

Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial

AMALIA AMAYA

Instituto de Investigaciones Filosóficas
Universidad Nacional Autónoma de México
amaya@filosoficas.unam.mx

Resumen: Según Manuel Atienza, la teoría de la argumentación jurídica se tiene que ocupar de responder tres preguntas: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar. Esta concepción de la teoría de la argumentación jurídica es, sin embargo, demasiado restrictiva. Además de proporcionar una respuesta adecuada a estas preguntas, una teoría de la argumentación jurídica debe ocuparse también de la cuestión de qué virtudes debe tener un juez para hacer buenas argumentaciones. La teoría de la argumentación jurídica está, por ello, íntimamente vinculada con una teoría de la ética judicial.

Palabras clave: ponderación, especificacionismo, sabiduría práctica

Abstract: According to Manuel Atienza, a theory of legal reasoning should give an answer to the following three questions: how to analyze an argumentation, how to evaluate it, and how to argue. This conception of the theory of legal reasoning is, however, too restrictive. In addition to providing a sound answer to these questions, a theory of legal reasoning should also give us an answer to the question of which judicial virtues are necessary to make good arguments. A theory of legal reasoning is thus intimately linked to a theory of judicial ethics.

Key words: balancing, specificationism, practical wisdom

1. Según Manuel Atienza, la teoría de la argumentación se tiene que ocupar de responder tres preguntas: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar.¹ En el texto que nos ocupa, Atienza se centra en la segunda de estas cuestiones: cómo evaluar una argumentación, en concreto, una argumentación judicial. Según Atienza, son cinco los criterios básicos de evaluación: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada.² Estos criterios, sin embargo, no siempre nos permiten solucionar el problema de la evaluación de una argumentación jurídica ya que, en ocasiones, no son lo suficientemente precisos, son difíciles de aplicar y además pueden entrar en conflicto. En estas situaciones, según Atienza,

¹ M. Atienza, “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”, incluido en este número en las pp. 113–134.

² *Ibid.*, p. 122.

es necesario apelar a la idea de razonabilidad. La decisión razonable es aquella que satisface, en la mayor medida posible, los citados criterios y que resulta, además, aceptable.³

2. Hay mucho de “razonable” en la propuesta de Atienza. Resulta, por ello, difícil estar en desacuerdo con los criterios que él propone, ya que los mismos identifican, al menos, algunos de los elementos centrales que tiene que atender cualquier argumento judicial. No cabe duda, me parece (y dejando a un lado las críticas escépticas, ya que comparto con él una concepción objetivista de la moral y del Derecho), de que las consecuencias de una decisión, su coherencia con los valores del Derecho y de la moralidad política, o la universalidad son criterios centrales para evaluar una decisión judicial. No obstante, como lo reconoce Atienza, estos criterios no son suficientes.⁴ Y es en este punto —el de la insuficiencia— en el que me quiero centrar en este comentario.

3. A fin de resolver los casos en los que los criterios de evaluación no son suficientes para justificar una decisión, Atienza apela a la idea de “razonabilidad”, entendida como un balance “aceptable” de exigencias contrapuestas.⁵ Me parece, sin embargo, que apelar a esta idea de balance no es suficiente para discriminar entre las buenas y las malas argumentaciones judiciales. ¿Qué balances son adecuados y cuáles no? ¿Qué criterio usamos para distinguir los balances exitosos de aquellos que no logran articular de manera óptima las distintas exigencias? ¿Cómo balancear las razones finalistas y las de corrección? Y notemos que, de manera central, no sólo puede haber, en un caso concreto, conflictos entre criterios, sino que un mismo criterio puede apuntar en distintas direcciones. Apelar a la idea de balance para resolver los casos de indeterminación o conflicto —los casos difíciles y, por ello, más interesantes en el Derecho— resulta, me parece, insuficiente. Para encontrar un criterio de evaluación de las argumentaciones judiciales en casos difíciles es preciso, sin embargo, cuestionar el modo en el que se ha entendido la teoría de la argumentación jurídica contemporánea y, en concreto, la manera en la que Atienza —uno de los exponentes centrales de esta tradición— delimita el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica.

4. Volvamos a las preguntas que, según Atienza, debe responder una teoría de la argumentación jurídica: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar. A estas preguntas habría que añadir, y ésta es la tesis central que propongo en este comentario, la pre-

³ *Ibid.*, p. 131.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 132.

gunta de qué características debe tener un juez para hacer buenas argumentaciones. La pregunta de qué es un buen juez es inseparable de la pregunta de qué es un buen argumento. No es posible confeccionar una lista de criterios necesarios y suficientes para evaluar la bondad de un argumento: los buenos argumentos son, en último término, aquellos que hacen los buenos jueces, los jueces virtuosos. La teoría de la argumentación jurídica está, por ello, íntimamente vinculada con una teoría de la ética judicial. Esta conexión es la que, me parece, falta en la concepción de la argumentación jurídica de Manuel Atienza y, en general, en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea.⁶

5. La relevancia de la idea de virtud en una teoría de la decisión y la deliberación no es, huelga decirlo, nueva. Como es bien sabido, es el eje central de la ética aristotélica.⁷ Mi sugerencia es, por ello, que una perspectiva aristotélica —o neoaristotélica— es un complemento esencial en una teoría de la argumentación jurídica.⁸ En concreto, dicha

⁶ Véase, por ejemplo, Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, en cuyo índice de materias no aparece ninguna entrada relativa a la ética judicial. Por supuesto, la teoría estándar de la argumentación jurídica incorpora principios éticos, como, por ejemplo, el principio de universalidad. Sin embargo, esta teoría no examina de manera sistemática cuáles son los estándares de conducta que deben regular la conducta de los jueces ni, y esto es central, cuál es la relevancia de los mismos para una teoría de la justificación de las decisiones judiciales. Además, la teoría moral asumida por la teoría estándar de la argumentación jurídica es una teoría basada en principios (bien deontológicos, bien consecuencialistas). Sin embargo, el razonamiento práctico (y el jurídico como un caso especial del razonamiento práctico) es demasiado complejo para que pueda ser captado mediante un conjunto de principios generales o un procedimiento: la percepción de los rasgos del caso concreto, característica de la persona virtuosa, desempeña un papel central en la determinación de qué curso de acción está justificado en el caso particular. Por ello, me parece necesario apelar a una ética de las virtudes para desarrollar una ética judicial que complemente de manera adecuada la teoría de la argumentación jurídica. Una lúcida discusión de la crítica neoaristotélica a las concepciones de razón práctica basadas en principios se encuentra en Jay Wallace, “Virtue, Reason, and Principle”.

⁷ Véase Aristóteles, *Ética nicomáquea*.

⁸ Se podría objetar que, puesto que la teoría de la argumentación jurídica estándar asume una ética basada en principios, no es posible complementar de manera consistente dicha teoría con una ética de la virtud. Esta objeción resulta pertinente en relación con intentos por desarrollar una versión débil de la teoría de la virtud que coordine nociones irreducibles de deber con nociones irreducibles de virtud. En efecto, es dudoso que se pueda desarrollar de modo coherente una teoría moral pluralista (a pesar de que tal teoría, en principio, parece dar cuenta de manera más realista de la complejidad de la experiencia moral que las teorías monistas; véase Robert B. Loudon, “On Some Vices of Virtue Ethics”). Sin embargo, la objeción no

perspectiva nos proporciona las herramientas necesarias para atacar el problema que preocupa a Atienza, es decir, la evaluación de las argumentaciones judiciales.

6. Desde una perspectiva nearistotélica, la corrección de una acción correcta o la bondad de una buena deliberación no pueden determinarse sino apelando a las acciones y las deliberaciones que una persona virtuosa consideraría como correctas o buenas. Los criterios de corrección de una decisión no se pueden captar mediante un conjunto de reglas o principios, ya que siempre es posible que el caso sea excepcional, es decir, que tenga ciertos rasgos que hagan que la aplicación de la regla o principio resulte problemática.⁹ La persona virtuosa es, precisamente, aquella que tiene la habilidad de detectar excepciones y de tomar la decisión apropiada a las circunstancias del caso concreto. No hay, por lo tanto, un criterio de corrección “externo” a la práctica del virtuoso: la buena decisión judicial es, desde esta perspectiva, aquella que tomaría un buen juez.¹⁰ El concepto de juez virtuoso resulta, por ello, central en una teoría de la argumentación jurídica de corte nearistotélico.¹¹

7. Ahora bien, ¿cómo caracterizar al juez virtuoso?, ¿cuáles son los rasgos de carácter de los que depende el buen ejercicio de la función

resulta pertinente en relación con una ética de la virtud fuerte, como la que se está defendiendo en este trabajo, según la cual la noción de virtud tiene prioridad conceptual frente a nociones deónticas, de manera que éstas se definen en términos de las virtudes, en vez de definir (como es habitual tanto en las éticas kantianas como en las éticas consecuencialistas) las virtudes en términos de las nociones deónticas. La tesis según la cual las nociones deónticas se pueden reducir a nociones aretaicas (a diferencia de lo que sostienen los defensores de versiones más radicales, eliminativistas, de la ética de la virtud) no implica negar que las nociones deónticas desempeñan un papel importante (aunque derivado) en una teoría moral. Acerca de la distinción entre versiones reduccionistas y versiones eliminativistas de la ética de la virtud, véase Gary Watson, “On the Primacy of Character”. Agradezco a uno de los árbitros anónimos haberme planteado esta objeción.

⁹ Que el conocimiento de excepciones, propio de la persona que posee sabiduría práctica, no se puede captar mediante un sistema de reglas o principios es una tesis fundamental de la concepción nearistotélica de razón práctica. Véanse John McDowell, “Virtue and Reason”; Martha C. Nussbaum, “The Discernment of Perception”, y David Wiggins, “Deliberation and Practical Reason”.

¹⁰ J. McDowell, “Some Issues in Aristotle’s Moral Psychology”, p. 35. Véase también M.C. Nussbaum, “The Discernment of Perception”, p. 97.

¹¹ El juez virtuoso tiene, por lo tanto, un papel “constitutivo”, y no meramente “epistémico”, en la justificación de una decisión judicial, ya que, por un lado, la noción de juez virtuoso no sólo nos proporciona el mejor criterio para determinar qué decisiones están justificadas, y, por otro, la corrección de una decisión depende de que ésta sea una decisión que un juez virtuoso podría haber tomado. Para una defensa de esta tesis, véase A. Amaya, “The Role of Virtue in Legal Justification”.

judicial? El buen juez tiene, sin duda, una serie de rasgos de carácter que se han asociado tradicionalmente con la idea de virtud, tales como la honestidad, la justicia, la templanza, etc.; pero, sobre todo, el juez virtuoso ha de tener la virtud de la sabiduría práctica, ya que esta virtud es, según Aristóteles, un requisito necesario para poder tener cualquier otra virtud.¹² La sabiduría práctica es una capacidad perceptual: la capacidad de reconocer las razones que son pertinentes en un caso concreto.¹³ Dicha capacidad tiene una importante dimensión emocional, ya que las emociones son esenciales para percibir los rasgos relevantes de un caso concreto.¹⁴ Entre las razones que un juez virtuoso identificaría como relevantes en un caso concreto se encuentran, sin duda, las razones listadas por Atienza. Pero la cuestión persiste: ¿qué hacer cuando las razones exigen acciones incompatibles? o ¿cómo identificar qué es lo que la situación exige en un caso concreto?

8. Desde una perspectiva neoaristotélica, el razonamiento jurídico es, de manera central, un razonamiento de tipo especificatorio.¹⁵ En casos de conflicto o indeterminación, el juez virtuoso “especifica” los valores en conflicto a la luz de una concepción de los fines del Derecho. El buen juez delibera acerca de cuál es la mejor teoría acerca de cómo los distintos valores se relacionan entre sí, qué es lo que, en el caso concreto, contaría como una realización de los valores pertinentes, y cómo deben entenderse éstos a la luz de las circunstancias del caso particular. A diferencia de una concepción “técnica” de deliberación, como la subyacente en la idea de “balance” —propuesta por Robert Alexy y con la que Atienza compara su propia concepción— en términos de “costes” y “beneficios”, la estrategia especificacionista rechaza la concepción de los bienes jurídicos como bienes conmensurables y, con ello, la premisa de que una decisión racional requiere dicha conmensurabilidad.¹⁶ Desde una concepción especificacionista del razonamiento jurídico, la solución a un caso difícil no puede alcanzarse sino mediante la reflexión acerca del conjunto de razones percibidas como relevantes en el caso concreto en aras de hacer de ellas un conjunto coherente con

¹² Véase Richard Sorabji, “The Role of Intellect in Virtue”, pp. 205–214.

¹³ Aristóteles, *EN* 1109b18–23 y 1142a7–23. Acerca del modelo perceptual de sabiduría práctica, véanse J. McDowell, “Virtue and Reason”, pp. 53–55, y R. Sorabji, *loc. cit.*

¹⁴ Nancy Sherman, *The Fabric of Character: Aristotle’s Theory of Virtue*, p. 45.

¹⁵ Acerca del razonamiento especificatorio, véanse D. Wiggins, “Deliberation and Practical Reason”, p. 287; Henry Richardson, *Practical Reasoning about Final Ends*, y J. McDowell, “Some Issues in Aristotle’s Moral Psychology”, pp. 26–33.

¹⁶ R. Alexy, “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”.

una determinada concepción del Derecho, lo que exigirá —en algunos casos, al menos— la revisión de estos valores e, incluso, en los casos más extremos —como los que Atienza califica, en otros trabajos, de “casos trágicos”—, la revisión y el refinamiento del propio concepto de Derecho.¹⁷

9. La sugerencia de atacar los problemas de conflicto normativo —quiero decir, de razonar en los casos difíciles en los que los criterios de evaluación apoyan distintas soluciones— mediante la especificación de los valores en conflicto no implica sostener que todos los conflictos normativos en el Derecho sean aparentes. Una concepción aretaica de la razón práctica y, por lo tanto, del razonamiento jurídico no tiene por qué estar comprometida con la tesis de que existe, para cada caso, una única respuesta correcta; o, en otras palabras, que todos los dilemas morales, como los que enfrentan los jueces en los casos difíciles, son resolubles.¹⁸ Una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica puede aceptar —como de hecho hace la mayoría de las versiones aretaicas del razonamiento moral— que, en casos excepcionales, las personas virtuosas pueden llegar a soluciones diferentes.¹⁹ En este sentido, la posición aristotélica se situaría, me parece, entre las posiciones (4) y (5) de la escala —por lo demás, muy útil para ordenar el debate— que propone Atienza; es decir: en la mayoría de los casos existe una única respuesta correcta, pues el Derecho es una práctica guiada por principios y valores.²⁰

10. Para concluir, la perspectiva neoaristotélica nos permite iluminar algunos aspectos centrales de la argumentación jurídica (tales como el papel de la percepción, las emociones o el razonamiento de tipo especificatorio) que quedan soterrados en una perspectiva más orientada al producto y menos centrada en los agentes jurídicos, como la de Atienza.²¹ Además, la incorporación de esta perspectiva en una teoría de la

¹⁷ Acerca de los casos trágicos, véanse, de M. Atienza, *Las razones del Derecho*, pp. 251–252, y “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”.

¹⁸ Para una defensa de la tesis según la cual una teoría aretaica de la argumentación jurídica no exige aceptar la tesis de la única respuesta correcta, véanse Lawrence Solum, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging”, pp. 186–189, y A. Amaya, “The Role of Virtue in Legal Justification”.

¹⁹ Véase, J. McDowell, “Virtue and Reason”, p. 53, y Rosalind Hursthouse, *On Virtue Ethics*, pp. 68–71.

²⁰ M. Atienza, “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”, p. 120.

²¹ En este trabajo me he limitado a mencionar algunas de las características centrales de una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica. Para una exposición detallada, véase A. Amaya, “Virtue and Reason in Law”.

argumentación jurídica tiene importantes consecuencias para la educación jurídica y, en concreto, para la enseñanza dirigida a mejorar las capacidades argumentativas de los jueces. Si, como he argumentado, la ética jurídica es esencial para la teoría de la argumentación jurídica, entonces, parece que una buena preparación en argumentación jurídica requiere inculcar en los jueces las virtudes judiciales. La educación en las virtudes resulta, pues, fundamental para que la teoría de la argumentación jurídica logre el objetivo de orientar y mejorar la práctica, objetivo con el que, me consta, Atienza está firmemente comprometido.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, no. 4, 2003, pp. 433–449.
- Amaya, A., "The Role of Virtue in Legal Justification", en A. Amaya y H.L. Ho (comps.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, en prensa.
- , "Virtue and Reason in Law", en M. del Mar (comp.), *New Waves in the Philosophy of Law*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011, pp. 123–143.
- Aristóteles, *Ética nicomáquea*, trad. Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1985.
- Atienza, M., "Cómo evaluar las argumentaciones judiciales", *Diánoia*, vol. 56, no. 67, noviembre de 2011, pp. 113–134.
- , *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- , "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en R. Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2a. ed., Fontamara, México, 2001, pp. 187–213.
- Hursthouse, R., *On Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Louden, R.B., "On Some Vices of Virtue Ethics", en R. Crisp y M. Slote (comps.), *Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 201–217.
- McDowell, J., *Mind, Value and Reality*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.
- , "Some Issues in Aristotle's Moral Psychology", en *Mind, Value and Reality*, pp. 23–49.
- , "Virtue and Reason", en *Mind, Value and Reality*, pp. 50–73.
- Nussbaum, M.C., "The Discernment of Perception: An Aristotelian Conception of Private and Public Rationality", en *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, Oxford University Press, Nueva York, 1990, pp. 54–106.
- Richardson, H., *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- Schauer, F., *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2009.
- Sherman, N., *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

- Solum, L., "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", en M. Brady y D. Pritchard (comps.), *Moral and Epistemic Virtues*, Blackwell, Malden, 2003, pp. 162–198.
- Sorabji, R., "The Role of Intellect in Virtue", en A. Rorty (comp.), *Aristotle's Ethics*, University of California Press, Berkeley, 1980, pp. 201–219.
- Wallace, J., "Virtue, Reason, and Principle", en *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 242–262.
- Watson, G., "On the Primacy of Character", en O. Flanagan y A.O. Rorty (comps.), *Identity, Character, and Morality*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1990, pp. 449–483.
- Wiggins, David, "Deliberation and Practical Reason", en E. Millgram (comp.), *Varieties of Practical Inference*, The MIT Press, Cambridge, 2001, pp. 278–299.

Recibido el 7 de julio de 2011; aceptado el 29 de septiembre de 2011.