

*Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos*¹

Oscar Pérez de la Fuente
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

1.-Filosofía y Derecho: entre la armonía y el conflicto de valores

Aproximarse a conceptos cuya mera existencia es esencialmente controvertida puede causar cierta perplejidad². Partiendo de una visión convencionalista del lenguaje, el problema radica en si la virtualidad explicativa de un determinado concepto se corresponde con un conjunto de casos significativo que justifique su uso por parte de una comunidad de referencia. Sostener que la existencia de la inconmensurabilidad es esencialmente controvertida supone afirmar que algunas concepciones niegan la necesidad teórica y la deseabilidad práctica de utilizar ese concepto, mientras existen concepciones que defienden su relevancia explicativa para el ámbito de los filósofos y los juristas.

Los valores no están escritos en el cielo³. Sin embargo, su relevancia para la vida práctica es indudable. La Filosofía, desde sus inicios, presenta una tensión no resuelta

¹ Comentarios y sugerencias son bienvenidos. Escribir a oscar.perez@uc3m.es

² La etiqueta de concepto esencialmente controvertido proviene de un artículo de Gallie donde caracterizó por primera vez una categoría de conceptos que “son esencialmente controvertidos, conceptos que su uso inevitablemente conlleva disputas sin fin acerca del correcto uso por parte de los hablantes” GALLIE, W. B., “Essentially contested concepts”, *Proceeding of the Aristotelian Society*, 56 (1955-56), (167-198), p. 189. Según Waldron, la etiqueta de *concepto esencialmente controvertido* cumple tres condiciones: a) Es una disputa entre paradigmas rivales sobre el significado central del concepto. b) La controvertibilidad es parte de significado en cuestión. c) El desacuerdo es indispensable para el uso del término WALDRON, Jeremy, “Vagueness in law and language: Some philosophical issues”, *California Law Review*, vol. 82, 1994, (529-539), pp. 509-554. En el análisis de estos conceptos, Iglesias ha resaltado cuatro características: a) son conceptos evaluativos, b) son complejos, c) tienen un carácter argumentativo y d) desempeñan una función dialéctica. IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la jurisprudencia constitucional”, *DOXA*, núm. 23, 2003, (77-104), pp. 80-91.

³Waldron afirma que “Mientras nuestro valores, incluso aquellos con la más alta prioridad moral, no están escritos en el cielo, la tarea de formularlos es inescapable” WALDRON, Jeremy, “Fake incommensurability: A response to Professor Shauer”, *Hasting Law Journal*, núm 45, 1993-1994, pp. (813-824) 820.

entre la vida práctica y la corrección de los valores. La visión socrática defiende un intelectualismo moral que afirma que la maldad es fruto de la ignorancia, lo que se denomina la paradoja socrática. O bien, que los problemas morales surgen de la falta de conocimiento ya que nadie se equivoca voluntariamente.⁴ Por tanto, la Filosofía debe aproximar al conocimiento, pero a través de un examen continuo de la vida. Como afirma García Morente, “esto no significa más que interrogación. Sócrates pregunta. El método de la filosofía consiste en preguntar”⁵, en una técnica que denominó *mayeutica*. La capacidad de crítica y autocrítica es una actividad valiosa en sí misma que da un sentido auténtico a la vida.⁶ Este enfoque filosófico combina el intelectualismo moral – que finalmente busca situarse más cercano al territorio de las certezas- con la necesidad del “reexamen continuo” de la *mayeutica* –que provoca dudas e incertidumbre-. Las tensiones por resolver entre ambas perspectivas delimitan un territorio eminentemente filosófico, aunque podría ser que en direcciones diversas. Como afirma Berlin, “la tarea de la Filosofía, difícil y penosa a menudo, consiste en desenterrar, en sacar a la luz las categorías y los modelos ocultos en función de los cuales piensan los seres humanos para poner de manifiesto lo oscuro o contradictorio que hay en ellos”⁷.

Los juristas se aproximan a los valores por una necesidad práctica. Una de las funciones características del Derecho es la resolución de conflictos. Los jueces están obligados a decidir los casos que se les plantean y además justificar sus decisiones jurídicamente. Los órganos jurisdiccionales tienen como actividad habitual decidir sobre valores, como afirma Warner, basados *en la superioridad de una justificación sobre otra*. Para

⁴ Berverluis afirma que “Esta tesis – denominada “paradoja socrática”- constituye el auténtico corazón del intelectualismo socrático. Como cada persona desea la felicidad, y como el bien es beneficioso y el mal, dañino, se sigue los deseos de todos sean por el bien, p.e. nadie desea el mal reconocido como mal, sólo en el caso en que sea erróneamente juzgado como bien (Meno 77b6 -78b2). De ahí que quien sabe que es el bien y que es mal nunca actuara de forma contraria a su conocimiento (Protágoras, 352c2-7). Simplemente la debilidad moral (*akrasia*) es imposible; toda la maldad es el resultado de la ignorancia” BERVERSLUIS, John “Sócrates” en ARRIGTON, Robert L. (ed.), *A companion to the philosophers*, Blackwell, Oxford, 2001, pp (514-518) 518.

⁵ GARCIA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, Losada, Buenos Aires, 2004, p. 31

⁶ Berverluis afirma que “Como un amante de la sabiduría, el filósofo se distingue de todos aquellos que se reivindican ser sabios. Filosofía es búsqueda. De acuerdo a Sócrates, esta es no sólo la mejor vida, sino es la única vida. La vida no examinada no es una vida valiosa. Es en vivir una vida examinada, mas que en disfrutar los beneficios epistémicos que resultan de vivirla, es donde se encuentra la más elevada felicidad humana” BERVERSLUIS, John “Sócrates” en ARRIGTON, Robert L. (ed.), *A companion to the philosophers*, op. cit., p. 517. Para profundizar en el perspectiva socrática Vid. JAEGER, Werner, *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2004, traducción de Joaquín Xirau. CARCIA BARO, Miguel, *Filosofía socrática*, Ediciones Sígueme, Salamaca 2005. AGUILA, Rafael del, *Sócrates furioso*, Anagrama, Barcelona, 2004

⁷ BERLIN, Isaiah, “El objeto de la Filosofía”, en Berlin, Isaiah, *Conceptos y categorías*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992, traducción de Francisco González Aramburo, pp. 27-42.

completar esta tarea –decidir en base a una mejor justificación- los tribunales deben algunas veces comparar lo incomparable: ¿Cómo es esto posible?⁸ Una primera aproximación permite distinguir entre: a) La estructura de los valores en abstracto b) La deliberación de los valores en el caso concreto c) La reconstrucción de los valores en la decisión final. Para algunos juristas, no existen mayores dificultades entre la estructura de los valores que utilizan y la justificación de sus decisiones. Serían concepciones que negarían virtualidad explicativa al concepto de inconmensurabilidad de los valores en el ámbito del Derecho. De esta forma, la paradoja socrática del intelectualismo moral parecería cumplirse, mientras, algunos podrían sostener, la no asumida complejidad de la estructura valorativa y la deliberación práctica reclamaría la necesidad de un *reexamen continuo* de la justificación de las decisiones que dejaría la puerta abierta a una genuina pregunta filosófica: ¿cómo se deciden los casos en los que existen valores inconmensurables?

La delimitación conceptual de la noción de inconmensurabilidad de los valores remite a dos versiones. El sentido fuerte de inconmensurabilidad supone: a) La incomparabilidad de los valores analizados, se produce un fallo de la transitividad en la ordenación de preferencias -Raz⁹- b) Asunción metaética del irreductible pluralismo de valores -Berlin¹⁰, Gray¹¹, Galston¹²- c) Afirmar límites de la racionalidad en la deliberación práctica d) Particularismo en la justificación de la decisión. En cambio, el sentido débil de inconmensurabilidad afirma: a) La inexistencia de una métrica simple que sea común a los valores analizados -Sustein¹³- b) Afirmar la importancia de la vaguedad del lenguaje en la deliberación práctica –Endicott¹⁴, Moreso¹⁵- c) Relevancia de las

⁸ WARNER; Richard, “Incommensurability as a jurisprudential puzzle”, *Chicago Kent Law Review*, num 68, 1992-1993, pp. (147-170) 168.

⁹ RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford, 1988, pp. 321-368.

¹⁰ BERLIN, Isaiah, *El fuste torcido de la humanidad*, Ediciones Península, traducción de José Manuel Álvarez Florez, p. 197 BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza universidad, traducción de Julio Bayón, pp. 224-225.

¹¹ GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001, traducción de Mónica Salomón

¹² GALSTON, William A., *Liberal pluralism*, Cambridge University, 2002. GALSTON, William, *The practice of liberal pluralism*, Cambridge University Press, 2005.

¹³ SUNSTEIN, Cass R., “Incommensurability and valuation in Law”, *Michigan Law Review*, núm. 779, 1993-1994, pp 779-861.

¹⁴ ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 44-45

¹⁵ Moreso afirma que “Los casos de indeterminación pueden ser contemplados como casos en los cuales los valores que sustentan los principios en conflicto son *inconmensurables*. Es decir, un caso está indeterminado cuando hay diversas jerarquías admisibles, que conducen a soluciones incompatibles para ese caso, y ninguna de ellas está privilegiada. Para esta concepción, dicha indeterminación es semejante a la indeterminación semántica producida por la vaguedad. Decir que es vago que x es rico equivale a decir

distinciones cualitativas en la estructura de los valores d) La justificación de la decisión es fruto de la ponderación de los valores.

Estas dos versiones, aunque tienen un nexo común, difieren en su calado filosófico y su relevancia práctica. El sentido fuerte de inconmensurabilidad lleva, según Waldron, a la parálisis, donde no sabemos elegir. Es el tipo de decisión trágica: Agamenón enfrentado a la elección entre su hija y su expedición; el amigo de Sastre enfrentado a la elección entre su madre y la Resistencia francesa; un artista joven eligiendo entre el camino de su felicidad personal o su tarea artística.¹⁶ La tesis de la inconmensurabilidad en sentido fuerte sostiene que esa preferencia revela solo una preferencia particular o una elección en una situación particular. Por tanto, implica que no existe base en nuestro conocimiento de los valores que diga que una decisión es más correcta que la otra.¹⁷ La tragedia consiste en que el remordimiento existirá sea cual sea la decisión.¹⁸ El intelectualismo moral puede llevar a evitar considerar estas situaciones, pero la perspectiva del *reexamen continuo* muestra, como afirma Williams, que los conflictos morales no son sistemáticamente evitables.¹⁹

El sentido débil de inconmensurabilidad niega la posibilidad que exista una métrica común de todos los valores, aunque esto no impida que puedan compararse, en algún sentido, en un ejercicio de ponderación. Es una posición que critica al consecuencialismo²⁰, en general, y a los enfoques del Análisis económico del Derecho

que entre las admisibles formas de precisar el significado “ser rico” en unas x es rico y en otras x no es rico” MORESO, Jose Juan, “Guastini sobre la ponderación”, *Isonomía*, núm. 17, 2002, pp. (227-249) 248.

¹⁶ WALDRON, Jeremy, “Fake incommensurability: A response to Professor Shauer”, op. cit., pp. (813-824) 815-816.

¹⁷ WALDRON, Jeremy, “Fake incommensurability: A response to Professor Shauer”, op. cit., pp. (813-824) 816.

¹⁸ Bix afirma que “Las elecciones inconmensurables son elecciones que al final son vistas con algún remordimiento, o incluso etiquetadas como “trágicas”, aunque uno continúe creyendo que la elección realizada es la correcta” BIX, Brian, “Dealing with incommensurability for dessert and desert: Comments on Chapman and Katz”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp (1651-1670) 1653

¹⁹ Williams argumenta “La tendencia de estos conflictos a ocurrir puede ser ineliminable, desde que, primero, el agente no puede sentirse libre de reconstruir su pensamiento moral a través de una política de eliminarlos, y, segundo, mientras que existen algunos casos en los que la situación tiene su propio fallo, y la conclusión correcta para adoptar por él es el deber de no ponerse en situaciones de este tipo, no se puede creer que todas las situaciones de genuino conflicto sean de este tipo.” WILLIAMS, Bernard, *Problems of the self*, Cambridge University Press, 1973, p. 179.

²⁰ Raz caracteriza el consecuencialismo con estos rasgos: “1.- *Consecuencialismo estricto*: Las únicas razones a favor o en contra de la realización de cualquier acto son las consecuencias, que su realización o no realización tendrá o deba tener. El peso de las razones a favor o en contra una acción es una función del valor de sus consecuencias.

que, en ocasiones, consideran al dinero o la utilidad la unidad de medida en que pueden traducirse todos los valores humanos.²¹

Argumentar que existen casos genuinamente trágicos que los jueces no pueden resolver o que su elección, sea cual sea, implicará sacrificio o pérdida moral²² parece ir *contra corriente*, siguiendo la expresión de Berlin. En la misma línea, Lariguet afirma que estos casos, a diferencia de los casos difíciles, no tienen solución racional posible²³ y lo que hay en un conflicto trágico es *elección* de un valor o principio en detrimento del otro, un puro acto *decisionista*.²⁴ En este sentido, es significativo que Atienza concluya su obra *Las razones del derecho* afirmando que quedan fuera de las teorías de la argumentación jurídica que ha presentado la categoría de casos trágicos ya que “la adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con un alternativa, sino con un dilema”²⁵. En este contexto, el objetivo de este artículo es aproximarse a un modelo de deliberación práctica en los casos trágicos a partir de la obra de Aristóteles²⁶.

2.- *Comparabilidad*: Todas las razones son comparables en fuerza (o peso o importancia –estos términos serán usados de forma intercambiable). Ellos y sus combinaciones pueden ser ordenados por su peso.

3.-*Neutralidad del agente*: La evolución de todas las posibles consecuencias es neutral respecto del agente. Esto es, el valor comparable de cualquiera dos estados de cosas es el mismo desde el punto de vista de todos los agentes.

3.-*Maximización*: Una acción es correcta si y sólo si su realización maximiza valor (o valor esperado), si y solo si tiene al menos tan elevado de valor (esperado) como cualquiera de las acciones alternativas abiertas al agente.

4.-*Transparencia*: Los valores intrínsecos son transparentes. Esto es, (i) las características de un estado de cosas que lo hace intrínsecamente valioso son características que lo hacen bueno para algún agente u otro. y (ii) una característica es intrínsecamente buena solo si, bajo circunstancias normales, la persona (u otro animal) para quien es bueno su contenido con su presencia y lo prefiere a su ausencia.

5.-*Responsabilidad negativa I*: Las previsible consecuencias de una acción y sus consecuencias planeadas son igualmente relevantes para su evaluación.

6.-*Responsabilidad negativa II*: Al evaluar una acción las consecuencias de las omisiones (posibles y actuales) del agente cuentan tanto como las consecuencias de su comisión (posible y actual)” RAZ, Joseph, *Morality of freedom*, op. cit., p. 368-269.

²¹ Sobre este punto, estoy elaborando un próximo trabajo.

²² Lariguet sostiene que “Un conflicto es “genuinamente” trágico cuando: i) el conflicto no tiene resolución racional posible porque los valores o principios contenedores son considerados mutuamente inderrotables o incomparables. ii) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios pero esta elección entrañaría sacrificio o pérdida moral” LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y Derechos. Posibles desafíos”, DOXA, núm. 27, 2004, pp (317-348) 319.

²³ LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y Derechos. Posibles desafíos”, op. cit., p. 322.

²⁴ LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y Derechos. Posibles desafíos”, op. cit., p. 323.

²⁵ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 252.

²⁶ Perelman ha propuesto una teoría de la argumentación basada en ideas de la obra *Retórica* de Aristóteles. Sin embargo, la noción de prudencia en la vida ética está desarrollada, entre otras obras, en la *Ética a Nicómaco*. PERELMAN, Chaïm, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1994, traducción de Julia Sevilla Muñoz.

2.- *Phronesis* aristotélica como deliberación práctica

Se atribuye a Whitehead la afirmación que la Filosofía occidental no es más que una serie de notas a pie de página de las obras de Platón y Aristóteles. En este contexto, Platón desarrolla, lo que Nussbaum denomina, *ciencia de la medición* que se basa en asunciones monistas, conmensurabilistas y maximizadoras²⁷. Algo que subyace a la afirmación de que “lo medible o conmensurable es aprensible, cognoscible, ordenado, bueno; lo no medible es ilimitado, esquivo, caótico, amenazador, malo”²⁸. Frente a esta visión que tradicionalmente ha gozado de gran influencia, Aristóteles defiende que la vida ética es algo diverso, que necesita de distinciones cualitativas y abierto a la experiencia. Nussbaum afirma que “la forma realmente racional de elegir, sostiene Aristóteles con plausibilidad, es reflejar y reconocer la especial contribución de cada bien y hacer entender que la heterogeneidad una parte central de la materia objeto de la deliberación. La evasividad no es progreso.”²⁹ En este sentido, Aristóteles afirma en la *Ética Nicomáquea*, “la nociones de honor, prudencia y placer son otras y diferentes, precisamente, en tanto bienes; por lo tanto, no es el bien algo común en virtud de una idea”³⁰. Tras esta visión, subyace la concepción de que los bienes que hacen plena la vida humana son plurales y no son reducibles a uno, esto es básicamente lo que afirma el *pluralismo de valores* que es la primera de las tesis que defiende la posición de la inconmensurabilidad en sentido fuerte.

La segunda tesis afirma los límites de la racionalidad en la deliberación práctica. En este punto, la concepción aristotélica de la *phronesis* es considerada un modelo especialmente relevante en la deliberación en los casos trágicos. Obviamente, un problema previo es la definición de la racionalidad. La visión conmensurabilista

²⁷ Nussbaum describe los elementos de la visión de Platón: “Metricidad: en cada situación de elección existe algún valor, variando sólo en cantidad, que es común a todas las alternativas, y que el elector racional sopesa las alternativas utilizando este principio único. Unicidad: en todas las situaciones de elección existe una y la misma métrica. Consecuencialismo: las elecciones y las acciones elegidas tienen valor no por sí mismas sino sólo como medios instrumentales a las consecuencias buenas que producen. Si combinamos Consecuencialismo con metricidad, tenemos la idea de maximización que en el tema de la elección racional es producir la mayor cantidad del único valor en cuestión en cada caso. Si combinamos estos valores con Unicidad, tenemos la idea que tenemos la idea que existe un valor que es el asunto de la elección racional, en cada caso, para maximizar” NUSSBAUM, Martha, *Love's knowledge*, Oxford University Press, 1990, p. 56

²⁸ NUSSBAUM, Martha, *La fragilidad del bien*, A. Machado Libros, 2003, traducción de Antonio Ballesteros, p. 159

²⁹ NUSSBAUM, Martha, *Love's knowledge*, op. cit., 1990, p. 60.

³⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, traducción de Julio Pallí Bonet, p. 140 1096b 23-25.

finalmente supone un modelo de decisión basado de la mera maximización de preferencias. Frente a esta visión, puede afirmarse que la racionalidad práctica es algo más complejo, rico en matices y abierto a la experiencia. Como apunta Millgram está detrás del concepto aristotélico de *phronesis* o inteligencia práctica.³¹ El proceso de deliberación práctica incorpora más elementos que van más allá de la habitual metáfora del peso y balance de las preferencias. En una original propuesta, Scharffs propone metáforas alternativas acerca de la argumentación con inconmensurables como la percepción de los colores primarios, el uso de recetas o la distinción entre cadenas y cables³². Sin embargo, su conclusión es que la teoría que mejor da cuenta de la inconmensurabilidad es la filosofía práctica de Aristóteles con su idea central es posible encontrar soluciones definitivas acerca de lo que es correcto en casos específicos sin una teoría universal³³. Esta perspectiva muestra como la prudencia práctica presupone la diversidad de los fines y la pluralidad de los medios. Una visión de la moralidad como un proceso deliberativo que sopesa y calibra las diferentes opciones con mayor densidad, complejidad y verosimilitud que la aplicación mecánica de un axioma universal como pudiera ser *la mayor felicidad, para el mayor número*. En este sentido, sería una imagen empobrecida de la racionalidad humana sostener que el único proceso de decisión válido es la maximización de una variable. En este sentido, Bix afirma de forma paradójica, pero persuasiva que “es la inconmensurabilidad lo que hace la elección racional *posible*. Si todas las opciones son reducibles a unidades de algún bien que un individuo ha buscado maximizar, no hay necesidad de “elección”, entendido como un acto de juicio.”³⁴

La relevancia de la visión aristotélica es que desarrolla una nueva concepción de las relaciones entre teoría y práctica, que implica un ámbito propio para la sabiduría práctica –prudencia- que tiene su objeto en las acciones humanas, en lo posible, en lo

³¹MILLGRAM, Elijah, “Incommensurability and practical reasoning”, en CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. (151-169), 161.

³²SCHARFFS, Brett G., “Adjudication and the problems of incommensurability”, *William and Mary Law Review*, núm 42, 2000-2001, p. (1368-1435) 1417-1424.

³³SCHARFFS, Brett G., “Adjudication and the problems of incommensurability”, op. cit., p. 1424.

³⁴ El contexto de la afirmación de Bix son estas palabras: “Si las opciones no pueden medirse en una única métrica, cómo es posible la elección racional(entendida en un sentido coloquial, no técnico)? La paradójica, pero (yo creo) persuasiva respuesta es que es la inconmensurabilidad lo que hace la elección racional *posible*. Si todas las opciones son reducibles a unidades de algún bien que un individuo ha buscado maximizar, no hay necesidad de “elección”, entendido como un acto de juicio” BIX, Brian, “Dealing with incommensurability for dessert and desert: Comments on Chapman and Katz”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp (1651-1670) 1652-1653.

contingente. La *phronesis* es una virtud dianoética, que forma una parte del alma razonable que se diferencia de la parte científica.³⁵ Como afirma Beiner, es una capacidad moral comprensiva porque implica ver situaciones particulares a su verdadera luz en interacción con una captación general de lo que significa un ser humano completo, y vivir una vida humana apropiada. La *phronesis* va de lo universal a lo particular y de lo particular a lo universal.³⁶

La pretensión de Aristóteles en la *Ética a Nicomaco*, afirma Beever, no es proveer una teoría del derecho o de la política, sino presentar una versión de cómo los ciudadanos deben vivir sus vidas.³⁷ Sin embargo, en esta aportación a la *Ética*, desarrolla un modelo de deliberación que parte por distinguir la sabiduría especulativa –*sophia*– de la sabiduría práctica –*phronesis*– y puede ser reivindicado en situaciones donde los jueces están obligados a decidir entre valores inconmensurables, uno de los escenarios de los casos trágicos.³⁸ Para caracterizar el modelo aristotélico de prudencia cabe señalar su vinculación con la *praxis* y su alejamiento del *pathos*.

En primer lugar, la *phronesis* es algo más que el buen juicio, también incluye la acción que es la encarnación apropiada de tal juicio.³⁹ En palabras de Beiner, es juicio consumado en la eficacia de la buena *praxis*.⁴⁰ Esto es relevante ya que supone la necesaria coherencia entre deliberación y acción. Lo cual significa que en los casos trágicos, las decisiones basadas en este modelo no quedan meramente en una especulación –en el nivel del juicio–, sino suponen un compromiso con la acción implicada. La relevancia para los casos trágicos es que sea cual sea la decisión produce remordimiento o pérdida moral, la prudencia aristotélica requiere de la decisión y de la acción conforme a la decisión para poder ser considerada como tal. Supone que el

³⁵ Aubenque afirma que “consiste en presentar la prudencia como siendo la virtud, no del alma razonable, sino de una de sus partes: aquella que, a diferencia de la parte científica, trata sobre lo contingente” AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, Crítica, Barcelona, 1999, traducción de Ma José Gomez Torres-Pallete, pp. 167.

³⁶ BEINER, Ronald, *El juicio político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 129.

³⁷ BEEVER, Allan, “Aristotle on Equity, Law and Justice”, *Legal Theory*, núm. 10, 2004, pp. (33-50) 44.

³⁸ Aubenque afirma que “A menudo se presenta la doctrina aristotélica de la prudencia diciendo que, por oposición a la sabiduría, que es especulativa, que “reina pero no gobierna”, la prudencia rige inmediatamente la acción humana: sería una especie de sabiduría práctica, opuesta a la sabiduría teórica.” AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, op. cit., pp. 164.

³⁹ BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., México, 1987, pp. 132.

⁴⁰ Beiner afirma que “Si yo veo lo que la situación requiere pero soy incapaz de actuar de manera correspondiente a mi entendimiento, poseo juicio pero no *phronesis*”. BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., pp. 131.

resultado de la deliberación debe producirse y corresponderse necesariamente con la acción decidida. Es un modelo que reclama un compromiso con la práctica.

En segundo lugar, el modelo aristotélico de la *phronesis* se corresponde con el juicio maduro, *gnomo*, que valora las cualidades adquiridas con la experiencia⁴¹ El buen juez encontraría en las normas y los casos anteriores similares, pautas y *rules of thumb*⁴² que sean elementos relevantes junto con criterios derivados de su propia experiencia vital en la deliberación práctica. Según esta visión, el joven carece de juicio porque favorece sus intereses bajo la influencia de sus pasiones, sigue el camino del *pathos*.⁴³ Esto sigue la idea aristotélica de la virtud como freno de las pasiones. También puede ser objeto de reflexión la relación del discernimiento de las cualidades y la necesidad de la experiencia.

La visión aristotélica de la moralidad supone que esta es un espacio abierto, inacabado, en construcción. No se concibe como determinada por el pasado, sino precisamente orientada al futuro a elecciones, como afirma Stawell, que no pueden establecerse de antemano.⁴⁴ La reconstrucción del razonamiento práctico –en paralelo con la lógica matemática- como un sistema cerrado, completo y consistente, parece ceder ante una visión entre afirmaciones en competencia y inconsistentes, propias del pluralismo de los valores, que no pueden ordenarse jerárquicamente. Finalmente la deliberación en un caso concreto puede hacer evolucionar ordenaciones y criterios anteriores.⁴⁵ En este sentido, Aubenque sostiene que “la ética de Aristóteles es quizá la única ética griega para la cual no hay buenos y malos, más aún, la única para la cual no hay buenos y malos absolutamente, sino tan sólo hombres en camino hacia el bien –*proficientes*- o hacia el mal.”⁴⁶ Esta visión de la ética como perfectible coincide plenamente con la

⁴¹ Beiner sostiene que “No se puede estar en posesión de la *phronesis* sin un juicio maduro, *gnomo*, y la capacidad de juzgar bien en la esfera de particulares últimos es una de las primeras marcas distintivas del hombre de sabiduría práctica” BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., pp. 129.

⁴² La traducción al castellano de este término es complicada y su significado tiene que ver con las máximas de la experiencia.

⁴³ BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., pp. 136.

⁴⁴ Stawell sostiene que “lo que Aristóteles tiene en la cabeza es más una concepción de aquellos sucesos futuros que van a presentarse en la acción del hombre, sucesos que puede determinar o elegir y que, por tanto, sostiene Aristóteles, no puede ser tomados como establecidos de antemano” STAWELL, F. Melian, “The practical reason in Aristotle”, *Internacional Journal of Ethics*, Vol. 14. No. 4, 1904, pp. (469-480) 472.

⁴⁵ WIGGINS, David, “Deliberation and practical reason” en RORTY, Amelia Oksenberg, *Essays on Aristotle's Ethics*, University of California Press, California, 1980, pp. (221-239) 233.

⁴⁶ AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, op. cit., pp. 151.

argumentación entre valores inconmensurables ya que, queriendo el bien, finalmente no escogemos lo absolutamente bueno, sino lo mejor posible.⁴⁷

La tercera tesis de la visión de la inconmensurabilidad en sentido fuerte es el particularismo en la justificación de la decisión. Según Beiner, lo científico (*sophia* y *techne*) pertenece a los universales; la *phronesis*, en cambio, juzga particulares, y la aplicabilidad de universales a particulares.⁴⁸ Precisamente esta perspectiva de la visión aristotélica es la que la hace especialmente idónea en los casos trágicos. La cuestión teórica de si se pueden establecer normas universales sobre la decisión entre valores inconmensurables, puede recibir varias respuestas que van desde la negación de la incomparabilidad –Alexy⁴⁹, Atienza.⁵⁰-, la reconstrucción más precisa del modelo –Moreso⁵¹-o la asunción de un modelo particularista en la ponderación –Guastini⁵²-. Desde esta última perspectiva se concibe que la decisión de juez depende del caso concreto a través de una jerarquía móvil, mutable entre los principios que se

⁴⁷ AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, op. cit., pp. 151.

⁴⁸ BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., pp. 158.

⁴⁹ Alexy sostiene una ley de ponderación que presupone su comparabilidad. Alexy afirma que “la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto” ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm 5, 1988, pp. (139-151)147.

⁵⁰ Atienza afirma como regla de decisión en los casos trágicos optar por el *mal menor*, a lo que Lariguet critica que eso presupone comparabilidad. Atienza “la primera es que aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional. El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podemos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe- hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el *mal menor*” ATIENZA Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en VAZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación y decisión judicial*, Fontarama, México, 2002, p. (187-213) 209. Lariguet afirma que “hablar de respuestas que son mejores que otras, o menos peores, supone que se ha activado el método del balance o la ponderación. Pero precisamente la existencia de un caso genuinamente trágico trata de mostrar la imposibilidad o la banalidad de creer que se pueda activar el balance” LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica”, *Isonomía*, núm. 24, 2006 pp. (93-113) 109-110.

⁵¹ Moreso afirma que “Dado que hay diversas jerarquizaciones ideales de nuestros principios. Hay algún grado de indeterminación en la aplicación de nuestros principios en conflicto, pero la movilidad no supone incapacidad de convertir la ponderación en una operación de subsunción. La racionalidad subsuntiva es, en mi opinión, un presupuesto necesario para la justificación de todas nuestras decisiones. Es posible, sin embargo, que no siempre estemos en condiciones de articular consistentemente nuestras evaluaciones, que nuestras intuiciones sean opacas a la articulación, y claramente, también es posible que no estemos interesados en justificar algunas de nuestras decisiones. Sin embargo, en la medida que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionamos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes”. MORESO, José Juan, “Guastini sobre la ponderación”, *Isonomía*, núm. 17, 2002, pp. (227-249) 249.

⁵² GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Gedisa, 1999, Barcelona, traducción de Jordi Ferrer Beltrán

corresponde con un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”).⁵³ Lo que supone que las soluciones del conflicto, según Guastini, vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.⁵⁴

Muchos siglos antes, Aristóteles ya había sostenido las limitaciones de las normas universales para regular las acciones humanas. Como cuando afirma “la causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error”⁵⁵. El concepto de *phronesis* como sabiduría práctica se concibe a partir de considerar que las acciones son particulares y se requiere una virtud específica de discernimiento dirigida a la práctica cuyas habilidades no coinciden necesariamente con la sabiduría especulativa o científica.⁵⁶ Como afirma Nussbaum, Aristóteles habla de la equidad del operador flexible como la virtud del buen juez.⁵⁷ Decidir entre valores inconmensurables supone un ejercicio de deliberación complejo, que va más allá de la racionalidad como maximización y que parte de constatar, como afirma Waldron, no existe base en nuestro conocimiento de los valores que diga que una decisión más que la otra era la correcta.⁵⁸ Esto puede incorporar a la deliberación un sentido más profundo, más humano de racionalidad, que constata la relevancia de los juicios cualitativos en las decisiones éticas que suponen como afirma Peczenik, que el acto de ponderación depende en última instancia no sólo del conocimiento moral y legal de uno, sino también de los sentimientos y la voluntad propia.⁵⁹

Esto puede parecer alejado de los planteamientos habituales, sin embargo la originalidad de planteamiento aristotélico consiste en haber incorporado este sentido más profundo de racionalidad, que parte de la fragilidad y heterogeneidad de los bienes constituyentes

⁵³ Guastini afirma que “la ponderación de principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad del constituyente)” GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, op. cit., p. 171.

⁵⁴ GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, op. cit, p. 171.

⁵⁵ ARISTOTELES, *Ética Nicomáquea*, op. cit, p. 265. 1137b15-20

⁵⁶ BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit, pp. 158.

⁵⁷ NUSSBAUM, Martha, *Love's knowledge*, op. cit, p. 99.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy, “Fake incommensurability: A response to Professor Shauer”, op. cit, pp. 816.

⁵⁹ PECZENIK, Aleksander, *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p.306

de la vida humana, asumiendo la relevancia moral de elementos generalmente obviados en otras teorías, pero que inevitablemente intervienen en un proceso de decisión orientado a la práctica y desde la práctica. En este sentido, Beiner afirma “estos juicios sobre lo apropiado exigen tacto, discriminación, simpatía, sensibilidad y todas las demás cualidades de la sabiduría práctica”.⁶⁰ Tras lo que subyace el rechazo de la commensurabilidad reductiva que encontramos en el *Protagoras*⁶¹ y una concepción enriquecida, plural, compleja, que se atiende a cualidades, que evoluciona y que tiene una finalidad y una génesis en la práctica. Esta podría ser una breve síntesis del modelo aristotélico de deliberación basado en la prudencia.

3.- Conclusiones: Casos trágicos y decisiones prudentes

Al inicio de estas líneas, se abordaban las tensiones entre el intelectualismo moral y el *reexamen continuo* socrático, al que se añadía la vocación práctica y la ineludible necesidad de decidir de los jueces. Un enfoque predominante vincula Teoría y Práctica de tal forma que siempre es posible tomar una decisión y justificarla sin que el intelectualismo moral se resienta. Es posible que existan casos que si predomina un enfoque del *reexamen continuo* socrático la decisión y la justificación requiera un esfuerzo superior que modifique o amplíe algunas concepciones previas, entre las que se encuentra afirmar que existe un sentido fuerte de incommensurabilidad de los valores. La tesis en cuestión aboca a situaciones denominadas trágicas en las que sea cual sea la decisión existe pérdida moral. Desde la perspectiva filosófica, supone asumir que la racionalidad tiene límites y que la vida ética está constituida de bienes plurales irreductibles. También supone una nueva perspectiva de las relaciones entre Teoría y Práctica. Desde la perspectiva del jurista, esta tesis comporta una fuerte indeterminación en el Derecho y, desde algunas posiciones, mero decisionismo judicial.

En este artículo se intenta mostrar que, aceptando como hipótesis la incommensurabilidad en sentido fuerte de los valores, la visión aristotélica de la prudencia como sabiduría práctica ha sido reivindicada como un modelo que tiene cosas que aportar a la resolución de los dilemas morales que surgen con los casos trágicos.

⁶⁰ BEINER, Ronald, *El juicio político*, op. cit., pp. 150.

⁶¹ WIGGINS, David, “Weakness of Will. Commensurability and the objects of deliberation and desire” en RORTY, Amelia Oksenberg, *Essays on Aristotle’s Ethics*, op. cit, pp.258.

Esto ayudaría a evitar concebir estas decisiones morales como meramente arbitrarias, si no más bien, integradas en una visión de aprendizaje moral como virtud práctica que desarrolla una racionalidad en un sentido más profundo que el habitual que incluye distinciones cualitativas y ámbitos del alma humana usualmente obviados, dando un papel preponderante a la experiencia y al compromiso del juicio y la acción.

Obviamente, esta posición puede recibir muchas críticas que aquí no desarrollaré. Me gustaría apuntar que la apelación a Aristóteles no supone asumir el *todo vale* relativista. No cualquier acción puede calificarse de virtuosa y ese es el punto de partida del conocimiento moral. Si bien los bienes son frágiles y diversos, existen decisiones mejores y peores para la sabiduría práctica. Otra crítica habitual a la Ética de Aristóteles es la circularidad en la definición de la prudencia respecto del hombre prudente. Como afirma Nussbaum, “en sí misma la circularidad no debe desanimarnos, Probablemente en toda teoría moral compleja existe un elemento de circularidad”.⁶² En este sentido, Aristóteles realiza una propuesta de aprendizaje moral desde la experiencia, incorporando distinciones cualitativas y desde el compromiso juicio y acción. Aquí tampoco todo puede ser calificado de prudente. Cuando después de varias discusiones con un alumno que defendía arduamente las tesis de escepticismo moral, tuve que preguntarle por cómo –desde su relativismo- convencería a alguien que le apuntaba con una pistola con intención de matarlo, estaba apelando a su racionalidad práctica que finalmente muestra que la prudencia tiene límites y que es un camino de aprendizaje.

Esta idea de la Ética en construcción, perfectible, puede socavar otras visiones más cercanas a sistemas normativos cerrados y consistentes que por una “una alquimia conceptual”⁶³ dan siempre una solución para cada caso. Aunque la perspectiva del *reexamen continuo* acerca más al desarrollo de una sabiduría práctica que intenten dar cuenta de cómo realmente deliberan y deciden los seres humanos, siempre cabrá la posibilidad de volver a cuestionarse, como hacía Sócrates, el papel de los valores en la vida práctica de los seres humanos. Quizá todo se reconduce a un debate sobre el papel de la Filosofía y sus límites. Esto supone la reconsideración, como sostiene Mather, de

⁶² NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, op. cit, p. 396

⁶³ WIGGINS, David, “Deliberation and practical reason” en RORTY, Amelia Oksenberg, *Essays on Aristotle's Ethics*, op. cit, pp. 237.

“los límites de la razón humana y sirve como antídoto al dogmatismo. Puede enseñarnos la humildad moral e intelectual como la mayor lección de la Filosofía”.⁶⁴

⁶⁴ MATHER, Henry S., “Law-making and incommensurability”, *McGill Law Journal*, 2002, núm. 47, pp. (345-388), 388.