parte inseparable que nuestra interacción social. No sólo opinamos sobre los dichos de alguien o sobre una película y evaluamos al expresar nuestra aprobación o reprobación por lo dicho o al emitir una determinada preferencia por esto o aquello, también consideramos que una cierta afirmación es verdadera, justa o legal y adherimos a ella. A estos sentidos de “juicio” hay que agregarle otro un tanto más fuerte: la instancia en la que se conjugan entendimiento y voluntad en la toma de partido. Así en su sentido habitual *juzgar* significa opinar, evaluar, considerar como verdadero o válido y también tomar partido. (Cf. Ricoeur, 1997: 183ss).

Si bien todo el tiempo estamos realizando juicios, hay determinados dispositivos institucionales que tienen la función específica de juzgar. Existen tribunales de distinto tipo: tribunales disciplinarios que controlan el desempeño de los miembros de una determinada profesión, los tribunales de concursos encargados de decidir cargos, premios y otros beneficios y los tribunales de “justicia penal” destinados a decidir quién merece qué tipo y cantidad de castigo. Estos tribunales juzgan y toman sus decisiones como parte de una práctica social específica que en nuestra tradición ha estado dominada por miembros pertenecientes a una misma cultura profesional, los jueces y magistrados formados en las facultades de derecho. Así pues, el juicio, en el sentido judicial, se desarrolla en el contexto específico del *proceso* penal.

Ahora bien, resulta plausible sostener que esta instancia específica que se desarrolla en el ritual del proceso, el juicio jurídico, contiene los mismos momentos que el juicio en sentido más general, a saber, opinar, evaluar, considerar como verdadero o correcto y tomar partido. Consideremos, a los efectos de aclarar tal cuestión, qué condiciones o atributos son exigibles para que el juicio jurídico sea considerado legítimo o dotado de autoridad por ser producido en el marco del *debido proceso*.

Podemos tomar como punto de partida aquel principio regulativo de la justicia judicial ejercida por los profesionales del derecho que sostiene que una *decisión fundada* (la sentencia) es aquella que se basa, por un lado, en una interpretación *correcta* de la ley y en un esclarecimiento *adecuado* de la verdad histórica y, por otro, en la *voluntad neutral* de acatamiento al mandato legal.

En los desarrollos que siguen vamos a problematizar este principio regulativo para tratar de aclarar el carácter que adopta el juicio en la decisión práctica. Para ello vamos a preguntarnos, por un lado, qué significa o cómo hay que entender la exigencia de “interpretación correcta de la ley” a la luz de la necesaria aplicación que requiere la toma de decisiones. Por otro lado, consideraremos lo que se entiende por “verdad histórica”, pues, como veremos, es necesario asumir que no es sólo el resultado de una configuración en el lenguaje en la que articulamos los “datos-experiencias” que son presentados en la instrucción y con los testimonios, sino que ya antes de tal articulación se halla simbólicamente estructurada. Es por ello que tal articulación es siempre una interpretación (y no mera observación) que supone a la vez una pre-comprensión global, en la que intervienen tanto *juicios y opiniones previos* así como también los intereses y valores del intérprete. Estos análisis, al mostrar el inevitable anclaje histórico social de las interpretaciones y del juicio, nos permitirán poner en entredicho el segundo cuerno del mencionado principio preguntando por el carácter que adquiere y la posibilidad de una “*voluntad neutral* de acatamiento al mandato legal”. Nos guiará en este punto la pregunta ¿qué neutralidad le cabe a la aplicación de un código que corresponde al ámbito del ‘deber ser’?

Comencemos por inscribir tal principio regulativo de la justicia judicial en un marco más amplio, atendiendo lo que nos dice P. Ricoeur cuando se ocupa del acto de juzgar; éste señala como condiciones que hacen legítimo el acto de juzgar a) la existencia de leyes escritas, b) un marco institucional adecuado conformado por tribunales, cámaras etc; c) en tercer lugar, personas “calificadas, competentes e independientes «encargadas de juzgar»” y d), por último, un curso de acción constituido por el proceso, cuyo objetivo es dictar sentencia (Ricoeur, 1997: 184). Considerado desde esta perspectiva podemos sostener que la finalidad de la sentencia, el objetivo de la práctica social que implica, es zanjar una cuestión; vale decir, poner fin a un proceso de deliberación, de intercambio argumentativo de las partes a través de la toma de decisión.

Esta práctica responde, como sostiene Ricoeur, a una necesidad social que se plantea como *inmediata*, a saber, la de poner fin o disolver la incertidumbre. En el contexto del proceso, el fallo cierra un “drama” a través del uso de la fuerza pública; de este modo expresa la fuerza del derecho. En este sentido, podemos decir que el juicio puede entenderse como justicia distributiva, pues pone límites a las pretensiones de los contendientes y *separa* lo que corresponde a cada una de las partes -(en el caso penal esto ha de entenderse como la

medida o cantidad de la pena que corresponde al acto cometido) (Cf. Cosacov y otros, 2012)

En este punto, se abren dos caminos para cuestionar el juicio tal como se expresa en el contexto de la institución judicial. Por un lado, puede ponerse en juego, tal como lo hace Ricoeur, una finalidad *mediata* del acto de juzgar que responde igualmente a una necesidad social. Éste ya no sólo tiene como fin zanjar una cuestión y disolver la incertidumbre, sino que a la vez pone su mira en conseguir la paz social, pues el proceso es visto como epifenómeno de un fenómeno más amplio que es el conflicto social. En sus propias palabras, “...detrás del proceso hay conflicto, disenso, querrela, litigio; y en el trasfondo del conflicto hay violencia. [...] Y] la más tenaz de las formas de la violencia, a saber la venganza” (Ricoeur, 1997: 187).¹

Por otro lado, consideramos que es posible cuestionar la interpretación del juicio como ritual instituido, desarrollando las implicancias que para este mismo proceso tiene el *juicio reflexivo*, tanto en torno a la relación entre lo general y lo particular como en relación con el acceso a la realidad social.

Juicio reflexivo y comprensión

Por cierto que Ricoeur acierta al señalar que el acto de juzgar tiene una doble relación con la generalidad de la ley y que la fuerza del derecho se expresa precisamente en y por esta doble relación. Por un lado, el juicio parece referirse exclusivamente al encuadre en una ley del caso particular a resolver; mas por otro lado la sentencia crea un precedente y genera jurisprudencia.

Esto nos remite, desde luego, a la distinción que realiza Kant en la *Crítica del juicio*. Para este pensador, el juicio ya no es un acto predicativo, una atribución de un determinado predicado a un sujeto, sino que lo entiende desde la idea de subordinación. La capacidad de juzgar es el acto por el que un caso es “puesto bajo”, o *subsumido*, bajo una regla general. En la *Crítica del juicio* Kant señala en efecto que “El Juicio, en general, es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal”, pero sostiene que es posible ver este acto de subordinación de dos maneras y distingue entre *juicio determinante* y *juicio reflexionante*.

En el primer caso, la acción de juzgar consiste exclusivamente en aplicar la generalidad de la ley al caso concreto particular; aquí lo universal está dado y el juicio *subsume* en él lo particular como un caso. Mas, si no es lo universal lo que está dado sino solo lo particular;

¹ En el presente escrito no vamos a ocuparnos de explorar esta problemática (Cf Ricoeur, 2008).

el acto de juzgar, que llama juicio reflexionante, consiste en “ascender” de lo particular a lo general, en “buscar” para un caso dado la regla apropiada bajo la cual situar la experiencia individual. (Kant, 1993: 22 ss.)².

Esta última instancia implica, como puede verse, una interpretación del concepto, de la regla o de la ley, pues no solo lo particular no está ahí para ser ejemplo de una generalidad, sino que a la vez, como el mismo Kant se encarga de advertir, ninguna regla puede regular su propia aplicación (Kant, 1993: 9; Ricoeur, 1997: 185). Para Kant este juicio es “solamente reflexionante” pues no cuenta con ninguna “objetividad universalmente válida” que venga ya determinada por el sujeto trascendental, sino que solamente puede atenerse en su consideración de lo particular concreto a los procedimientos de subordinación que sigue el pensamiento.³

Ahora bien, es necesario considerar, más allá de la forma que adquiera el proceso de subordinación, que en toda *aplicación* se da una tensión entre categorías heterogéneas; tenemos, por un lado, la universalidad del concepto o de las reglas abstractas y, por otro, la situación de acción particular concreta. Debido a esta tensión, la aplicación acarrea, como veremos, problemas tanto en torno a la imposibilidad de reducir las cuestiones prácticas a meras cuestiones técnicas de derivación, cuanto a la posibilidad de realizar un juicio libre de todo prejuicio.

Anteriormente señalamos que las reglas no pueden regular su propia aplicación; es necesario ahora, para aclarar esta cuestión, traer a colación la distinción entre reglas técnicas y reglas prácticas, o lo que se conoce en términos kantianos como imperativos hipotéticos o reglas técnico-prácticas e imperativos práctico-morales (ver Kant, 1993: 14). Aclarar esta distinción resulta de la mayor importancia pues ocupa un lugar central en el proceso de *interpretación y comprensión de sentido*, instancias ineludibles no solo en la investigación social sino, sobre todo, en nuestras prácticas cotidianas atravesadas por el opinar, evaluar, considerar válido y tomar partido. En este sentido, las distinciones que Jürgen Habermas gana en su discusión con el modo de proceder de aquellas ciencias sociales que desdeñan la categoría de sentido, puede venir en nuestra ayuda.

Las *reglas técnicas*, abstractamente universales, son comparables a enunciados teóricos cuyas condiciones de aplicación vienen formuladas en términos universales. Por ello la identificación del estado de cosas, el caso, a los que puede aplicarse una regla no afecta el

² Cita de la edición de Losada pero teniendo a la vista la de Técnos (2007)

³ Cabe recordar que en la *Crítica del juicio* Kant elabora dos instancias del juicio reflexivo, a saber, el juicio estético y el juicio teleológico. Aquí no vamos a entrar en las diferencias.

contenido semántico del enunciado, no altera la forma de su generalidad podemos decir. De este modo, uno puede subsumir sin problemas casos particulares bajo un universal abstracto. Por el contrario, las *reglas prácticas* son comparables con los contenidos de sentido recibidos por tradición y adquiridos en la socialización, cuya comprensión se convierte en problema porque no tenemos, como en el caso de las reglas técnicas, ni “definiciones vinculantes de los predicados básicos” ni “reglas de aplicación invariables” que aseguren la intersubjetividad de la interpretación. En este caso, la identificación de estados de cosas con los cuales podemos determinar el sentido recibido es guiada por una *precomprensión* procedente del mundo social de la vida; a la vez esta identificación del ámbito de aplicación modifica el contenido semántico de la generalidad de lo recibido; o lo que es lo mismo, la actualización aplicativa determina la generalidad de la norma.

Estas reglas recibidas e internalizadas son reglas de interacción y como tales no permanecen invariables; los cambios históricos, sociales y políticos hacen necesaria, en cada caso, una *aplicación* que ajuste tales reglas interpretándolas⁴. Cuando nos vemos confrontados con una nueva situación -y hablando estrictamente todas resultan ser nuevas- se torna necesario reiterar la comprensión, con lo cual reajustamos la validez intersubjetiva. No obstante, tal «renovación de la intersubjetividad» requerida por el cambio de situación histórica que implica el caso particular, no se produce arbitrariamente, sino que es el resultado de la *mediación* del pasado con la vida presente. (Habermas, 1982: 299 [1996: 250])

Ahora bien, señalamos que las reglas prácticas, tanto en el ámbito de la interacción cotidiana como en el ético-político o en el del derecho, son comparables con los contenidos de sentido recibidos por tradición y adquiridos en la socialización. Aclaremos esto. Tales contenidos de sentido forman parte, al igual que las reglas prácticas, de la realidad social en la que ya siempre nos encontramos en nuestras prácticas cotidianas y también en la que se hallan los actores que tomamos como objeto de indagación. Esta “realidad”, al estar simbólicamente pre-estructurada, reclama desde luego una interpretación actualizadora. Así pues, los contenidos de sentido recibidos poseen la generalidad de lo establecido, de lo que se nos impone desde el mundo social de la vida, y necesitan aplicación comprensiva en los casos particular-concretos.

⁴ En tal aplicación -sostiene Habermas- lo “universal global” de las reglas prácticas queda determinado como “universal concreto (*konkret Allgemeinen*) intersubjetivamente válido”. Pero a la vez este “universal global, que difusamente ha de haberse entendido ya, sólo determina lo particular subsumido en la medida en que él mismo queda concretizado por este particular” (Habermas, 1982: 298-9 [1996: 250]). Véase también Albrecht Wellmer, 1988.

Podemos decir entonces que tanto el acontecer histórico social como los sistemas de normas poseen una estructura simbólica constituida antes de cualquier aproximación teórico metodológica (por ej. el proceso y la aplicación de la dogmática), pues son los actores sociales quienes las constituyen en su práctica cotidiana. Y es por eso que para una *decisión fundada* no solo la generalidad de la ley exige una comprensión interpretativo-aplicativa sino que también es necesario proceder de este modo para esclarecer la verdad del caso.⁵

Precisamente, la cuestión que subyace a las distinciones introducidas por Habermas entre reglas técnicas y reglas prácticas es la inseparable vinculación entre comprensión interpretativa y aplicación que Hans Gadamer puso de relieve en *Verdad y método*⁶. El autor muestra que la comprensión, dado el anclaje histórico que implica, presenta un irrenunciable momento de *aplicación*; en el mismo se pone de manifiesto la tensión entre la normatividad del texto, las pretensiones que él mantiene, y el sentido que logra su aplicación al momento concreto de la interpretación. La aplicación es, pues, la adaptación de algo normativo al caso particular concreto. Esto resulta claro –sostiene– en el nivel de la hermenéutica jurídica, donde la búsqueda del juicio justo no pide la mera subsunción del caso particular a la generalidad de la ley, sino que la búsqueda de “las cláusulas justas se basa en una decisión propia creativa, complementaria o perfeccionadora del derecho”. Tales decisiones no son arbitrarias y no deben asimilarse a determinaciones irracionales, de allí la necesidad de precisar “el sentido de la razón en tales decisiones”. (Ver Gadamer, 1992: 365 ss.)

⁵ Me gustaría traer a colación en este lugar lo que señala L Ferrajoli; en el “modelo o sistema garantista” que propone, por un lado, la sujeción del juez a la ley ya no es “sujeción a la letra” sino a la ley en cuando válida, es decir, coherente con la Constitución; y dado que tal coherencia es siempre opinable y remitida a la valoración del juez concluye que “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma”(2010: 26). Esto muy bien podría resultar compatible con lo que estamos planteando a condición de que, como veremos, tal constitucionalismo resulte de una aplicación no-posterior al entendimiento de la generalidad. Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de la verdad del caso o, como la llama Ferrajoli, la *verdad procesal*, que es el segundo fundamento político de la independencia del juez, sostiene “me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad...” pues “ninguna consenso -ni el de la mayoría ni el del imputado [por la negociación de la pena (ER)] puede valer como criterio de formación de la prueba”(2010: 27). En el proceso penal los criterios que valen –sostiene– son “los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación” (2010: 28). Pues bien, como tendremos oportunidad de ver la racionalidad discursiva no es simplemente la opinión de la mayoría; y por otro lado, lo que está en juego es precisamente el valor de esa lógica inductiva como así también la cuestión de cómo se accede y determina lo acontecido y las pruebas. Para la teoría de la verdad de Ferrajoli (Ferrajoli, 1995: cap. 1; también 537-546 y cap. 13)

⁶ Cabe señalar que Habermas recurre a la diferenciación entre *tekhné* y *phrónesis*, que efectúan tanto H Gadamer como H Arendt (cf. *La condición humana*) y ambos recuperando distintos aspectos del pensamiento práctico de Aristóteles.

Esta referencia práctica que conlleva la aplicación no es algo posterior a la interpretación, sino un momento constitutivo de la misma; ésta solo se cumple *en* la aplicación. Lo que con ello quiere decirse no es que tengamos que remitir el significado de lo que tratamos de entender a nuestra propia situación, sino que cuando entendemos procedemos ya de ese modo. En este sentido, Gadamer sostiene que

“aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros.” (Gadamer, 1960: 323 [1977: 414])

Ahora bien, en este punto nos encontramos con la cuestión lógica de la relación entre lo general y lo particular. En este sentido, comprender es, al igual que la capacidad de juzgar, “un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada”; un caso especial –dice Gadamer- porque se trata de una razón y un saber no al margen de lo que es tal como ha devenido, sino “desde su determinación y como determinación suya”(Gadamer, 1960: 295 [1977: 383]). Y esto por el doble anclaje histórico social que implican la situación particular por un lado, y el propio mundo vital de intérprete por otro.⁷

En este preciso sentido, el comprender interpretativo-aplicativo no se posee de un modo tal que “primero se tenga y luego se aplique”. Al encontrarse estrechamente vinculado a la experiencia y estar siempre ya concretamente motivado, es una actividad que no puede adquirirse sin presupuestos y está siempre ligada por tanto a una estructura de prejuicios. Por otro lado, esta actividad posee otra dimensión pues el entendimiento queda referido siempre también al contexto de la interacción social. Mas también aquí, ni se sabe ni se juzga desde una posición externa y no afectada, sino desde una “pertenencia específica que le une [a uno] con el otro, de manera que es afectado con él y piensa con él” (Gadamer, 1960: 306 [1977: 395])⁸. Así pues, sólo se alcanza un entendimiento adecuado de la acción del otro en la medida en que uno mismo “desea también lo justo, [y] que se encuentre por lo tanto en una relación de comunidad o solidaridad con el otro” (Gadamer, 1960: 306 [1977: 395]).⁹

⁷ Cabe recordar en este contexto, que la *phronesis*, en tanto racionalidad que preside la *praxis*, es un saber que emerge de y con la misma *praxis*; y ésta resulta ser una actividad “siempre ya concretamente motivada, preconcebida” cuyo sentido más relevante corresponde –como señala Arendt- al estatus del ciudadano libre de la polis. La *praxis* se caracteriza centralmente entonces por la *deliberación* y la *libre elección* de la forma de vida.

⁸ En Aristóteles, (1959) VI, 11.

⁹ Para una consideración más detallada de estas cuestiones véase Gadamer 1989, donde señala que Aristóteles completa la *phronesis*, ese saber práctico que está buscando, con las determinaciones que aportan el entendimiento, el juicio y la indulgencia o tolerancia. (s 391)

Esta conexión entre comprensión de la acción y vínculo social nos remite, en las actuales sociedades posindustriales caracterizadas por una alta diferenciación, a la problemática que está en la base del reclamo del juicio entre pares. En todo caso puede verse con claridad que la relación de solidaridad con el otro dada por la pertenencia específica a una comunidad es la que permite no solo el entendimiento, sino que también viene a constituir una determinación de la voluntad del que juzga y circunscribe de ese modo el significado de la *voluntad neutral* de acatamiento al mandato legal. Lo razonable que va implícito en la práctica y que nos permite juzgar en la consideración de la situación particular concreta tiene una doble procedencia: es a la vez “lo emocionalmente determinado” que procede del acuerdo de fondo vinculante y “lo racionalmente investigado” (Gadamer, 1986: 214ss). Para decirlo con otras palabras, se forma en y mediante el entendimiento recíproco de los participantes en un mundo de la vida siempre ya compartido; también podemos hablar, como veremos, de *sensus communis*.

Ahora bien, esto que acabamos de señalar adquiere una relevancia mayúscula si asumimos que el trasfondo social en el que se enmarca el proceso judicial no solo viene signado por una alta diferenciación, sino que es conflicto y violencia, y ¡venganza!

La apropiación hermenéutica de las determinaciones aristotélicas del saber práctico resulta relevante con vistas a esta problemática, por cuanto pone al descubierto una relación especial entre la generalidad de la norma que se quiere interpretar y la situación particular en la que el intérprete se encuentra. Esta relación implica que para comprender, el actor o el investigador no puede ignorarse a sí mismo y a la situación concreta en la que se encuentra, ni dispone con antelación de un saber para una posterior aplicación.

No es sólo que la identificación de situaciones con, y a través de, las cuales podemos determinar el sentido de la generalidad esté guiada por una *precomprensión* procedente del mundo histórico social de la vida, y que por ello la identificación del ámbito de aplicación modifique el contenido semántico de la generalidad recibida, de la norma por ejemplo, sino que esta *pre-estructura de la comprensión* es condición de posibilidad del juicio mismo. Pues para comprender no podemos ignorar nuestros propios *juicios previos* (*pre-juicios*) ni la situación concreta en la que nos encontramos. Ya antes señalamos que era necesario precisar el sentido de la “razón” en la decisión que perfecciona el derecho. Ahora tratemos de especificar qué estamos diciendo con “identificar las situaciones con, y a través de, las cuales podemos determinar el sentido de la generalidad”.

Como puede apreciarse, la problemática con la que una y otra vez nos hemos topado y la central, es *cómo se realiza la mediación entre lo general y lo particular*. Pudimos ver que la capacidad de subsumir el caso concreto bajo la generalidad de la ley es propia de la facultad de juzgar, y que para cuestiones prácticas esta capacidad de juzgar no es determinante sino más bien reflexionante, tal como lo plantea Kant. Reclamamos para nosotros su advertencia de que esta capacidad de aplicar reglas no puede contar a la vez con reglas para su propio funcionamiento. Esto nos conduce a la cuestión central, para Gadamer el principio del juicio reflexionante que nos permitiría «elevarnos» de lo particular a lo universal no puede ser un principio trascendental; la «mediación» entre lo general transmitido y lo particular concreto de la situación tenemos más bien que buscarla en el lenguaje. La lógica de la decisión, la razón práctica, no se reduce al juicio solitario, monológico, de un sujeto constituyente, sino que es la emergente del juego del entendimiento compartido y situado, una razón dialógica.

La objeción sería entonces que lo particular dado siempre requiere para su comprensión de una generalidad *pre-entendida*. A nuestro parecer, es necesario tener presente que para comprender la situación particular concreta necesitamos una referencia a una totalidad, pues en esta determinación del juzgar “no se aplica simplemente un concepto previo de la cosa”, sino que –como sostiene Gadamer– lo individual-sensible accede a la aprehensión “en cuanto que se aprecia en ello la congruencia de muchas cosas con una. En consecuencia lo decisivo no es aquí la aplicación de una generalidad sino la congruencia interna.” (Gadamer, 1960: 28 [1977: 62]).

Se trata en efecto, de comprender en lo individual lo general bajo lo cual debe subsumirse, vale decir, de juzgar lo “individual por referencia a un todo, de examinar si concuerda con todo lo demás, esto es, si es «adecuado»” (Gadamer, 1960: 35 [1977: 70]). Ahora bien, precisamente aquella “congruencia” y esta “concordancia” nos permiten precisar que la totalidad implicada en esta referencia ni está dada como tal ni pensada en términos de objetivo o finalidad. Procede de la experiencia que hacemos en el ámbito del mundo de la vida y no tiene la universalidad del concepto.

La consideración de la corrección de una acción por ejemplo, supone -casi siempre implícitamente y más allá de nuestra convalidación o rechazo- lo que nos dice al respecto esa generalidad global del mundo de la vida al que pertenecemos, la cual sólo alcanza determinación particular en la situación de acción, que siempre implica a la vez una *anticipación* de la totalidad de sentido. Pues bien, la anticipación de la totalidad de sentido que guía nuestra búsqueda de una generalidad para el caso particular en el juicio reflexivo

no hay que considerarla exclusivamente como un acto de la «subjetividad» sino que viene determinada por el mundo histórico social de la vida del que somos miembros. Para decirlo en otros términos, la anticipación de sentido se determina desde el sentido común, entendido no en términos sociológicos, sino como *sensus communis*, como “la condición y el efecto de una vida conjunta que es constitutiva de un cuerpo político” (Ricoeur, 1997: 153)¹⁰

En este sentido, antes de que nos comprendamos a nosotros mismos en la reflexión, nos estamos “comprendiendo ya” de una manera obvia y evidente en el lenguaje, la familia, la sociedad y el estado en que vivimos. Es por ello que podemos sostener, con Gadamer y con Ricoeur, que la historia no nos pertenece, que no la *hacemos* de modo consciente, sino que más bien nosotros le pertenecemos a ella y que la realidad histórica de un individuo viene signada en mucho mayor medida por los *prejuicios* que por sus juicios. (Gadamer, 1960: 261 [1977: 344])

Esta preeminencia de la historia sobre nuestra reflexión pone de manifiesto que los *prejuicios* forman parte de la *estructura previa del comprender*. Sin embargo, es necesario sustraer la noción de prejuicio de su vínculo exclusivo con la dimensión individual remarcando la dimensión objetiva de los mismos. Esta dimensión objetiva del prejuicio, que podemos vincular a *sensus communis*, está relacionada con las realidades históricas en la que “ya siempre” estamos inmersos y que conforman nuestro modo de comportamiento respecto al mundo y a los otros. En este sentido, los prejuicios en su concreción histórica determinan la *estructura previa de la comprensión*, no solo como tradición cultural sino también como condiciones de producción y ejercicios de poder¹¹. Esto es, el prejuicio resulta el emergente de las realidades histórico políticas y sociales en las que *desde siempre* estamos sumergidos y que -en el proceso de socialización/individuación- conforman el modo en que nos relacionamos con el mundo y con los otros, en los medios lenguaje, familia, sociedad y estado.

Ahora bien, tal como sucede con los prejuicios: que estamos en ellos antes de toda consideración reflexiva, el momento objetivo del prejuicio, la tradición transmitida o el *sensus*

¹⁰ Ciertamente que Kant pone también en juego el concepto de sentido común en su consideración del juicio reflexivo (Kant, 1992: § 40); como señala Ricoeur (1997: 153ss), la transición entre la subjetividad del gusto y la comunicabilidad que afianza su universalidad viene respaldada o garantizada por el sentido común. Sin embargo como ya mostró Gadamer (1960: cap. 1) el sentido que este concepto adquiere en Kant resulta otro: se torna abstracto y pierde la dimensión social y política en la que anteriormente anclaba.

¹¹ En un texto posterior Gadamer define tradición del siguiente modo: “Porque la tradición en la que vivimos no es una tradición «cultural» consistente sólo en textos y monumentos y que transmitiera un sentido estructurado lingüísticamente o documentado históricamente, al tiempo que los factores reales de nuestra vida, las condiciones de producción, etc. quedaban «fuera». El mundo conocido comunicativamente se nos trasmite, *traditur*, siempre como una totalidad abierta” (Gadamer, 1992: 114)

communis, inherente al mundo social de la vida, está siempre operando y operante en cuando pretendemos comprender la realidad social¹². En este sentido, la inmediatez con que procuramos orientamos hacia las leyes y reglas y hacia los hechos sociales es siempre una “aparente inmediatez” pues está siempre en juego esta instancia, no reconocida y consecuentemente no controlada, de *efecto de la historia* sobre nuestra conciencia, es decir, sobre lo que hemos llegado a ser y sobre los juicios que elaboramos. En cuanto pretendemos comprender o juzgar nos hallamos *ya* bajo los condicionamientos de la *historia del efecto*. “Ella es, sostiene Gadamer, la que determina de antemano lo que se muestra como cuestionable y como objeto del proceso de investigación” (Gadamer, 1960: 284 [1977: 370-1])

Y no es que este problema puede superarse en un saber especializado, pues cuando adoptamos una actitud metódica de distanciamiento frente a la realidad social y pretendemos hacer pie en ese conocimiento libre de prejuicios que suele pregonarse, no rompemos realmente los lazos que nos ligan al *sentido socialmente constituido y transmitido*. Esta no es una cuestión menor; no se trata sólo de que toda comprensión es prejuiciosa sino que los prejuicios son la condición de posibilidad de la comprensión. La consideración de los prejuicios como condición de la comprensión conduce a un radical cuestionamiento del juicio como instancia última y suprema en el conocimiento y la autodeterminación.

Ahora bien, es importante señalar que el poder del momento objetivo del prejuicio, del *sensus communis*, no depende de su reconocimiento; exactamente en esto consiste su poder sobre la conciencia humana finita. Desde luego que es necesario sostener la exigencia de hacer consciente este efecto, sin embargo, esta exigencia, indeclinable para toda reivindicación de cientificidad e imparcialidad, no implica que pueda ser completamente realizable; hay que descartar la posibilidad de que este *momento efectual* pueda objetivarse enteramente y hacerse completamente consciente. No se trata sólo de la conciencia que podamos hacernos de esta *historia del efecto*, sino también y sobre todo de que la conciencia es un «producto» de esta acción de la historia. Hay que entenderla en las dos formas del genitivo, como acción y como producto.¹³

A modo de conclusión.

¹² El concepto que Gadamer elabora para dar cuenta de estas instancias es el de *Wirkungsgeschichte* (*historia del efecto* o *historia efectual*)

¹³ J Grondin destaca otros dos aspectos de este concepto que a mi juicio están supuestos en lo que aquí presento (ver 2003: 149ss).

Extraigamos algunas de las implicancias que tiene lo que hemos venido sosteniendo sobre el juicio reflexivo respecto del juicio como ritual instituido.

Sostuvimos que tanto el acontecer histórico social como los sistemas de normas poseen una estructura simbólica constituida en las prácticas cotidianas por los propios actores sociales y que, por eso mismo, es anterior a cualquier aproximación teórico metodológica. En este sentido, podemos decir que en el marco del proceso penal, para la interpretación *correcta* de la ley y el esclarecimiento *adecuado* -conforme a verdad- de lo acontecido, tenemos que habérnoslas con una realidad simbólica pre-estructurada. Tanto al discriminar entre aquellos “datos-experiencias” que constituyen prueba y aquellos que no, como al evaluar la relevancia y validez de los testimonios de la indagatoria, no nos enfrentamos con un *factum* bruto, sino con esa realidad simbólicamente estructurada.

Para abordar esta realidad resulta necesaria una comprensión interpretativo-aplicativa que no objetive aquello que aborda ni determine desde arriba (a través del juicio determinante) y al margen de la situación práctica, a qué generalidad puede asociarse, bajo qué ley se encuadra o cómo se tipifica. En este sentido, la comprensión interpretativo-aplicativa, al igual que el juicio reflexionante, es un modo de proceder que arranca de lo particular tal como ha devenido y que considera su saber como determinación de dicho particular concreto.

Este doble anclaje histórico de la comprensión afecta, a la vez, al sujeto juzgante, pues la misma se encuentra estrechamente vinculada a la experiencia y está siempre concretamente motivada; en este sentido, es una práctica que no puede adquirirse sin presupuestos y está siempre ligada por tanto a una estructura de prejuicios.

Pues bien, no es solo que los prejuicios resultan condición de posibilidad de los juicios, sino que además, por el arraigo de tales pre-juicios, la pertenencia a un grupo específico, el *sensus communis*, emerge como la condición de toda comprensión. La anticipación de sentido de la que parte toda comprensión y juicio reflexivo viene determinada desde el *sensus communis*, desde aquella práctica de la vida en común que resulta “condición y efecto” de un cuerpo político.

La conclusión a la que arribábamos y que nos parece vale la pena traer nuevamente a escena es que el entendimiento adecuado de la acción del otro sólo se alcanza en la medida en que uno mismo se encuentre o adquiera una relación de comunidad o solidaridad con el otro. Más aún, este vínculo de pertenencia viene como mínimo a condicionar la voluntad

del que juzga, con lo cual el ingrediente de la *voluntad neutral* de acatamiento al mandato legal en la decisión fundada no puede menos que ponerse en cuestión.

Ahora bien, estos problemas que hemos señalado no pueden resolverse apelando meramente a un saber especializado, a una *techné*. Al igual que los prejuicios, el *sensus communis*, el *efecto de la historia* sobre lo que hemos llegado a ser y sobre los juicios que elaboramos, está siempre operante cuando se trata de comprender la práctica y la realidad social. Y es por ello que cuando abordamos las leyes y reglas y los hechos sociales, toda inmediatez resulta aparente, pues al comprender o juzgar nos hallamos *ya* bajo los condicionamientos de la *historia del efecto*. En este sentido, la consideración de los prejuicios como condición de posibilidad de la comprensión conduce a un radical cuestionamiento del juicio como instancia última y suprema en el conocimiento y la autodeterminación.

Bibliografía

Arendt, H. (2003) *La condición humana*. Paidós, Barcelona.

Aristóteles, (1959) *Ética a Nicómaco*, Instituto de estudios políticos, Madrid.

Bernstein, R. (1991) “¿Qué es juzgar? El actor y el espectador” en Bernstein, *Perfiles filosóficos*, S XXI, México.

Cosacov y otros, (2012) “El mito de la justicia y el paradigma punitivo” en *Crítica y mito*,

Herman Romanutti y José Rovelli (Comp.), Editorial Brujas, Córdoba.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid.

Ferrajoli, L. (2010) “El derecho como sistema de garantías” en Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid.

Gadamer, H-G. (1960) *Wahrheit und Methode*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. (en español, (1977) *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca)

Gadamer, H-G. (1986) *Gesammelte Werke*, Bd. 2: Hermeneutik II (Wahrheit und Methode: Ergänzungen, Register), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. (en español (1992) *Verdad y método II*, Sígueme, Salamanca)

Gadamer, H. (1989) “Aristóteles und die imperativische Ethik (1989)” en *Gesammelte Werke*, Band 7: Griechische Philosophie III (Plato im Dialog), Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1991.

Gadamer, H. (1986) “Razón y filosofía práctica”, en Gadamer, *El giro hermenéutico*, Cátedra, Madrid, 1998.

Grondin, J. (2003) *Introducción a Gadamer*, Herder, Barcelona.

- Habermas, J. (1982) *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Suhrkamp, 5. erw. Aufl., Frankfurt am Main. (en español (1996) *La lógica de las ciencias sociales*, Técnos, Madrid)
- Kant, I. (1993) *Crítica del juicio*, Losada, Buenos Aires.
- Kant, I (2007) *Crítica del juicio*, Técnos Madrid.
- Ricoeur, P. (1997) *Lo justo*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Ricoeur, P. (2008) *Lo justo II*. Trotta, Madrid.
- Wellmer, A. (1988) “Intersubjetividad y razón” en Olivé, León (Comp.), *Racionalidad*, Siglo XXI, Méjico.