**Virtud y razón en el Derecho.**

**Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica**

Amalia Amaya

**I. Introducción**

El concepto de virtud ocupa un lugar prominente en las aproximaciones contemporáneas al razonamiento moral y el razonamiento epistémico. El objetivo de este trabajo es aplicar la teoría de la virtud neo-aristotélica al ámbito del razonamiento jurídico.[[1]](#footnote-2) La concepción neo-aristotélica de razón práctica, como trataré de mostrar en este trabajo, saca a la luz algunos aspectos centrales del razonamiento jurídico que quedan soterrados en las teorías estándar de la argumentación jurídica. Además, una aproximación aretaica a la argumentación jurídica nos permite apreciar que existen conexiones importantes entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial. Por lo tanto, y ésta es la tesis central de este trabajo, la concepción neo-aristotélica de razón práctica tiene implicaciones importantes para la teoría de la argumentación jurídica.

**2. Virtudes y principios en la argumentación jurídica**

Un primer elemento que sale a la luz cuando analizamos el razonamiento jurídico desde una perspectiva neo-aristotélica es la importancia de aprehender los particulares para alcanzar una decisión jurídica justificada. El razonamiento jurídico no puede entenderse exclusivamente en términos de aplicación de normas: el razonamiento jurídico, como, de manera general, el razonamiento práctico, no puede ser captado por ningún sistema, por muy complejo que éste sea, de reglas o principios[[2]](#footnote-3).

Por supuesto, las limitaciones de las reglas y los principios son bien conocidas. Incluso los más férreos defensores de una concepción del razonamiento jurídico basada en la aplicación de normas reconocen que la argumentación jurídica no puede explicarse exclusivamente en términos de aplicación de normas. El problema, sin embargo, es determinar cuándo una concepción ´formal´ de razonamiento jurídico, según la cual la argumentación jurídica consiste, de manera fundamental, en la aplicación de normas, debe ser complementada o incluso substituida por una concepción ´substantiva´ así como determinar en qué consiste el razonamiento jurídico en aquéllas situaciones en las que la mera aplicación de normas no parece ser suficiente para obtener una respuesta jurídica satisfactoria.[[3]](#footnote-4) Es en este punto en el que, me parece, una perspectiva neo-aristótelica puede ser de gran utilidad.

Desde una perspectiva neo-aristotélica, son las virtudes, y no los principios, los elementos centrales de una teoría del razonamiento práctico. Entre las virtudes, destaca, de manera fundamental, la virtud de la sabiduría práctica que, como señala Aristóteles, no puede concebirse como ‘conocimiento científico’, es decir, como un cuerpo sistemático de principios generales y universales, sino que tiene que ver, por el contrario, con los particulares.[[4]](#footnote-5) La sabiduría práctica consiste, como señala Wiggins, en la capacidad de detectar los rasgos relevantes de una situación particular (Wiggins 2001, 293). De manera más general, McDowell define la ‘virtud’ como ‘la habilidad de reconocer los requisitos que las situaciones imponen sobre el comportamiento’ (McDowell 1998, 53). La persona con sabiduría práctica tiene la sensibilidad necesaria para detectar las distintas razones para la acción que se dan en un caso concreto.

Ahora bien, si la virtud es la capacidad de detectar los rasgos relevantes de una determinada situación que constituyen razones para la acción, entonces, sin duda, la persona virtuosa tiene la habilidad de reconocer cuándo la situación es tal que apartarse de la regla aplicable al caso está justificado. La persona con sabiduría práctica, por lo tanto, sabe cuándo debe aplicarse una norma o cuándo, por el contrario, existen circunstancias que derrotan la aplicabilidad de la misma. El juez que posee sabiduría práctica tiene pues la habilidad de detectar ‘excepciones’ o, por decirlo de manera más técnica, la capacidad de reconocer cuándo nos encontramos ante una condición de derrotabilidad.[[5]](#footnote-6) El juez virtuoso tiene las capacidades necesarias para analizar la situación de decisión en detalle y está abierto a la posibilidad de que pueda haber un factor ‘extraño e inesperado’[[6]](#footnote-7) que lleve a problematizar la aplicación de la norma.

Este conocimiento de excepciones que, como he señalado, es característico de la persona que tiene sabiduría práctica no puede ser ‘codificado’ (McDowell 1998, 50-73). Es decir, no hay un procedimiento que nos permita determinar, de antemano, cuándo una situación es tal que no puede ser solucionada mediante la mera aplicación de las reglas y principios relevantes. La imposibilidad de dar cuenta de los requisitos de la virtud mediante un conjunto de principios o reglas tiene una serie de implicaciones importantes para la manera en que debe entenderse el estándar de razón práctica. La conocida analogía que traza Aristóteles entre cuestiones de conducta y el arte de la navegación es útil para entender la concepción areatica del estándar de razón práctica.[[7]](#footnote-8) Dice Nussbaum: ‘El navegante con experiencia sabe cuándo debe seguir las reglas de la navegación y cuándo debe dejarlas de lado. La ‘regla correcta’ en estos casos es simplemente: haz lo que haría el navegante’ (Nussbaum 1990, 97). En el ámbito del razonamiento práctico, al igual que en el arte de la navegación, las buenas decisiones son aquéllas que tomaría una persona virtuosa. Aristóteles no proporciona ningún criterio de corrección externo a la práctica del virtuoso (McDowell 1990, 35). Desde esta perspectiva, la decisión jurídica correcta es la que tomaría un juez virtuoso. Por lo tanto, en una concepción neo-aristotélica de argumentación jurídica, las virtudes juegan un papel ‘constitutivo’, en cuanto que la corrección de una decisión depende de que la misma sea una decisión que un juez virtuoso podría haber tomado.[[8]](#footnote-9) Es el estándar de razón práctica, encarnado en la persona con sabiduría práctica, el que nos permite determinar cuándo un caso es ‘un caso de de reglas’[[9]](#footnote-10) o cuándo, por el contrario, la aplicación de la regla al caso debe ser cuestionada. Las virtudes son, en este sentido, previas a las normas en una teoría neo-aristotélica del razonamiento jurídico.

Esto no significa que las normas no tengan un papel fundamental en una teoría aretaica del razonamiento jurídico.[[10]](#footnote-11) Sin duda, en dicha teoría las normas juegan un papel más modesto que en la concepción estándar de la argumentación jurídica, ya que la posibilidad de resolver un caso mediante la aplicación de normas depende, en último término, de cuáles sean los rasgos particulares del mismo. No obstante, la mayoría de las virtudes de las normas se pueden reconocer desde una perspectiva aretaica de la argumentación jurídica. Es más, tal perspectiva nos permite apreciar una función, fundamental, que juegan las normas en la argumentación jurídica, a saber, las normas contribuyen de manera central a la percepción de los rasgos sobresalientes del caso concreto que es, como he sostenido, central para alcanzar una decisión jurídica justificada. Las normas facilitan las tareas perceptuales involucradas en la argumentación jurídica al contribuir a la descripción del caso, centrando la atención en aspectos relevantes de la decisión que podrían, de otra manera, pasar desapercibidos (Michelon, 2012, en prensa). ‘Las normas’, como dice Nussbaum, ‘nos ayudan a ver de manera correcta’(Nussbaum 2000, 64). Paso ahora a examinar los aspectos perceptuales que son, como he dicho, centrales para una (buena) argumentación jurídica.

**2. Percepción y decisión jurídica**

Como he sostenido en la sección anterior, desde una perspectiva aretaica, la argumentación jurídica consiste, de manera central, en una deliberación acerca de los particulares. Además de poner el énfasis en los particulares, una teoría aretaica de la argumentación jurídica pone de relieve la relevancia que tiene la percepción en los procesos de toma de decisiones jurídicas, ya que el discernimiento de los particulares se hace, como dice Aristóteles, mediante la percepción.[[11]](#footnote-12) Por lo tanto, el razonamiento jurídico tiene una importante dimensión perceptual, y éste es el segundo elemento que sale a la luz cuando analizamos el mismo desde una perspectiva aretaica.[[12]](#footnote-13)

 La persona con sabiduría práctica se caracteriza por tener una capacidad perceptual altamente refinada. La sensibilidad a los requisitos que, como he señalado antes, posee la persona virtuosa es un tipo de capacidad perceptual. El virtuoso tiene la capacidad de percibir los rasgos relevantes de una situación, o lo que es verdaderamente importante en un caso específico, de tal manera que su juicio o decisión resulta de una manera distintiva de ver una situación. McDowell describe la percepción del virtuoso de la siguiente manera:

La visión de la situación a la que llega la persona virtuosa mediante el ejercicio de su sensibilidad es aquélla en la que algún aspecto de la situación constituye una razón para la actuar de cierta manera; esta razón se aprehende, no como derrotando otras razones, derivadas de otros aspectos de la situación, para actuar de otros modos (…) sino como acallándolos (McDowell 1990, 55-56).

Por lo tanto, el virtuoso no sólo tiene la capacidad de apreciar todos los aspectos sobresalientes de una situación sino que tiene también la habilidad de detectar cuáles –en la situación concreta- son relevantes y constituyen una razón para la decisión. De manera central, esta razón, desde la perspectiva del virtuoso, no derrota otras posibles razones que puedan ser constituidas por otros aspectos de la situación sino que ‘silencia’ –como dice acertadamente MacDowell- cualquier otra consideración. Es decir, desde este punto de vista, la decisión del juez virtuoso no es el resultado de ponderar las distintas razones que entran en conflicto sino que se deriva de una concepción de la situación que no descuida ningún aspecto relevante y en la que algunos aspectos se perciben como requiriendo un determinado curso de acción.

Es esencial destacar que la capacidad perceptual que posee el juez virtuoso no tiene por qué ser caracterizada como una habilidad infalible de ‘ver’ lo que es correcto. Una interpretación intuicionista de las capacidades perceptuales del virtuoso no es un punto de partida viable para una teoría del razonamiento jurídico, ya que resulta incompatible con el requisito, básico, de que las razones que apoyan una decisión jurídica deben ser públicas. Si los productos de la capacidad perceptual que caracteriza a la persona virtuosa sólo pudieran ser aprehendidos de manera inmediata y no pudieran ser justificados discursivamente, la noción de virtud no podría jugar ningún papel substantivo en una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, es perfectamente posible articular una interpretación alternativa de la sensibilidad perceptual de la persona virtuosa que encaje bien con la naturaleza pública del razonamiento jurídico. La capacidad perceptual del virtuoso se puede entender como una sensiblidad que permite a la persona que la posee apreciar las razones para la acción que se dan en una situación particular y proporcionar las justificaciones correspondientes para su decisión. Siguiendo una sugerencia de Wallace, la virtud se puede entender como una forma de conocimiento de expertos, ya que el experto tiene justamente la habilidad de discernir las razones relevantes en un caso concreto y puede dar, en cada caso, una justificación para su decisión.[[13]](#footnote-14) Por lo tanto, una concepción de la virtud como un tipo de conocimiento de expertos nos permite superar la objeción según la cual la teoría de la virtud no puede dar cuenta de la dimensión pública de la argumentación jurídica.[[14]](#footnote-15)

La capacidad perceptual que caracteriza a la persona virtuosa tampoco debe entenderse como una capacidad que permite que la persona que la posee tome una decisión sin tener que llevar a cabo ninguna deliberación. Aunque en muchos casos el juez virtuoso tiene la capacidad de discernir de manera inmediata las razones que se dan en el caso concreto, un modelo perceptual de virtud, como el que estoy defendiendo en este trabajo, no excluye que haya casos que supongan un reto incluso para el virtuoso. La persona virtuosa, al igual que el experto, tiene las habilidades necesarias para resolver los problemas difíciles que se le puedan presentar, pero su respuesta no excluye, sino que, generalmente, requiere que el agente aborde de manera activa el problema y reflexione acerca del mismo (Annas 2008). La resolución de algunos casos requerirá llevar a cabo un arduo proceso de deliberación, de modo que, en ocasiones, la percepción que está en la base, como he argumentado, de la decisión del juez virtuoso puede ser el resultado de un esfuerzo considerable, por parte del juez, de describir y re-describir el caso de manera detallada así como de identificar y especificar las distintas consideraciones que son relevantes en un determinada situación.

Por último, el tipo de percepción que caracteriza al agente virtuoso no es exclusivamente una capacidad cognitiva sino que una concepción ‘inclusiva’ de percepción, según la cual la percepción tiene componentes tanto intelectuales como emocionales e imaginativos, encaja mejor con la concepción aristotélica de virtud según la cual ésta es un estado que tiene que ver tanto con la acción como con el sentimiento (Nussbaum 1990, 80). Es decir, la percepción de los particulares del juez virtuoso no es emocionalmente inerte sino que es el resultado de un proceso cognitivo ‘caliente’. Paso ahora a examinar brevemente los aspectos emocionales del razonamiento jurídico y, de manera más específica, el papel que los mismos juegan en la percepción del caso concreto.

**4. Virtud y emoción**

Un tercer aspecto de la argumentación jurídica que una aproximación aretaica pone de manifiesto es el papel destacado que juegan las emociones en la toma de decisiones jurídicas. Según Aristóteles, las virtudes son tanto una manera de actuar como una manera de sentir. La virtud requiere no sólo actuar de un modo apropiado a las circunstancias del caso particular sino también tener una respuesta emocional adecuada.[[15]](#footnote-16) Una decisión que se haya tomado sin involucrar las disposiciones emocionales adecuadas es moralmente defectuosa, aunque tenga el mismo contenido que la decisión que habría tomado una persona virtuosa. Las emociones son, por lo tanto, esenciales para que una deliberación sea virtuosa. Entre las distintas funciones que cumplen las emociones en el razonamiento jurídico, me centraré en el papel que juegan las mismas en relación a la percepción de los rasgos del caso concreto.[[16]](#footnote-17)

En primer lugar, las emociones juegan un papel ‘epistémico’ fundamental ya que son herramientas muy útiles para detectar las razones para la acción que son relevantes en un caso particular; es decir, las emociones nos ayudan a identificar los rasgos sobresalientes de una situación concreta. Dice Sherman:

Con frecuencia, no vemos fríamente, sino gracias y a través de las emociones. Por ejemplo, un sentimiento de indignación nos sensibiliza frente a quienes sufren de manera injusta un insulto o un daño, de la misma manera un sentimiento de piedad y compasión nos abre los ojos a los sufrimientos de la desgracia repentina y cruel. Por lo tanto, como resultado de tener ciertas disposiciones emocionales, llegamos a tener los puntos de vista relevantes para discriminar. A través del sentimiento notamos lo que habría pasado desapercibido por un intelecto frio e imparcial. Cuando se mira de manera fría, sin involucrar las emociones, se corre muchas veces el riesgo de perder de vista lo que es relevante (Sherman 1989, 45).

Por lo tanto, las emociones nos ayudan a detectar los rasgos moralmente relevantes de una situación. El tipo de percepción que, tal y como he argumentado, es necesario para la buena argumentación jurídica no resulta obstaculizado, sino que por el contrario, es posible gracias a las emociones.[[17]](#footnote-18)

La relevancia de las emociones para el buen desempeño de las tareas perceptuales que son centrales en la argumentación jurídica va más allá de su valor epistémico. Además de contribuir a la identificación de los rasgos moralmente relevantes de un caso concreto, las emociones juegan un papel ‘constitutivo’ ya que una respuesta emocional apropiada es una parte constitutiva de la percepción. La ausencia de las emociones pertinentes hace la percepción defectuosa. Como dice, de nuevo, Sherman:

Incluso aunque pudiéramos ver de alguna manera sin las emociones lo que es relevante moralmente, la manera en la que lo veríamos sería defectuosa e imperfecta. Es decir, tendríamos las concepciones morales correctas, pero nos faltarían los modos correctos de ver y apreciar. Veríamos con un grado inferior de consciencia. El punto es que, sin las emociones, no podemos registrar o grabar los hechos con el tipo de resonancia e importancia que sólo puede aportar el involucramiento emocional (Sherman 1989, 47).

Por lo tanto, el juez que se enfrenta a un caso de una manera fría e imparcial no sólo se comporta de una forma no virtuosa, en cuanto que no tiene la respuesta emocional apropiada, sino que su percepción del caso será también defectuosa, dado que esta respuesta es una parte constitutiva de lo que significa reconocer y apreciar correctamente los particulares de un caso. Las emociones son ‘modos de ver’: uno no podría ver de ‘esa’ manera a menos que tenga ciertas emociones.[[18]](#footnote-19) Por lo tanto, las capacidades cognitivas y emocionales son necesarias para llevar a cabo con éxito las tareas perceptuales que, como he señalado, son centrales en la argumentación jurídica.

**5. El razonamiento jurídico como re-descripción**

 Una teoría del razonamiento jurídico basada en la idea de virtud pone de relieve el papel central que juega la descripción en la toma de decisiones jurídicas. Una parte particularmente importante, así como difícil, del razonamiento jurídico consiste en describir de manera adecuada la situación de decisión. Estudiar el razonamiento jurídico centrándose en el momento de la elección es empezar el análisis del mismo a mitad de camino: antes de que se pueda tomar ninguna decisión acerca de qué norma debe ser aplicada y cómo debe resolverse un caso, es necesario llevar a cabo un complejo proceso de descripción. Los casos, huelga decirlo, no se nos presentan con una lista de los rasgos que deben ser tomados en consideración o de los valores que son relevantes. Una descripción lúcida del problema a atacar, que es lo que constituye, en último término, la base para la decisión, es una parte fundamental de la deliberación (Murdoch 2001). La corrección del proceso de toma de decisiones jurídicas depende, en un sentido importante, de ver correctamente.

 El proceso de descripción que es central para llevar a cabo la argumentación jurídica de manera virtuosa requiere un esfuerzo considerable por parte del juez. Una descripción correcta de la situación es el resultado de repetidos esfuerzos por describir y re-describir el caso de manera cada vez más fidedigna. Para construir un caso de manera adecuada, es necesario prestar atención a los rasgos específicos del caso, esforzarse por ver correctamente y sin prejuicio la situación que el mismo presenta, e involucrarse activamente en el proceso de describir en detalle el problema en cuestión. Implicarse emocionalmente es también necesario para llegar a una buena descripción de los hechos del caso ya que, como he señalado antes, las emociones juegan un papel fundamental en la percepción de lo que es relevante moralmente. Reflexionar acerca de los hechos de un caso con la actitud apropiada y describir los mismos de una manera que responda a las especificidades del caso requiere esfuerzo moral y trabajo sostenido. En los casos difíciles, una buena descripción requerirá también ejercitar la imaginación para alcanzar una lectura de la situación novedosa y ajustada a las particularidades del caso así como un esquema conceptual o perspectiva adecuada para dar cuenta de los rasgos moralmente relevantes del mismo.

 Es importante señalar que la descripción de un caso es una mezcla de hechos y valores. El proceso de descripción requiere, de manera central, reflexionar acerca de los valores que son relevantes en un caso concreto. La descripción de una situación –sobre todo en los casos difíciles- es un proceso mediante el cual se profundiza la concepción de los valores involucrados y de cómo éstos se relacionan entre sí. La ‘especificación’ de los factores identificados como relevantes en una situación es (como veremos más adelante) una parte importante de la descripción de la situación. Una buena descripción depende, a veces, de que uno interprete el caso desde una perspectiva diferente, lo que requiere, a su vez, refinar y revisar la concepción aceptada de los valores en juego. Por ejemplo, es necesario profundizar la concepción de qué es lo que exige la libertad de expresión para poder describir un caso relativo a la financiación de las campañas políticas como un caso que concierne, fundamentalmente, a la libertad de expresión (Breyer 2005, 39-56). La corrección de una descripción de los hechos de un caso también depende, en ocasiones, de que uno se aproxime al mismo con una concepción bien articulada de los valores pertinentes. Por ejemplo, la asimetría de poder en el lugar de trabajo se considera actualmente como una parte esencial de una buena descripción de los casos de hostigamiento sexual (Nussbaum 2000, 78). Pero esta descripción depende, en primer lugar, de la elaboración de una teoría sofisticada de la igualdad de género. Por lo tanto, por un lado, la descripción de un caso depende de una concepción de los valores previamente aceptada y, por el otro, el refinamiento de dicha concepción es a veces necesario para describir correctamente un caso particular.

 En resumen, una parte importante de la deliberación jurídica consiste en perfeccionar la descripción de las situaciones de elección. Desde esta perspectiva, el momento de la elección tiene, en algún sentido, menos importancia ya que, idealmente, la decisión se sigue de la correcta descripción de los hechos del caso. Como dice Murdoch: ‘Si presto atención de manera adecuada, no tendré elecciones y ésta es la condición a la que uno debe aspirar’ (Murdoch 2001, 38). Por lo tanto, los esfuerzos por ver correctamente están dirigidos a aproximarse a una situación ideal en la que los hechos del caso dictan, por decirlo de alguna manera, la decisión. La mirada del virtuoso sobre los hechos del caso concreto resulta en una concepción de la situación que requiere claramente que se siga un determinado curso de acción.[[19]](#footnote-20) En este sentido, la toma de decisiones judiciales se encuentra constreñida, de manera importante, por los hechos. Esto no implica reducir el razonamiento jurídico a ningún tipo de investigación empírica ya que, como he dicho antes, la descripción del caso requiere, en gran medida, deliberar acerca de los valores. Paso ahora a examinar la forma que tiene, desde una teoría aretaica de la argumentación jurídica, dicha deliberación.

**6. Especificación, conflicto normativo y argumentación jurídica**

Un rasgo central de la aproximación neo-aristotélica a la razón práctica es la idea de que el razonamiento práctico no es sólamente un razonamiento de tipo instrumental sino que también es un razonamiento acerca de fines y valores. La deliberación no es sólo necesaria para seleccionar los mejores medios para alcanzar un fin previo, sino que razonar en el dominio práctico requiere, de manera fundamental, reflexionar acerca de los fines y valores del agente.

 La deliberación acerca de fines y valores consiste, principalmente, en buscar la mejor ‘especificación’ de los valores en cuestión. Cuando uno delibera acerca de valores, no trata de seleccionar el medio más eficaz de realizar un valor en particular, sino que el objetivo es determinar qué es lo que realmente ‘cualifica’ como una buena especificación de dicho valor.[[20]](#footnote-21) Se puede deliberar acerca de qué valor o valores vale la pena tratar de alcanzar y cuál es el contenido de los mismos o deliberar para determinar qué contaría como la realización de un valor que todavía no está completamente especificado en una situación particular. Es decir, al deliberar, se puede tratar de ‘formar’ una concepción del valor o de ‘poner en práctica’ una concepción previamente aceptada de un valor (McDowell 1998, 32). En cualquiera de estos casos, no se puede dar cuenta del razonamiento mediante inferencias medio-fin, ya que el mismo requiere el refinamiento o la revisión de los valores relevantes. En otras palabras, la estructura de este tipo de razonamiento no es ‘instrumental’ sino ‘especificatoria’ (McDowell 1998, 26). Hay dos razones fundamentales que hacen que el razonamiento especificatorio sea indispensable cuando se delibera acerca de una cuestión práctica. En primer lugar, el razonamiento especificatorio es necesario ya que los valores son a veces demasiado vagos como para poder servir como puntos de partida de un razonamiento medio-fin. En segundo lugar, los valores pueden entrar en conflicto y, a veces, es posible resolver el mismo especificando los valores en juego.[[21]](#footnote-22) Desde esta perspectiva, no existe un sistema métrico que nos permita resolver de manera satisfactoria los problemas de conflicto de valores, ya que los valores son plurales e inconmensurables. En circunstancias en las que hay un conflicto valorativo serio, la decisión no puede sino ser el resultado de una reflexión acerca de cuál es la contribución distintiva de cada valor y de cómo los mismos se relacionan entre sí a la luz de una concepción general del bien.

 Esta concepción de la deliberación, a mi parecer, es extremadamente útil para atacar los problemas de conflicto de valores que se presentan recurrentemente en el contexto de la toma de decisiones judiciales. Desde este punto de vista, es posible resolver los problemas de conflicto normativo que surgen cuando se argumenta en el ámbito del Derecho especificando los valores en cuestión. Por ejemplo, en un caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se podría proceder tratando de especificar y refinar esos valores. A través del proceso de especificación, sería necesario determinar qué cuenta como una buena especificación de los valores en conflicto y qué significa realizar esos valores en el caso en cuestión así como desarrollar una teoría acerca de cómo se relacionan los valores especificados entre sí y cómo encajan con una concepción general del Derecho. La especificación de los valores en conflicto a la luz de una concepción amplia de los fines del derecho requerirá, a veces, la reformulación de estos valores y, en los casos más complicados, puede incluso requerir la revisión del propio concepto de Derecho.

 Esta propuesta especificacionista se diferencia, en aspectos centrales, del modelo de la ‘ponderación’, que es el modelo dominante en la teoría del derecho contemporánea acerca de cómo se debe razonar jurídicamente en caso de conflicto de valores. La ‘fórmula del peso’, propuesta por Alexy, es probablemente la versión más popular de este modelo (Alexy 2003). Según Alexy, cuando dos principios jurídicos entran en conflicto, se debe resolver el mismo mediante una fórmula, que nos da el valor del peso concreto de cada uno de los principios en conflicto en relación al otro principio en las circunstancias concretas del caso. Esta fórmula pretende dar cuenta de la estructura formal de la ponderación, usando las reglas de la aritmética, de una manera similar al modo en el que las reglas de la lógica se usan para representar la estructura formal de la subsunción. La racionalidad de la subsunción no está, por supuesto, en cuestión, sin embargo, sí que se han expresado dudas acerca de la racionalidad de la ponderación. Alexy sostiene que la ponderación es, sin embargo, un proceso racional. La conmensurabilidad que es, según Alexy, un requisito de la decisión racional se logra usando una escala en la que se representan las categorías necesarias para evaluar las ganancias y las pérdidas que se siguen de proteger los valores en conflicto en base al punto de vista común que proporciona la constitución. Esta escala, sostiene Alexy, puede ser interpretada numéricamente antes de insertarse en la fórmula del peso para calcular el peso concreto de los principios y en base a los cuales debe decidirse el caso.

 Según la propuesta especificacionista, el razonamiento jurídico en casos de conflicto de valores es, como en el modelo de la ponderación, un proceso racional. Pero la concepción de racionalidad que subyace a la aproximación especificacionista es distinta de la concepción cientificista de racionalidad asumida por la propuesta de Alexy. Para empezar, desde una perspectiva neo-aristotélica, la conmensurabilidad no es un requisito de la decisión racional. La racionalidad de una decisión se fundamenta en la reflexión acerca de la naturaleza especial de cada uno de los valores relevantes y de su contribución única a una concepción general del Derecho. La toma de decisiones jurídicas no puede ser una ‘ciencia de medir’[[22]](#footnote-23) pero esto no hace que la misma sea menos racional. El razonamiento jurídico es cualitativo –la cuantificación no es, de hecho, ni posible ni deseable, ya que no hay una métrica única que se pueda usar para comparar las distintas alternativas de decisión. La corrección de una elección deliberativa no depende de que ésta maximice una cantidad de un valor común, sino que su racionalidad depende de la especificación de los valores en juego y de su buen acoplamiento dentro de un sistema. Es, en otras palabras, la coherencia, y no la eficacia, el valor que debe guiar la toma de decisiones jurídicas en casos de conflicto normativo. Al final del día, la resolución de un caso difícil depende de argumentos substantivos acerca de cómo debe interpretarse un caso, de qué rasgos del mismo dan lugar a consideraciones que deben ser atendidas, de cómo los valores relevantes deben ser especificados y de qué es lo que exigiría la realización de los mismos en el contexto particular. No es posible usar un procedimiento formal para simplificar la compleja tarea de deliberar en casos de conflicto normativo. No hay ningún atajo que podamos tomar para llegar a una buena decisión: la descripción atenta de la situación y la especificación detallada de los valores involucrados están en el núcleo de la deliberación virtuosa.

**7. Conclusiones**

Este trabajo ha esbozado las líneas principales de una teoría aretaica del razonamiento jurídico. Esta teoría se puede sintetizar en las siguientes tesis: a) el razonamiento jurídico consiste, fundamentalmente, en deliberar acerca de los rasgos particulares del caso concreto; b) la percepción es central para el razonamiento jurídico; c) las emociones juegan un papel fundamental en la deliberación jurídica; d) la descripción y la re-descripción de un caso es una de las partes más importantes y difíciles del razonamiento jurídico; e) el razonamiento jurídico requiere razonar acerca de fines y valores y, de manera más concreta, la especificación de los valores indeterminados que pueden entrar en conflicto. La virtud –como una capacidad perceptual cuyo objeto son los particulares- ocupa un papel central en una teoría del razonamiento jurídico así concebida. El juez virtuoso tiene la capacidad de escudriñar el caso que se le presente de una manera atenta y con las disposiciones emotivas apropiadas y las habilidades necesarias para integrar la percepción del detalle en una concepción general de los fines y valores protegidos por el Derecho.

 Esta concepción de la deliberación no implica, necesariamente, un rompimiento con la concepción dominante del razonamiento jurídico. Dentro de la teoría estándar de la argumentación jurídica, hay espacio para acomodar, al menos, hasta cierto punto, el alcance de estas tesis. Sin embargo, a pesar de que la concepción dominante de argumentación jurídica pueda ser, en principio, compatible con el reconocimiento de la centralidad de la percepción, la relevancia de la particularidad, las dimensiones emocionales de los argumentos jurídicos y la importancia de la descripción y la especificación para la buena argumentación jurídica, estos temas han sido, en no poca medida, periféricos en la discusión contemporánea. Hay, en este sentido, una diferencia importante de énfasis, ya que la teoría de la virtud pone de relieve algunos aspectos del razonamiento jurídico que no han sido centrales en los tratamientos actuales de esta materia.

 Esta diferencia de enfoque tiene también implicaciones importantes para la manera en la que se concibe el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. Una consecuencia importante de centrarse en el razonamiento a partir de normas ha sido la marginalización de la ética jurídica. Las cuestiones relativas a la ética jurídica no se han considerado como un tema propio de la teoría de la argumentación jurídica sino que se han tratado en otro cuerpo de literatura, el de la ética profesional, de manera separada a la teoría del razonamiento jurídico. Sin embargo, si, como he sostenido, la virtud es necesaria para la (buena) argumentación jurídica, entonces la cuestión de qué hace que una decisión jurídica sea una buena decisión no puede separarse de la cuestión de qué es lo que hace que un juez sea un buen juez. Es decir, el estudio del razonamiento jurídico no puede divorciarse del estudio de los rasgos de carácter y las habilidades necesarias para llevar a cabo la toma de decisiones jurídicas de manera exitosa. Por lo tanto, desde una perspectiva aretaica, la teoría de la ética jurídica no es meramente una herramienta auxiliar, sino una parte substantiva de la teoría de la argumentación jurídica.

**Bibliografía**

Alexy, Robert, 2003, “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison,” *Ratio Iuris*, vol.16, pp. 433-449.

Amaya, Amalia, 2012, en prensa, “The Role of Virtue in Legal Justification,” Amalia Amaya y Hock Lai Ho (eds.), *Virtue, Law, and Justice,* Hart Publishing, Oxford.

Amaya, Amalia (2011), “Virtue and Reason in Law”, Maksymilian del Mar (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, Palgrave-MacMillan, New York, pp. 123-143.

Annas, Julia, 2008, “The Phenomenology of Virtue,” *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, vol. 7, pp. 21-34.

------- 2011, *Intelligent Virtue,* Oxford University Press, Oxford.

Aristóteles, 2000, *Ética nicomaquea* (Introducción de De T. Martínez Manzano y traducción y notas de Julio Pallí Bonet), Gredos, Madrid.

Breyer, Stephen, 2005, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution,* Vintage: New York.

Detmold, M. J., 1984, *The Unity of Law and Morality,* Routledge and Kegan Paul, London.

Elgin, Catherine, 2008, “Emotion and Understanding” Georg Brun, Ulvi, Doguoglu y Dominique Kuenzle (eds.), *Epistemology and Emotions* Ashgate, Aldershot, pp. 33-49.

Goldie, Peter, 2004, “Emotion, Reason, and Virtue,” Dylan Evans y Pierre Cruse (eds.), *Emotion, Evolution, and Rationality*, Oxford University Press, Oxford, pp. 249-267.

Hursthouse, Rosalind, 2006, “Practical Wisdom: A Mundane Account,” *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 106, pp. 283–307.

-------, 1999, *On Virtue Ethics,* Oxford University Press, Oxford.

Jacobson, Daniel, 2005, “Seeing by Feeling: Virtues, Skills, and Moral Perception,” *Ethical Theory and Moral Practice,* vol. 8, pp. 387-409.

MacCormick, Neil, 2005, *Rhetoric and the Rule of Law,* Oxford University Press, Oxford.

McDowell, John, 1998, *Mind, Value, and Reality,* Harvard University Press, Cambridge.

Michelon, Claudio, 2012, en prensa, “Practical Reason in Legal Decision-Making,” Amalia Amaya y Hock Lai Ho (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford.

Millgram, Elijah, 2005, *Ethics Done Right: Practical Reasoning as a Foundation of Legal Theory,* Cambridge University Press, Cambridge.

Murdoch, Iris, 2001, *The Sovereignty of Good*, Routledge, New York.

Nussbaum, Martha C., 2000, “Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior,” Steven Burton (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge University Press, Cambridge, pp. 50-87.

-------, 1990, *Love’s Knowledge: Essays on Philosophy and Literature,* Oxford University Press, Oxford.

Richardson, Henry, 1994, *Practical Reasoning about Final Ends,* Cambridge University Press, Cambridge.

Sherman, Nancy, 1997, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue* Cambridge University Press, Cambridge.

-------, 1989, *The Fabric of Character: Aristotle’s Theory of Virtue,* Clarendon Press, Oxford.

Schauer, Frederick, 2009, *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning,* Harvard University Press, Cambridge.

-------, 2012, en prensa, “Must Virtue be Particular?” Amalia Amaya y Hock Lai Ho (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford.

Stangl, Rebecca, 2008, “A Dilemma for Particularist Virtue Ethics,” *Philosophical Quarterly,* vol. 58, pp. 32-52.

Stark, Susan, 2001, “Virtue and Emotion,” *Noûs,* vol. 35, 440-455.

Wallace, R. Jay, 2006, *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason,* Oxford University Press, New York.

Wiggins, David, 2001, “Deliberation and Practical Reason,” Elijah Millgram (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, MIT, Cambridge, pp. 279-301.

1. Para una versión anterior, algo más extensa, de este trabajo, véase Amaya (2011). [↑](#footnote-ref-2)
2. Véase Nussbaum (1990, 70-72) y Wiggins (2001, 290). [↑](#footnote-ref-3)
3. Acerca de la distinción entre razonamiento jurídico formal y substantivo, véase Schauer (2009, 29-35). [↑](#footnote-ref-4)
4. EN, 1142 a24. [↑](#footnote-ref-5)
5. Acerca de la relevancia de la experiencia de las excepciones para llegar al tipo de conocimiento característico de la persona con sabiduría práctica, véase Hurshouse (2006, 290). Para una defensa de la tesis según la cual la persona virtuosa es aquélla que tiene la capacidad de identificar las condiciones de derrotabilidad del silogismo práctico, véase Millgram (2005, 134-138). [↑](#footnote-ref-6)
6. Michelon (2012, en prensa). [↑](#footnote-ref-7)
7. EN1104a-10. [↑](#footnote-ref-8)
8. Para una defensa de la tesis según la cual la virtud juega un papel constitutivo en la toma de decisiones jurídicas, véase Amaya (2012, en prensa). [↑](#footnote-ref-9)
9. El término ‘rule-case’ es de Detmold (1984), citado en MacCormick (2005, 81). [↑](#footnote-ref-10)
10. Es importante destacar que el particularismo y la teoría de la virtud son posiciones teóricas distintas, aunque existan importantes afinidades entre las mismas. Acerca de las diferencias entre el particularismo y la teoría de la virtud, véase Millgruam (2005, 172-174), Sherman (1997, 262-276), Stangl (2008) y, en el contexto de la toma de decisiones judiciales, Schauer (2012, forthcoming). [↑](#footnote-ref-11)
11. EN 1109b18-23 y 1142a7-23. [↑](#footnote-ref-12)
12. Esto no significa que la relevancia de la percepción sea ignorada por la teoría estándar de la argumentación jurídica, pero el papel que la misma cumple en esa teoría es meramente auxiliar a la aplicación de normas. Véase MacCormick (2005), capítulo 5 y Michelon (2012, en prensa). [↑](#footnote-ref-13)
13. Wallace (2006, 253-258). Para una defensa de la tesis según la cual la virtud es análoga al conocimiento práctico característico del experto, véase Jacobson (2005) y Annas (2011). [↑](#footnote-ref-14)
14. Para una consideración de esta objeción, véase Amaya (2012, en prensa). [↑](#footnote-ref-15)
15. Acerca de las relaciones entre emoción y virtud en Aristóteles, véase Hursthouse (1999), capítulo 5, Sherman (1989), capítulo 2 y Stark (2001). [↑](#footnote-ref-16)
16. Acerca de las distintas funciones que cumplen las emociones en el razonamiento moral, véase Sherman (1997, 39-52). [↑](#footnote-ref-17)
17. Esto no significa que las emociones siempre sean herramientas epistémicas confiables. Al igual que las percepciones sólo nos proporcionan razones a favor de creencias empíricas bajo ciertas condiciones, las emociones también nos proporcionan razones, aunque no concluyentes, a favor de las creencias de tipo evaluativo. Véase Elgin (2008) y Goldie (2004). [↑](#footnote-ref-18)
18. Sherman (1989, 171). Véase también Nussbaum (1990, 79). [↑](#footnote-ref-19)
19. Esto no implica que, desde una perspectiva aretaica, haya siempre una respuesta correcta. Nada en la idea de virtud excluye la posibilidad de que haya desacuerdo entre los virtuosos en los casos difíciles. [↑](#footnote-ref-20)
20. Véase Wiggins (2001, 287). La propuesta especificacionista de Wiggins ha sido desarrollada por Richardson (1994). Véase también McDowell (1998, 23-50). [↑](#footnote-ref-21)
21. Acerca del uso de la especificación para abordar problemas de conflicto normativo, véase Richardson (1994). [↑](#footnote-ref-22)
22. Platón, *Protágoras,* 346, citado por Nussbaum (1990, 56). [↑](#footnote-ref-23)