

DECISIÓN JUDICIAL Y *ἔTHOS*

*Luís Eduardo Zamorano Aragón**

RESUMEN

La moderna teoría de la argumentación pertenece al movimiento intelectual que reivindica la razón práctica y busca trazarle límites a la razón físico-matemática. Sin embargo, el tema de la racionalidad argumentativa se ha planteado usualmente en la perspectiva de las formas del discurso persuasivo. Este enfoque formalista pierde de vista la preocupación por la verdad, y en el caso de la argumentación jurídica, la preocupación por la justicia. En este sentido, se hace necesario replantear el problema de la argumentación para que incluya tanto la dimensión de verdad como el papel que juega quien argumenta. Desde el punto de vista del derecho significa recuperar la pregunta por lo justo y el reconocimiento de la importancia del modo de ser de quien justifica una interpretación. En especial ha de tomarse en cuenta el carácter paradigmático de la decisión judicial.

Palabras clave: argumentación, formalismo, verdad, justicia y modo de ser.

ABSTRACT

The modern theory of argumentation belongs to an intellectual movement which vindicates practical reason and tries to establish the limits of scientific reason. However the subject of rational argumentation has been usually stated by studying the forms of persuasive discourse. This formal approach misses the concern about truth, and in the case of legal argumentation, the concern about justice. In this sense, it is necessary to reassess the argumentation problem in a way that includes both the dimension of truth and the role of the one who is carrying an argument. From the point of view of the law, this means to regain the question about what is just and the awareness of the importance played by the character of the person which is justifying an interpretation. Specially, it must be taken into account the paradigmatic status of adjudication.

Key words: argumentation, formalism, truth, justice and character.

* Abogado y filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá. Magíster en Filosofía en la Universidad del Valle. Actualmente es profesor del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

1. RACIONALIDAD Y VERDAD

Hablar de la racionalidad de la decisión judicial no es tarea fácil, entre otras cosas, porque en la elucidación de esta cuestión no puede evitarse el hacerle frente a los problemas cardinales del derecho. Pero sobre todo es una tarea difícil en la medida que hablar de la razón toca profundamente nuestra identidad como occidentales, y en este sentido, de la responsabilidad con que se trate el tema dependerá en buena medida el esclarecimiento de nuestra circunstancia. En otras palabras, el problema de la razón es una de las vías privilegiadas para intentar la autocomprensión de nuestro tiempo, de ahí la gravedad con la que debe asumirse este tema, pues en él se juega el destino de nuestra civilización. Desde el siglo XVII Occidente hizo una apuesta por la razón, y en ella puso toda su fe y esperanza de un mundo mejor. Incluso el siglo XIX pudo imaginarse que se había alcanzado una altura de los tiempos insuperable y que en adelante todo sería un progreso seguro e ininterrumpido. Sólo las tribulaciones de la primera mitad del siglo XX, desde las crisis epistemológicas de las ciencias hasta los desoladores destrozos de los enfrentamientos bélicos, hicieron resquebrajar la confianza que en la razón se había puesto. Ya no nos acercamos a la razón con ingenua esperanza, sino con desconfiado temor, de ella puede esperarse los mayores bienes y los mayores males. ¿Qué significa preguntarse por la racionalidad de la decisión judicial en este escenario? Como consecuencia de la crisis de la razón se manifestó con toda evidencia la urgencia de plantearse nuevamente con todo rigor los problemas propios de la praxis humana. En efecto, fue la razón físico-matemática la que entró en crisis y con ella el modelo epistemológico de la ciencia moderna que se imponía a toda disciplina que pretendiera afirmar algo como verdadero. La incapacidad de la razón científica para comprender los problemas más humanos posibilitó la reivindicación de la razón práctica como ámbito de investigación legítimo.

En el marco de esta tarea se han emprendido toda una serie de intentos por rescatar los estudios humanos del sometimiento en el que el positivismo los tenía y replantearlos desde nuevas perspectivas epistemológicas y ontológicas. Uno de ellos ha sido la moderna teoría de la argumentación, que ha encontrado en el mundo del derecho un escenario privilegiado para realizar sus investigaciones. De esta manera el tema de la racionalidad de la decisión judicial se enmarca en una tradición que viene preocupándose por los límites de la razón físico-matemática y por la urgencia de plantear nuevamente los problemas fundamentales del hombre. El debate de los abogados en el proceso, pero sobre todo, la justificación que hace el juez de su decisión se han convertido en los últimos tiempos en los objetos

que deben ser investigados por todo aquél que se precie de ser un teórico del derecho. Quien no se une a esta moda es considerado un reaccionario, un anacronismo viviente que no está a la altura que la nueva visión del derecho exige. En estas investigaciones se busca aclarar en la medida de lo posible las técnicas de argumentación de las que se vale un determinado juez para fundamentar su decisión. Entre mayor número de sentencias se estudien, entre mayor especialización del tema haya, y entre mayor sea la precisión con que se fije una línea jurisprudencial, mayor rigor investigativo se tendrá y mayor utilidad tendrán las averiguaciones que se hayan hecho. Entre nosotros el objeto de estudio más codiciado por los investigadores lo constituye las sentencias de la Corte Constitucional. De unos años para acá se ha investigado con el mayor de los detalles la masa jurisprudencial que nuestro tribunal constitucional produce. Hay toda una serie de esforzados empeños que se han ocupado de sistematizar las líneas de decisión. Incluso, se ha hecho caer en la cuenta que hablar de líneas es impropio, el fenómeno es mucho más complejo y debe hablarse de redes. Pues bien, las redes jurisprudenciales de la Corte Constitucional se han convertido en el tema de estudio de muchos profesores y estudiantes que tienen intereses teóricos en el derecho. Es necesario caer en la cuenta de lo anterior, ya que esto significa que buena parte de los esfuerzos académicos del presente van dirigidos a la ordenación de las decisiones de la Corte Constitucional en una inmensa estructura de precedentes. Podría preguntarse por la pertinencia de estos estudios para el autoesclarecimiento que el Derecho, en cuanto obra humana, está exigiendo en la actualidad, o si acaso esta moda no es una recaída disfrazada de novedad en el prejuicio moderno que pone el fundamento del conocimiento en el método. Dejando a un lado estas cuestiones, conviene apropiarse plenamente de las limitaciones que supone una teoría de la argumentación como principio de las investigaciones que tienen por objeto el discurso jurídico en general y las decisiones de los jueces en particular.

Toda teoría de la argumentación es formal, esto quiere decir, que se ocupa de las condiciones de validez que debe cumplir un razonamiento para considerarse recto.¹ Ahora bien, estas condiciones son presupuestas y anticipadas por el auditorio a quien va dirigido un argumento determinado. En este sentido, la cuestión de la rectitud queda determinada por la eficacia de la persuasión. Si alguien quiere persuadir a otro, debe acatar los tópicos y las reglas implícitas en las que este

¹ Cf. RICOEUR, Paul. "Interpretación y/o argumentación", En *Lo justo*, traducción de Agustín Domingo Moratalla, Madrid, Caparrós, 1999, pp. 164-175.

último se mueve. Un discurso recto será aquel que aporte las razones suficientes para persuadir de acuerdo a las exigencias propias de cada auditorio. En este orden de ideas, el estudio de las decisiones judiciales consistiría en una doble tarea: de una parte, en la explicitación de las condiciones de rectitud presupuestas por el auditorio al que va dirigido el argumento de la sentencia, y por otra, en el examen crítico de las sentencias para observar si cumplen o no con esas condiciones. Esto significa que la labor del juez consiste en adecuar su decisión a las condiciones de rectitud usadas, de tal forma que su argumentación sea persuasiva. Planteadas las cosas de esta manera se confunde *justicia* con *justeza*. En efecto, si al juez le importa primordialmente que su argumentación persuada al auditorio, toda su preocupación estará dirigida a garantizar que ella se *ajuste* a las condiciones de rectitud. ¿Y de dónde vienen esos cánones del razonamiento? Vienen de lo que suele ser aceptado por la mayoría como convincente. Resulta, entonces, que todo el fundamento de la sentencia termina descansando en lo que tenga a bien ser la opinión pública del momento. Será “justa” la sentencia que cumpla con los requisitos de persuasión al uso, esto es, que se *ajuste* a los tópicos del día. Cabe preguntarse: ¿se agota la justicia en justeza? Pues bien, hay algo en todo esto que no nos deja tranquilos, ya que no estamos dispuestos a renunciar con tanta facilidad a la pretensión de universalidad de la justicia. Tenemos la intuición de que el formalismo de la argumentación no es suficiente para aclararnos la tarea del juez. La razón de que sintamos lo anterior salta rápidamente a la vista.

En el derecho va envuelta la posibilidad del uso de la fuerza, la sentencia decidirá para bien o para mal el destino de una persona. En otras palabras, en la argumentación jurídica está en juego la vida entera de un hombre. Por lo tanto, no nos basta con que el razonamiento del juez sea persuasivo según la opinión pública, pues nada nos garantiza que esa opinión, aunque mayoritaria, sea la correcta. La sentencia tiene que ser primero y antes que nada justa, pues sólo de principios universales puede surgir la legitimación para usar la fuerza contra otro hombre; de lo contrario no habría un criterio para determinar cuándo es justificado el uso de la fuerza y cuándo no, por lo que la decisión quedaría subordinada a quien tenga más poder para imponer su voluntad. La justicia consistiría simplemente en el parecer de la parte más fuerte, esto es, en la opinión de la mayoría. De ahí que sintamos que lo justo no puede agotarse en el cumplimiento de los requisitos para persuadir y aspiremos a que la decisión del juez tenga por fundamento principios universalmente válidos. Si esto es posible o no, no debe interesarnos en este momento. Ahora debemos caer en la cuenta de que el problema de la justicia ya no se presenta como una cuestión de forma del razonamiento sino de su verdad.

En otras palabras, ningún acercamiento a la racionalidad de la decisión judicial estará completo si se limita a examinar la forma del discurso y deja a un lado la aspiración humana de la justicia. La argumentación jurídica nos lleva necesariamente a tener que plantearnos la pregunta por lo justo.

De hecho esta era precisamente una de las preocupaciones de Platón en su discusión con los sofistas y oradores.² A éstos sólo les importaba enseñar a sus discípulos a persuadir. La retórica no se ocupaba de la verdad pues le bastaba con producir su apariencia. La palabra era el arma de guerra en los combates públicos de argumentos y el más diestro en usarla ganaría tanto en las asambleas como ante los tribunales. La persuasión producida por la elocuencia era la clave del poder. Esto es lo que a Platón le parece grave. Quien al argumentar sólo tiene como meta persuadir, se olvida de la verdad, ya que tiene como único interés amasar el poder suficiente para realizar sus deseos. En este sentido, se está disfrazando de racional lo que en verdad es una cuestión de voluntad, es decir, de obtener el respaldo de la mayoría. Platón contrapone a la palabra puramente persuasiva la palabra verdadera; se trata del discurso que no sólo quiere persuadir sino que además aspira a decir la verdad y la dice. En este caso el discurso es recto [*orthos logos*], sólo que rectitud no significa aquí el cumplimiento de las condiciones para persuadir, sino el razonar de acuerdo con principios universales. Esta universalidad del discurso verdadero vale para todos independientemente del estatus social o de los caprichos de la multitud. Vemos como el problema que tenemos entre manos es muy viejo y ha acompañado a Occidente desde el principio. Y no podía ser de otra manera, pues lo que aquí está en juego es la posibilidad de la verdad. ¿Es posible un discurso verdadero? ¿Es posible un discurso justo? ¿O nuestro discurso sólo puede moverse en el ámbito de la eficacia de la persuasión?

Para hacerle frente a semejante cuestión empecemos por matizar el formalismo de la teoría de la argumentación. Ha sido un malentendido del presente el creer que la argumentación se limita a estudiar las formas del discurso. Gadamer nos recuerda que la enseñanza de la retórica tenía que ver principalmente con la *formación* [*Bildung*] del hombre.³ Incluso se ponía el estudio de la retórica al frente del estudio de las ciencias, en este último los estudiantes aprendían los

² Son muchos los diálogos en los que Platón asume este problema pero como ejemplo puede verse el “Gorgias” (en especial 452d-481a), en *Diálogos II*, traducción de Jorge Calonge et al., Madrid, Greedos, 1983.

³ Cf. GADAMER, Hans Georg. “Retórica y hermenéutica”, En *Verdad y método II*, traducción de Manuel Olasagasti, tercera edición, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998, pp. 267-281.

secretos del cosmos y en el primero las habilidades para actuar bien según las circunstancias. Tanto en la investigación de la naturaleza como en la praxis humana había verdad, eso sí, dos modos distintos de la verdad, o si se quiere de la razón, pues un ámbito correspondía a la razón físico-matemática y el otro a la razón práctica. La fama que la ciencia natural ganaba paulatinamente hizo pensar a muchos que los estudios de retórica se abandonarían por completo. Tal era la preocupación de Vico en un escrito de 1708 titulado *Sobre el método de los estudios de nuestro tiempo*.⁴ Ahora bien, lo que terminaría aconteciendo sería mucho peor. No sólo se abandonaron por completo los estudios de retórica, sino que la ciencia se convirtió en el paradigma epistemológico de todo saber que pretendiera ser verdadero.

Se hicieron toda clase de intentos para que las ciencias del espíritu alcanzaran el tan anhelado rigor científico, el mejor de ellos fue el de Dilthey, pero todos fracasaron al final.⁵ Tampoco faltaron los intentos en sentido contrario, es decir, en el establecimiento de los límites de lo que puede ser conocido, de tal forma que toda disciplina que no cumpliera con los requisitos establecidos perdía de inmediato el estatus de ciencia y toda pretensión de verdad. Tal fue el empeño de Kant y el de los positivistas lógicos del pasado siglo. Y en todo esto ¿qué le pasaba al derecho? Le pasaba que cada vez aceptaba con mayor resignación su incapacidad para ser ciencia. En el derecho no había verdad, sólo había decisiones de los que tenían el poder. El derecho moderno no es otra cosa que la manifestación de la voluntad de los agentes del Estado. En este escenario el juez deja de ser quien dice lo justo y se transforma en funcionario, es decir, en uno más de los engranajes que hace funcionar la máquina estatal. Su labor no es la de averiguar que es lo justo en cada caso concreto, sino la de aplicar correctamente las normas creadas por otros órganos del Estado. Además, la verdadera razón por la que la decisión de un juez es obedecida, no es tanto por su poder de persuasión sino por el hecho de ser un acto de un funcionario estatal. Precisamente esto es lo que posibilita la formalización del oficio del juez y su estudio desde esta perspectiva. De esta manera el derecho moderno pierde la dimensión de justicia y queda reducido a la masa de manifestaciones de la voluntad estatal. El ordenamiento jurídico ya no tiene por fundamento los principios universales de justicia, sino las oscuras tensiones en la lucha por el poder.

⁴ Cf. VICO, Giambattista. “Sobre el método de los estudios en nuestro tiempo”, En *Vico-Antología*, edición y traducción de Rais Busom (Barcelona: Ediciones Península, 1989), pp. 41-53.

⁵ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 7ª edición, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1997, pp. 277-304.

Según lo anterior nos queda claro lo siguiente. El tratamiento formal de las decisiones judiciales no es suficiente, pues no basta que la argumentación sea persuasiva, ella debe ser además justa. La dificultad está en que la justicia implica el problema de la posibilidad de la verdad en el discurso jurídico, y según el imperialismo del modelo epistemológico de la ciencia el derecho no es capaz de conocimiento alguno. En este sentido el desafío que tenemos delante se hace evidente: es necesario plantearnos con toda radicalidad la posibilidad de una *scientia iuris* que fundamentaría sustancialmente el quehacer del juez.

2. LA JUSTICIA COMO PRAXIS

Resulta obvio que semejante tarea no puede ser emprendida ahora, no sólo porque el tiempo no lo permitiría, sino porque muy seguramente las fuerzas no nos alcanzarían para realizarla. Pero sí podemos dar el primer paso en tan largo y solitario camino. La clave para ese primer paso creemos que podemos encontrarla en los estudios que Aristóteles adelanta en la *Ética Nicomáquea*. No se crea que acudir a Aristóteles es algo novedoso de nuestra parte, por el contrario estamos siguiendo los pasos de Heidegger y Gadamer quienes encontraron en él la clave para formular cada uno su hermenéutica existencial y replantear el problema de la verdad.⁶ Es así que una de las primeras dificultades con las que el Estagirita se encuentra consiste en la multiplicidad y disparidad de opiniones acerca de lo que es bueno y justo, lo cual haría pensar que ninguna verdad sobre estos objetos es posible.⁷ ¿Qué hace Aristóteles ante este problema? ¿Se deja amedrentar por el obstáculo? ¿Se desanima ante la dificultad? De ninguna manera, simplemente decide aceptar con todas sus implicaciones esta circunstancia. Si se quiere estudiar lo justo, debe empezarse por aceptar sin engaños que el objeto de estudio ofrecerá una dificultad particular. No se trata de quejarse porque los asuntos éticos no exhiben la exactitud y racionalidad de la geometría, se trata de apropiarse de la naturaleza de las cuestiones a investigar. En este sentido, la diversidad de las opiniones no es un defecto o un inconveniente en la labor investigativa, sino el punto de partida mismo de todo posible conocimiento ético. Precisamente, es esta disparidad de pareceres la que nos invita a que pongamos en claro lo que es justo. Aristóteles no tiene inconveniente en aceptar que puede haber diversos

⁶ Cf. HEIDEGGER, Martín. *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles* [Informe Natorp], traducción de Jesús Adrián Escudero, Madrid, Trotta, 2002; cf. GADAMER, *Verdad y método I*, pp. 383-396.

⁷ Cf. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea* (en adelante EN), 1094b 11-26, traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985.

modos del discurso racional, y que esos modos dependerán en buena medida de aquello de lo que se esté diciendo algo. Lo que sucede es que este tipo de afirmaciones suenan profanas a nuestros oídos modernos.

En efecto, a quienes hemos crecido en una época en que la única verdad es la de la ciencia y su proceder metódico, el Estagirita suena a hereje y bárbaro primitivo. Pero quizás, y digo sólo quizás, estas afirmaciones de Aristóteles podrían ayudar no poco a los psicólogos, sociólogos y economistas de nuestro tiempo en la solución de algunos de los problemas epistemológicos a los que el torbellino de ecuaciones y estadísticas los ha llevado, y que amenaza con tragárselos. Basta con reconocer que el discurso ético es diferente al discurso matemático para darnos cuenta de que cada discurso tiene sus posibilidades de éxito según sus propias características y que cada investigación tiene la exactitud que permiten los objetos sobre los que versa. “(...) *es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones*”.⁸ Debe abandonarse cuanto antes el ingenuo positivismo que aún contamina inadvertidamente nuestras más profundas convicciones acerca de la ciencia y la verdad. No hay duda que en la ciencia hay verdad, pero en ella no se agota la experiencia de lo verdadero. Librémonos de una vez por todas de la búsqueda de un estatuto metodológico inexistente, ya que la verdad en humanidades es de otro género. Esto significa en nuestro caso que el discurso jurídico no debe admitir más regla de verdad que la que su propio objeto le impone.

Una vez que nos hemos quitado el prejuicio positivista de encima y que ya no nos obstaculizará el paso en nuestros intentos por esclarecer la posibilidad de una *scientia iuris*, ¿por dónde seguir? Quizás lo que más convenga sea permanecer en Aristóteles y observar lo que nos dice acerca de la justicia.

De lo primero que caemos en cuenta es que para Aristóteles la justicia es una virtud y no un asunto administrativo. El problema de lo justo hace parte de la investigación sobre la vida feliz y esta a su vez pertenece al estudio de la felicidad de la polis.⁹ En efecto, la mejor polis que cabe imaginar es aquella en la que sus ciudadanos son felices. Ahora bien, la felicidad en este caso es el buen vivir y

⁸ EN, 1094b 23-26.

⁹ EN, 1094a 17-1094b 11.

para Aristóteles ese buen vivir consiste en la virtud.¹⁰ Virtud suele traducir la palabra griega *aretē*, que significa excelencia.¹¹ En este sentido la vida buena es la vida excelente, es decir, la mejor de las vidas posibles que cada uno puede vivir. Pues bien, la justicia es una de las virtudes del hombre y por lo tanto nos interesa a nosotros oír lo que la investigación de Aristóteles pueda decirnos en relación con el problema que nos hemos planteado. Dicho esto podría preguntarse: ¿qué es lo excelente? Lo excelente es aquello que no admite una perfección ulterior. Es decir, aquello que por ser completo no le falta ni le sobra nada. Entonces, la acción excelente es un medio entre dos extremos, el uno por defecto y el otro exceso.¹² Así la virtud de la valentía está en medio de la temeridad y la cobardía. El cobarde le tiene miedo a todo mientras que el temerario no le tiene miedo a nada. En cambio, el valiente le tiene miedo a lo que es debido, como es debido y cuando es debido, y no le tiene miedo a lo que no debe tenerse según las circunstancias.¹³ Como vemos la acción virtuosa sigue cierta regla [*logos*] mientras que en las acciones viciosas se actúa de cualquier manera.¹⁴ El vicio

¹⁰ EN, 1098a 12-20.

¹¹ Gauthier y Jolif nos advierten que el término “virtud” no le hace justicia a la expresión original, no logra revelar la complejidad de ideas y sentimientos que el ideal de la *aretē* griega tenía. Cf. R. A. GAUTHIER y J. Y. JOLIF, *L'Éthique a Nicomaque-Introduction, traduction et commentaire*, Universidad de Lovaina, 1959, T. II, pp. 101-106.

¹² EN, 1106a 14-1106b 28. Ross considera que la doctrina del *mesotēs* va más allá del concepto de medida. Le parece que el uso de un término cuantitativo para expresar ciertas exigencias modales de la acción es inapropiado. Cf. Sir David ROSS, *Aristóteles*, traducción de Diego F. Pró, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1957, pp. 279-280. Gauthier y Jolif reconocen que la explicación acerca del *mesotēs* por parte de Aristóteles no está libre de dificultades, y consideran que el tema no quedó suficientemente desarrollado. Sin embargo, no creen que este concepto, aunque tomado de las matemáticas, tenga una acepción primariamente cuantitativa que lo haría inadecuado para expresar el modo de la acción virtuosa. Esto se logra si se cae en la cuenta que la doctrina del *mesotēs* ha de encuadrarse en la larga tradición griega de la medida. En este sentido, todo lo que tiene su forma plenamente desarrollada es un *mesotēs*. Además, la idea del término medio no puede entenderse sin las explicaciones de las virtudes concretas que tienen lugar en el libro III y IV de la *Ética Nicomáquea*. Cf. Gauthier y Jolif, Op. cit., pp. 142-145. En la misma línea, Urmson explica que no debe confundirse el ideal de medida con el concepto de término medio, aunque en Aristóteles se deba entender este último a la luz del primero. Para Aristóteles estar en un medio significaría primariamente una disposición del carácter. Cf. J. O. URMSOON, “Aristotle’s Doctrine of the Mean”, En *Essays on Aristotle’s Ethics*, editado por Amélie Oksenberg Rorty, University of California Press, 1980, pp. 160-163.

¹³ EN, 1104a 5-27 y 1104b 25-30.

¹⁴ Gauthier y Jolif consideran que cuando Aristóteles usa el concepto *logos* en el discurso ético no se está refiriendo tanto a la razón o a una actividad racional como a una regla para la acción. En este caso, decir que el hombre es el único ser que tiene *logos*, significaría que es el único que puede decidir vivir de tal forma que su vida esté ordenada por una regla. Cf. GAUTHIER y JOLIF, Op. cit., tomo II, p. 56.

consiste precisamente en abandonarse a las pasiones y actuar sin cuidado alguno, en cambio el hombre excelente busca ordenar sus pasiones y elecciones de tal forma que acierte al actuar. Ahora bien, actuar de cualquier manera es cosa fácil, pero hacerlo de manera virtuosa es muy difícil, pues descubrir el medio en cada caso exige mucho cuidado y dedicación.¹⁵ Todo hombre al actuar se encuentra ante varias posibilidades de acción y sólo una entre ellas es la mejor; el bien no es cualquier cosa que nos lo parezca sino aquello que efectivamente es tal según la peculiaridad de la circunstancia. Por lo tanto, el hombre que desea actuar bien debe hacer un ejercicio continuo sobre sí mismo, un permanente estar atento para ordenar las pasiones, de tal forma que sea capaz de descubrir el curso de acción excelente en una determinada situación. La disposición práctica que descubre el modo de acción virtuosa la llama Aristóteles *phronēsis*, que suele traducirse como prudencia.¹⁶ El hombre prudente [*phronimos*] es aquel capaz de elegir la acción excelente en un caso particular, es aquel que tiene la habilidad para comprender cuál de las posibilidades es la mejor.¹⁷ Pero no sólo

¹⁵ De hecho en griego no existe la palabra “virtuoso” y Aristóteles usa normalmente el término *spoudaios* (véase por ejemplo EN, 1109a 24, 1113a 25, 1114b 19, 1130b 25, 1144a 17 y 1154a 6). Aubenque nos dice que el *spoudaios* “evoca de entrada la idea de diligencia, de ardor en el combate, y después la de actividad seria: el *spoudaios* es el hombre que inspira confianza por sus trabajos, aquel al lado del cual se respira seguridad, aquel al que se puede tomar en serio” (AUBENQUE, Pierre. *La prudencia en Aristóteles*, traducción de María José Torres, Barcelona, Crítica, 1999, p. 56). Adicionalmente según Aubenque es necesario caer en la cuenta que Aristóteles suele apelar a esta palabra cada vez que se presenta el problema del criterio en la elección ética. Ahora bien, lo interesante de la propuesta aristotélica consiste en que ese criterio no es una regla trascendente, sino que es el *spoudaios* mismo quien se convierte en la medida de la acción virtuosa. Cf. AUBENQUE, Op. cit., pp. 56-59.

¹⁶ Gómez Robledo hace una pequeña historia de la voz latina “prudencia” en la que narra la manera como el significado fue variando desde Cicerón hasta nuestros días. Hoy la prudencia tiene que ver con una cautela medrosa y no con *el heroísmo moral, el esfuerzo alto y sostenido de la virtud* (GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, primera edición (1957, segunda reimpresión, México: FCE, 1996), p. 191). Sin embargo, considera este autor que la labor filológica permite depurar el significado del término y regresarle su vieja significación en el marco del discurso ético. Cf. GÓMEZ ROBLEDO, Op. cit., pp. 189-192.

¹⁷ Para Düring el *phronimos* es el centro de toda la ética aristotélica. Cf. DÜRING, Ingemar. *Aristóteles*, traducción de Bernabé Navarro, segunda edición, México, UNAM, 1990), pp. 711-713. Sólo a partir de la figura del *phronimos* gana sentido el hablar de la necesidad de una regla para la acción que aspira a ser virtuosa. No se trata de una regla general que habría de aplicarse en cada caso concreto, sino que en cada caso concreto ha de actuarse de acuerdo a una regla tal como la que seguiría el *phronimos*. En otras palabras, el *phronimos* es la regla, él es el canon de los actos humanos tal y como dice Aristóteles (EN, 1113a 29-33). Cf. ibídem, p. 713 y 716-718. Sin querer entrar en los detalles y problemas que el tema de la *phronēsis* trae, dada la importancia que tiene para comprender el pensamiento ético de Aristóteles, creemos pertinente citar un párrafo de Düring que ilustra su papel respecto de la virtud y con el que consideramos se le puede dar una explicación

esto. El prudente no se limita a reconocer la acción virtuosa sino que la ejecuta, en otras palabras, el prudente actúa bien. Y esto es precisamente lo más importante, en la medida que un hombre realiza ese esforzado ejercicio sobre sí mismo de ordenar sus pasiones, en la medida que gana en destreza para descubrir el término medio y en la medida que actúa conforme a la virtud, ese hombre se va transformando a sí mismo, se va haciendo otro distinto del que era. Ese hombre se va constituyendo un cierto *ἦθος*, es decir, un cierto modo de ser. Cada acción que elige un hombre va lentamente construyendo lo que ese hombre es en última instancia. Y así surgen diversos tipos de hombres, unos mejores que otros, y a esos mejores es a los que podemos llamar prudentes o virtuosos.

Es aquí cuando la investigación ética de Aristóteles va a rendir todos sus frutos en relación con el discurso jurídico. El Estagirita distingue entre la excelencia de la disposición productiva y la excelencia de la disposición práctica, se trata de la diferencia entre arte [*technē*] y prudencia.¹⁸ Tanto la acción productiva como la acción práctica del hombre tienen por objeto lo contingente, aquello que puede ser de otro modo, y en ambos casos el principio de la acción está en el agente. La diferencia radica en que el arte no es fin en sí misma y por lo tanto no forma el modo de ser del hombre, en cambio, como ya hemos visto, la prudencia constituye el tipo de hombre que se es, y en cuanto forma un modo de ser excelente es fin en sí misma, ya que la virtud es querida por ella y no por otra causa. En otras palabras, las excelencias de la producción son diferentes de las excelencias del modo de ser. En tal sentido, el ser un excelente carpintero o escultor no dice nada del *ἦθος* de un hombre, en efecto, el mejor de los carpinteros podría ser un

suficiente dados los límites y propósitos del presente escrito: *“Así pues, la estructura de la acción ética es la siguiente. La razón intuitiva, que nos sirve en la vida práctica, ve que algo aparece como un bien. Luego entra en función el apetito y transforma el juicio: “esto es un bien” en un deseo y el conocimiento del bien en una tendencia a él como al fin. La razón ordena y cuando se presta atención a esta orden, la voluntad toma la decisión: “establezco esto como fin”. El próximo paso es atinar en los medios para alcanzar el fin. Nuevamente entra en actividad la razón práctica; lo que importa ahora es desplegar un sentimiento de tacto moral. Aunque exista un motivo para obrar, se tiene que asegurar mediante la ponderación de las circunstancias existentes, que la acción es realizada en el debido tiempo, frente a los hombres y situaciones correctas, por el debido fin y de la manera correcta”*. (p. 717)

¹⁸ EN, 1140a 1-23 y 1140b 2-8. Sobre la importancia y consecuencias de esta distinción véase GADAMER, *Verdad y método I*, pp. 386-392; ídem, “Sobre la planificación del futuro”, en *Verdad y método II*, pp. 158-162. Adicionalmente hay que decir que este tema le marca una diferencia a Aristóteles respecto de Platón, pues este último nunca hizo la distinción expresa entre *praxis* y *poiesis*, cosa que por primera vez hace el Estagirita. Cf. GAUTHIER y JOLIF, Op. cit., pp. 456-457.

hombre malo. En cambio, un hombre no puede actuar con moderación a menos que sea moderado, y es moderado precisamente porque actúa con moderación; en este caso la acción virtuosa lo ha constituido en lo que es. Ahora podríamos preguntarnos qué tipo de labor es la del juez. ¿Es acaso una acción productiva? o ¿es una acción ética? ¿Puede un juez decidir justamente sin ser un hombre justo? La respuesta para Aristóteles no ofrece duda alguna: el actuar justamente supone un modo de ser justo.¹⁹ Sólo quien actúa con justicia se hará justo y al hacerse justo tendrá la disposición para actuar habitualmente con justicia. La garantía de que la decisión de un hombre es justa viene dada por su modo de ser, por el tipo de hombre que es. Entre nosotros las cosas son distintas. Poco o nada importa el *çthos* del juez, pues la garantía de que una decisión judicial es justa viene dada por la correcta aplicación de las normas de acuerdo a los cánones usualmente admitidos y a la justificación de la aplicación elegida de acuerdo con las condiciones de persuasión vigentes. La justicia de la decisión judicial se ha vuelto una cuestión procedimental, o como diría Aristóteles, un quehacer productivo.

En relación con esto resulta particularmente esclarecedor el tema de la *epikeia*,²⁰ palabra que suele traducirse como “equidad” pero que nosotros preferiremos dejar en griego. La *epikeia* es la corrección de la ley en su aplicación al caso concreto. El problema es el siguiente: la ley como tal es general y en tal sentido no puede contener la complejidad de la realidad práctica en su concreción. Entre la generalidad de la regla y la circunstancialidad del caso concreto se requiere de una mediación. A esta mediación solemos llamarla nosotros interpretación o aplicación. Lo más importante de la labor interpretativa en el campo del derecho consiste en que la regla general se entiende desde la circunstancia. La situación no es un obstáculo para la comprensión, sino lo que le da sentido. Esta es la razón por la que las reglas siempre se interpretan de nuevo, pues su significado viene mediado por la aplicación al caso concreto. El problema de la interpretación de las leyes hace parte para Aristóteles del tema general de la justicia. En este sentido, para el Estagirita es claro que la correcta interpretación depende del carácter del intérprete. El injusto hará una aplicación de cualquier manera, mientras que el justo lo hará excelentemente, pues sólo este último tiene la disposición práctica para comprender la mejor de las posibilidades y actuar conforme a ella. En otras palabras, la rectitud de la interpretación descansa y tiene como garantía el modo de ser del intérprete. Para nosotros el problema de la interpretación es

¹⁹ EN, 1105a 25-1105b 10 y 1136a 23-1136b 14.

²⁰ EN, 1137a 31-1138a 3.

una cuestión de método. Lo que garantiza que la interpretación sea correcta es el hecho de que el intérprete ha seguido con precisión los pasos y reglas de cierto método que se considera el adecuado. En este sentido, la aplicación se vuelve algo formal, nuevamente un simple asunto de justeza, en el que la relevancia del *ethos* del juez se disuelve y la mediación del intérprete se oculta detrás del cómodo anonimato que procura la “objetividad” del método. No se trata de desconocer la importancia de la existencia de reglas de interpretación, sino de caer en la cuenta que incluso estas reglas al ser generales también requieren de interpretación; este es precisamente el límite de cualquier aproximación formal al quehacer del juez. Se trata de recordar de una vez por todas el papel protagónico que juega el intérprete en cada aplicación, que estamos en presencia del acto concreto de un hombre concreto en una situación concreta, y en tal sentido, no puede ignorarse la relevancia fundamental que su modo de ser tiene en dicha decisión.