

El papel del juez en las lecturas aristotélicas actuales

The role of the judge in the current aristotle's interpretations

Autor: José Luis Aramburo

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.137>

EL PAPEL DEL JUEZ EN LAS LECTURAS ARISTOTÉLICAS ACTUALES*

THE ROLE OF THE JUDGE IN THE CURRENT ARISTOTLE'S INTERPRETATIONS

O PAPEL DO JUIZ NAS LEITURAS ARISTOTÉLICAS ATUAIS

■ José Luis Aramburo^a
jose Luisaramburo@gmail.com
Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2015
Fecha de revisión: 23 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2016

La persona educada busca la precisión (takribes) en cada área en la medida en que la naturaleza del asunto lo permita. Aristóteles (EN 1094 b 23)

RESUMEN

Esta investigación aprovecha algunas de las interpretaciones y mejoras actuales de la política, ética y retórica de Aristóteles para comprender la naturaleza de la práctica judicial en los Estados democráticos constitucionales, que tienen que lidiar con la indeterminación suplementaria que proviene de la protección de los derechos fundamentales. Ideas como vida plena (eudaimonia), justicia, libre elección, equidad (epieikeia) y retórica, como las definió el filósofo griego fueron redefinidas por académicos y han sido de utilidad para guiar muchas discusiones en el debate judicial acerca de los derechos de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE

Aristóteles, ética, virtud, justicia, responsabilidad, libre elección, jurisprudencia, equidad, retórica.

* Este artículo de investigación se basa en un trabajo académico presentado al doctor Tomás de Montagut dentro de la asignatura Historia del Pensamiento Jurídico en el Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

a. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia.

ABSTRACT

This paper takes advantage of some current interpretations and improvements of Aristotle's politic, ethic and rhetoric to understand the nature of the judiciary practice in constitutional democratic states, which have to cope with the supplementary indeterminacy that comes from the protection of the Fundamental Rights. Concepts such as excellent life (eudaimonia), justice, free choice, equity (epieikeia), and rhetoric, as defined by the Greek philosopher, have been redefined by scholars and have been useful to guide many arguments in the judiciary debate about rights of citizens.

KEYWORDS

Aristotle, ethic, virtue, justice, responsibility, free choice, jurisprudence, equity, rhetoric.

RESUMO

Esta pesquisa leva vantagem de algumas interpretações e melhorias atuais da política, ética e retórica de Aristóteles para compreender a natureza da prática judiciária em Estados democráticos constitucionais, que têm de fazer face à determinação complementar que vem da proteção dos direitos fundamentais. Conceitos como vida excelente justiça, liberdade de escolha, equidade (epieikeia) e retórica, conforme definido pelo filósofo grego, foram redefinidos pelos estudiosos e tornaram-se úteis para orientar muitos argumentos no debate judicial sobre direitos de cidadão.

PALAVRAS-CHAVE

Aristóteles, ética, virtude, justiça, responsabilidade, liberdade de escolha, jurisprudência, equidade, retórica.

INTRODUCCIÓN

Muchos de los tópicos que siguieron al surgimiento del derecho occidental fueron planteados desde la antigüedad, desde luego con diferentes significados e implicaciones e incluso hoy en día sirven para reflexionar en problemas renovados. Difícil encontrar un pensador cuyas construcciones conceptuales hayan sido usadas por pensadores en un rango intelectual tan amplio y en tiempos tan distantes como Aristóteles.

Las lecturas aristotélicas aquí usadas son todas recientes y provienen de pensadores que aprovechan el corpus conceptual aristotélico para reflexionar sobre problemas éticos, jurídicos y políticos actuales y sus análisis testimonian la gran lucidez de este pionero de la cultura occidental. Desde luego, muchas de las elaboraciones aristotélicas apenas fueron sugeridas y su profundización constituye un aporte incuestionable de los pensadores actuales.

No faltan en el pensamiento aristotélico, como es natural, anacronismos e inconsistencias, pues ninguna mente puede acertar en todo y particularmente no todas las lecturas aristotélicas hicieron mérito a la finalidad de impregnar el discurso cotidiano de la razonabilidad que debe guiar la vida práctica, lo que constituye el principal aporte aristotélico. Sin embargo, la actividad crítica, que es un elemento esencial de cualquier empeño investigativo, debe concentrarse en los aspectos susceptibles de ser replanteados, lo que implica siempre una mirada prospectiva. Por ello, el corpus aristotélico es usado hoy en día para apoyar las críticas a la modernidad y su pretensión de robotizar las relaciones sociales y, en especial, las decisiones prácticas, que constituyen la esencia de la práctica judicial.

Se deja de lado también aquí, deliberadamente, cualquier comentario a la utilización de las argumentaciones aristotélicas para decisiones judiciales, muchas de ellas de la Corte Constitucional colombiana, y también, desde luego, a las a menudo triviales críticas a esa utilización, pues ellas podrían dar lugar a un trabajo independiente.

El problema que se considera aquí es el papel del juez, que consiste, a grandes rasgos, en determinar si determinados hechos concretos -percibidos por el juez mediante las pruebas formalmente recibidas-, son los previstos por máximas generales expedidas formalmente por los órganos competentes y publicados por escrito (la Constitución y las leyes), para imponerles o dejar de imponerles a esos hechos las consecuencias enunciadas o sugeridas por dichos textos o sus interpretaciones autorizadas. En un sentido funcional es juez toda persona, tribunal o grupo al que se confiera autoridad para analizar pruebas dirigidas a establecer la ocurrencia de ciertos hechos enunciados para atribuirles consecuencias, en decisiones susceptibles de ser impuestas coercitivamente. Es claro que no

solamente cumplen ese papel los magistrados y jueces estatales o los que componen tribunales de justicia supraestatal. Ciertos funcionarios administrativos, al igual que algunos particulares – por ejemplo, los árbitros o los consejos en unidades constituidas en propiedad horizontal– también juzgan en el sentido de que hablamos. En un sentido más amplio, incluso, todo ejercicio del poder –el del empleador o el del padre de familia, el del maestro o el del siquiatra– conlleva la facultad de atribuirle al comportamiento de los subordinados consecuencias que resultan trascendentes para su vida, su libertad y sus expectativas en general.

METODOLOGÍA

La base del artículo fue un trabajo académico presentado dentro del curso HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO a cargo del profesor TOMÁS DE MONTAGUT en el Máster en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pompeu Fabra. En el mismo, se comparaba la lectura actual del pensamiento aristotélico con la escolástica medieval, utilizada por glosadores y postglosadores como la base metodológica de la nascente ciencia jurídica en el *Ius commune* europeo continental.

En la escogencia del tema fueron determinantes dos factores: primero, el autor estudiado, Aristóteles, fue sin duda el más influyente en la formación de la escolástica medieval, pero al mismo tiempo uno de los que más proporciona elementos de reflexión a filósofos actuales; en segundo lugar, la práctica judicial, ya ha sido un tema de reflexión del autor, en el artículo El papel del juez, publicado en la Revista Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional en el año 2012, alentada por el autor en su ejercicio judicial como magistrado.

En este artículo, al tiempo que se suprime buena parte de las comparaciones entre las interpretaciones medievales y las actuales, se introduce la influencia del pensamiento aristotélico en la elaboración de la reconocida teoría de la justicia del pensador británico John Rawls.

Se trata de una investigación bibliográfica basada en los estudios sobre la ética, la política y la retórica aristotélicas. El aporte personal, además de la síntesis del pensamiento de los autores consultados, ha sido el de derivar las reflexiones al análisis de la actividad judicial y a

relacionar los conceptos aristotélicos con los fines y principios básicos en que se funda la práctica de los jueces en el mundo actual, ya que no son muchas las veces que Aristóteles y sus exégetas hacen referencia explícita a la práctica judicial y cuando ello ocurre lo hacen de manera aislada, despreocupada de cualquier sistematicidad.

Los textos consultados estaban todos disponibles en El Depòsit de les Aigües de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona. La exposición de los autores sobre los temas centrales –los tópicos, la ética, la política y la retórica– es presentada en resúmenes lo más económicos de palabras posibles, aunque desde luego intentando que el afán de brevedad no llevara a la tergiversación o la trivialización. En casos excepcionales los enunciados son transcritos, aunque con el cuidado de que la cita sea breve y necesaria. En general, el criterio fue el de concisión y síntesis.

DESARROLLO DEL TEMA

1. EL CONCEPTO DE ÉTICA Y SU MÉTODO

Una primera ruptura del pensamiento aristotélico en relación con el platonismo está en la naturaleza de la ética, de su método y finalidad. Para Aristóteles, la ética no es una ciencia exacta, por cuanto ella solo puede partir de opiniones plausibles o endoxa, esto es, “las que parecen bien a todos o a la mayoría o a los sabios y, entre estos últimos, a la mayoría o a los más conocidos y reputados”¹.

Metodológicamente, las investigaciones éticas deben primero depurar los *phainomena* o hechos percibidos para plantear los problemas (*aporiai*) y solo después de un escrutinio racional podremos conocer si las intuiciones o los criterios reconocidos generalmente (*endoxa*) son los adecuados al asunto². Platón, formado en la escuela pitagórica, creía por el contrario que en la medida en que el bien era solo uno, él podía conocerse, como las matemáticas, con verdades únicas e incuestionables. En un caso es la razonabilidad y en el otro la razón los medios para llegar a la verdad.

1. TOP 100 b 20

2. Cfr. Reeve, *C.D.C Practices of Reason*. Clarendon Press, Oxford, 1992. Pág. 34.

El aporte metodológico aristotélico fue explícitamente reconocido por John Rawls para la estructuración su célebre teoría de la justicia³. La pretensión teórica de Rawls se dirige, al igual que en Aristóteles, a la solución de dilemas éticos, aunque para el filósofo británico estos se suscitan siempre – como en el platonismo- frente a la conceptualización de la justicia, que constituye una especie de bien supremo, del cual dependen los demás.

Las concepciones que se denominan “metaéticas”, por contraste, sugieren que los discursos éticos pueden, a su vez, ser descritos de manera imparcial por un pensador que se sitúa por encima de las valoraciones propias de la ética. Esta perspectiva del espectador, sin embargo, poco aporta a la comprensión de la actividad judicial, que no se limita a describir las soluciones posibles para los problemas planteados, sino que inevitablemente debe optar por una solución, que será la que quede plasmada en la decisión, para lo cual es preciso adoptar el más aceptable de los criterios enfrentados, conforme parámetros que se creen válidos para casos semejantes, lo que corresponde a una típica perspectiva del participante. Así, la actividad judicial será ética en un sentido amplio, el que se adoptará en este escrito, y la solución, aunque concreta, tiene siempre la aspiración de regular no solo el caso específicamente considerado por el juez sino todo el que tenga iguales o análogas premisas.

En Aristóteles el objeto de la ética es la *eudaimonia*⁴, la excelencia o calidad de vida o – dicho fácilmente- la felicidad. Es ella el primer principio, como lo fue para Platón, pues guía todas las actividades humanas; aunque en Aristóteles no es, como para su maestro, una idea a disposición solo de los filósofos (los únicos que alcanzarían ese estado máximo de plenitud del ser que sería la *sophia*), sino un conjunto de virtudes que pueden ser adquiridas y potenciadas por cualquier persona, dentro de las limitaciones que gobiernan la vida cotidiana⁵.

La de Aristóteles es, entonces, una ética de la inmanencia por oposición a la ética de

la trascendencia platónica⁶. En síntesis, la trascendencia proviene de que la ética esté en función de un valor superior, único e irreductible, previo a la existencia de quien la pone en práctica y que le debe ser definido al sujeto ético. En contra de ello, la inmanencia aristotélica sugiere que la felicidad, como la vida, es válida por sí misma y no en función de un bien superior y que, en cambio, las virtudes que a ella conducen no son fines, apreciables por sí mismos, sino instrumentos para el logro de la felicidad.

De ello se sigue que, también por oposición a la platónica, la ética aristotélica es pluralista. Esto es, para Aristóteles no hay un solo bien. Uno, por ejemplo, es el bien en la conducción militar y otro en la medicina⁷. Ello no significa, como lo criticaría siglos después Kant, que la ética aristotélica sea un saber meramente subjetivo, ya que cada uno debe buscar la excelencia en la vida o *areté* mediante la disposición, acrecentamiento y educación de las virtudes, que constituyen un marco objetivo⁸, susceptible de escrutinio racional mediante el método ético que se ha descrito anteriormente.

2. LA ÉTICA Y LAS VIRTUDES

Ha habido dos tipos de éticas: la del deber y la de la virtud. Mientras las éticas liberales y modernas, que provienen de la tradición platónica –de la que Kant es un continuador-, son éticas del deber, la aristotélica es, en esencia, una ética de la virtud, entendida esta en su sentido más auténticamente griego como “la organización del deseo” y un estado del alma que permite la excelencia⁹. Por tanto, no es un mero moralismo, ya que al lado de las virtudes morales, la justicia principalmente, las virtudes intelectuales tienen un lugar indispensable, puesto que nos dan la capacidad para tomar decisiones correctas, al menos en la mayoría de los casos, en situaciones de cierta indeterminación. Además, en oposición a la ética cristiana, basada en la pasividad y la resignación, la aristotélica aconseja la felicidad en la acción¹⁰, en la medida que una cierta felicidad

3. Cfr. Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura económica, México. Pág. 59 –nota a pie de página 26-.

4. *Eudaimonia* literalmente significa buen (eu) demonio (daimon). En realidad con esa palabra se quiere significar la excelencia o calidad de vida, entendida como la optimización de las facultades en la búsqueda de la realización personal, lo que hoy en día pretenden, sin mayor progreso, los tratados de “superación personal”.

5. Gauthier, René Antonio. *La morale d'Aristote*. Presses Universitaire de France. Paris, 1973. Pág. 55.

6. Cfr. Heller, Agnes. *Aristóteles y el mundo antiguo*. Ediciones Península. Barcelona, 1998, Pág. 195

7. EN 1096 a 30

8. Cfr. Lear, Pág. 190.

9. *Ibidem*, Pág. 191

beatífica, imaginada siempre como la más alta, es solo postulable para los dioses.

Criticada la concepción aristotélica de la virtud como circular –la virtud es la forma normal de actuar del hombre virtuoso, por lo que solo quien ya es virtuoso podría definir la virtud– tal circularidad se salva con la distinción, igualmente aristotélica, entre la potencia y el acto, necesaria para entender el paso de lo posible a lo real y, en general, el acontecimiento. Un hombre en potencia virtuoso requiere, sin embargo, del interés y el deseo de transformar esa inclinación en hechos y en alguna medida la disposición concreta e incluso el azar tienen su papel en esa tarea transformadora.

La crítica acierta, sin embargo, en que las deficiencias en la interpretación aristotélica han llevado a que en el pasado se la haya usado de manera conservadora, para legitimar los valores dominantes¹¹, dado que históricamente quienes se presentan como virtuosos se atribuyen la facultad de definir la virtud. Los resultados han sido ambivalentes. La típica interpretación medieval del pensamiento aristotélico, como fue la escolástica, al tiempo que sirvió para que Tomás de Aquino relegitimara racionalmente ciertos dogmas de la Iglesia, apoyó las reflexiones de Francisco de Victoria y Domingo de Soto en el sentido de que los indígenas eran seres humanos dignos de respeto y de que sobre sus dominios no se extendía el imperio del rey.

Las virtudes son, como se ha indicado ya, de dos clases: las intelectuales, que conducen al saber y la verdad, y las morales, que nos relacionan con nuestros semejantes. Diferentes formas de adquisición y perfeccionamiento hay en las virtudes morales y las intelectuales. Las primeras se adquieren y fomentan mediante el hábito (*hexis*); en las segundas hay una inclinación (*dynamis*), que consiste básicamente en la reacción al placer y al dolor y se fomentan mediante la educación¹². En cualquier caso, hay siempre una actividad que lleva al incremento de la virtud. En general, por tanto, nadie adquiere la virtud por naturaleza¹³ y todas las virtudes deben ser cultivadas a partir de cierto impulso inicial, una génesis en la cual cuentan los factores hereditarios.

10. Cfr. Kant. *Metafísica de las costumbres*. Pág. 39

11. C. Conderana Cerrillo, José Manuel. *El conocimiento de los principios prácticos en Aristóteles*. Universidad de Salamanca, 2004. Pags. 191 y ss.

3. ÉTICA, POLÍTICA, COERCIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL

Para entrar en materia, se diría que un saber dirigido hacia la felicidad o la vida plena se diferenciaría radicalmente del derecho y específicamente de la actividad judicial, en tanto esta tiene la función originaria de hacer imperativas las órdenes del legislador plasmadas en los textos legales y por ello los pensadores modernos hacen radicar la diferencia entre el derecho y la moral, en que el primero es coercible y heterónomo, mientras la segunda solo puede ser autoimpuesta y por lo mismo autónoma. Así, la ética, estructurada alrededor del análisis de los preceptos morales, solamente podría difundirse a un nivel argumentativo y entre una comunidad de individuos deseosos de buscar su realización personal de manera deliberada y racional. De ser así, se concluiría que la ética es, como cualquier discurso racional, de naturaleza distinta de la acción humana y que, en consecuencia, quien pronuncia un discurso ético no por ello practica los preceptos morales que dice profesar en todas sus actividades.

Para Aristóteles, en contra de ese criterio, aunque dotados por naturaleza de una inclinación a la felicidad, éticamente construida, los hombres usualmente no la desarrollan por sus propios medios. Esta aptitud, como cualquier otra, debe ser educada y, como en toda educación, los primeros impulsos deben ser respaldados con alguna forma de coacción, pues para quien no se encuentra ya en el camino de la virtud, las argumentaciones éticas no tienen utilidad alguna¹⁴. Un concepto como el de “imperativo categórico” en que se basa la ética kantiana sería, en la lógica aristotélica, autorreferente y tautológico, toda vez que la sola disposición a los discursos racionales, a que apela dicho concepto,

12. Lloyd, Geoffrey. *Aristóteles, desarrollo y estructura de su pensamiento*. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2007, Pág.160.

13. Lear Jonathan. *Aristóteles*. Alianza Editorial, Madrid, 1994., Pág.190

14. Cfr. Lear; Cit. Pág. 192. Los actuales criterios del juzgamiento a los adolescentes se basan esta tesis. Contra del paternalismo precedente, actualmente se sostiene casi unánimemente que los jóvenes que infringen la ley penal deben ser responsables y, en consecuencia, tener una sanción. El que esa sanción sea “pedagógica” a menudo se malinterpreta en el sentido de que el juez le debe dar al joven una reprimenda moral, en lugar de someterlo a una medida aflictiva, que sin ser lesiva a la dignidad o a la integridad física deje clara la diferencia entre la recompensa, que debe esperar a quien realiza una acción loable, frente a la sanción que merece quien comete un ilícito, tipificado como tal en la ley penal.

ya implica una previa preparación de quien los asimila y esta será siempre una mezcla variable de inclinación natural y educación.

La imposición de la virtud como credencial de la ética se justifica en Aristóteles, por tanto, solo como un primer paso, tanto más breve cuanto sea posible. Desde luego, el orden normativo ideal sería aquel en el que los individuos adopten como suyas ciertas reglas que redundan en su propio beneficio y se conviertan en jueces de sus propios actos, pero ello no se puede lograr por la mera persuasión. Las restricciones legales, inevitables en aras de hacer prevalente la calidad de vida de la comunidad sobre la de los individuos, deben ser impuestas por la fuerza, si es preciso. La violación de las reglas, incluso en aspectos mínimos, debe ser rigurosamente sancionada, pues es una falacia pensar que la suma de elementos pequeños dé por resultado algo pequeño. De esta forma, al mismo tiempo que la coerción externa no es eficaz si el individuo no tiene ya una inclinación y una preparación suficiente para aceptar restricciones a su conducta, tampoco la autonomía es absoluta y total hasta el punto de hacer depender de ella el cumplimiento de las reglas.

Esta subordinación de los fines éticos a los proyectos de la ciudad se deriva de la subordinación de la ética a la política, que es formulada claramente desde el comienzo de la obra¹⁵. Los individuos aislados no pueden perseguir su realización personal en un esfuerzo solitario. Únicamente el *zoon politikon*, el animal sociable que es el hombre, puede perseguir la *eudaimonia*, y ello no es posible más que la vida de la polis, dentro de la cual los propósitos a futuro cuentan ya con unas tradiciones como un marco seguro de reflexión y decisión. La vida política, plasmada en discursos como la Constitución y las leyes, restringe pero igualmente promueve la realización personal de los individuos, a quienes de nada les sirven las reflexiones éticas autónomas y puramente individuales.

4. LA FRONESIS O PRUDENCIA Y SU USO JUDICIAL O JURISPRUDENTIA

La relación de la *fronesis* con la práctica judicial y jurídica en general, que no fue desarrollada a plenitud por el propio Aristóteles,

15. EN 1093a

se hace evidente en la traducción latina de la palabra: *prudencia*. De hecho, la *prudencia* aplicada al derecho o "*juris prudencia*" es el concepto más influyente en toda la historia del pensamiento jurídico y aunque se aplica originariamente al trabajo de los estudiosos del derecho, los juristas, bajo una comprensión congruente con el criterio aristotélico ella solo se cumple a plenitud en la decisión, el momento en el que el logos se constituye en una auténtica práctica, que se puede capitalizar en *eudamonia*. De esta forma, la *iuris prudencia* no puede ser más que decisión judicial concreta y precisa.

Aristóteles define brevemente la *fronesis* como "la disposición práctica acompañada de regla verdadera relativa a lo que es bueno o malo para el ser humano"¹⁶. No obstante, la noción de *fronesis* que llegó a Occidente fue principalmente la reducción estoica del concepto aristotélico, que se limita a definirla como la "ciencia de las cosas que se deben y no se deben hacer"¹⁷, que luego trascendió a la práctica judicial

La prudencia apunta a lo más necesario y difícil de lograr, como es la mejor decisión posible y como tal ella exige una "compleja red conceptual consistente en la percepción, conocimiento científico, *techné* (conocimiento técnico), política, deliberación, (*bouleusis*), decisión (*proairesis*), sabiduría y otras menos prominentes tales como inteligencia (*deinotés*) comprensión (*sunesis*) y natural bondad (*phisyké areté*)"¹⁸.

¿Qué relaciones tiene la *fronesis* con sus géneros próximos? Ella se distingue, en primer lugar, del conocimiento especulativo – epistheme- principalmente en que este se refiere a universales mientras aquella comprende igualmente universales y particulares¹⁹. Además, no se es *fronimos* simplemente con saber; es preciso aplicar el saber a la solución de un problema²⁰. Se diferencia de la percepción o la investigación en que en esta no interviene para

16. EN. 1140 b5

17. Aubenque, Pierre (I). *La prudencia chez Aristote*. Presses Universitaires de France, 1963. Pág. 33

18. Cfr. Reeve, cit. Pág. 68

19. Aubenque (I), Cit. Pág. 34, Reeve, 68

20. Reeve, 69

nada la deliberación, toda vez que busca cosas que no pueden ser sino de una forma y no se pueden abordar sino mediante el conocimiento pasivo. La *fronesis* parte de una percepción práctica, que no es igual a la percepción sensorial, pues esta no puede ser sino particular y la otra tiene como punto de partida máximas universales²¹.

Por ejemplo, todos saben que la buena salud es un bien y muchos pueden determinar por la experiencia que las carnes blancas son buenas para la salud; más todavía, algunos tendrán claro que la carne de faisán es la carne más saludable, pero solo el auténtico conocimiento práctico es de quien puede reconocer la carne de faisán y comer efectivamente la que sea más saludable²². El uso de la prudencia asegura una ideal combinación entre intuición y racionalidad en la realización práctica y concreta de una máxima general lo que constituye su finalidad como una virtud intelectual autónoma, que no puede ser sustituida por el solo saber.

La *fronesis* no consiste tampoco en una mera técnica o *techné*, pues aunque este tipo de saber tiene también que concretarse, ella se vierte en un producto, una cosa. Como típica virtud ética, la *fronesis* se realiza con la sola práctica y ella es tan correcta cuanto sea el nivel de calidad de vida que logra. De esta forma, la *phronesis* persigue, en definitiva, “la capacidad de captar lo particular y de armonizar el ejemplo particular con el imperativo general con vista a la ejecución de un acto práctico”²³.

El análisis de la *fronesis* convierte la ética aristotélica una reflexión sobre la *praxis*²⁴. No es propio de *fronimos* reflexiones profundas sobre el bien y el mal hechas en abstracto, incluso si ellas están guiadas por el noble propósito de enseñar o guiar el comportamiento de nuestros semejantes, sino análisis sobre las mejores elecciones hechas en condiciones de indeterminación, donde aunque hay siempre alguna posibilidad de error, esta puede ser minimizada mediante la aplicación de una razón práctica a la mayor cantidad de información posible.

21. Reeve, 70

22. EN 114b 15

23. Heller, cit. 298

24. Lledó, Emilio. *Memoria de la ética*. Taurus, Madrid. 1994. Pág 232

¿De qué manera la *fronesis* se aplica a la práctica judicial? Aubenque²⁵ trata el problema de la obligatoriedad de la ley, tanto en Aristóteles como en Platón. Mientras que en este la ley es opuesta a la ciencia en cuanto impone textos escritos sobre la base de que deben ser obedecidos por hombres ignorantes y por lo mismo ella implica una imposición meramente coactiva que excluye razones, para Aristóteles aunque hay similitud entre el conocimiento de la ley y el de la ciencia, por ser ambos universales, la ley siempre resulta insuficiente pues de ella no puede prevenir todos los casos y por ello la solución tiene que venir de esta específica cualidad intelectual.

Claramente, como se ha indicado, la actividad judicial se basa en una *Iuris prudentia*, esto es, en una *fronesis* aplicada al derecho. Siempre parte de una máxima universal, institucionalizada en una ley, cuando esta describe un grupo de hechos para los cuales corresponderá una determinada decisión. De esta forma, a diferencia de la *fronesis* ética, que se basa en meras *endoxa* u opiniones, cuya plausibilidad se juzgará en relación con la cantidad y la calidad de quienes la respaldan, la judicial tiene como punto de partida un enunciado autorizado que merece obediencia por sí mismo. La *fronesis* jurídica, esto es, la jurisprudencia será la virtud práctica del buen jurista, para quien no basta un conjunto extenso y más o menos riguroso de conocimientos de textos legales y análisis doctrinarios, sino que es indispensable la sensibilidad racional y educada de aplicarlos a casos concretos sin romper la finalidad buscada por el legislador. En consecuencia, la prudencia y la equidad, que se tratará adelante, están estrechamente relacionadas, aunque la primera es una virtud intelectual y la otra aparece como una moral.

5. JUSTICIA Y JUSTO MEDIO

La virtud moral por excelencia en Aristóteles, tal como lo fue para Platón, es la justicia. Pero, se trata de dos distintas aproximaciones y llevan a concepciones opuestas. Bien se sabe que Platón sugería que la legislación, el conjunto de los escritos del legislador (*nomocetu grammata*), era una reducción terrenal de la justicia, un simulacro del ser que solo podría consistir en una idea absoluta de justicia, disponible solo para un rey

25. Cit. Pág 419

filósofo. De esta forma, la auténtica justicia solo podría realizarse terrenalmente en una república regida por una cierta aristocracia intelectual.

En Aristóteles, la justicia no es una idea, algo que se tiene en mente antes de concretarse en conductas o actitudes. Congruente con su concepción hilemórfica, según la cual la forma y el contenido no son dos elementos independientes sino dos de los accidentes de la materia, los atributos que se predicán de las personas no viven aislados de ellas²⁶; la justicia no está en un lugar independiente de la actividad justa y hay que buscarla no en discursos sino en hechos justos. Así como la enfermedad no vive en un lugar independiente del cuerpo de un enfermo, la justicia tampoco existe como un elemento externo a la actividad del hombre justo, quien lo es porque tiende a comportarse de manera justa al menos en la mayoría de sus actividades.

En principio, la palabra justicia es ambigua, como lo es el calificativo de injusto. Este último se aplica, al mismo tiempo, al “codicioso y el no equitativo”²⁷. El hombre justo es así el que no incurre en *pleonexia* o codicia, entendida como “querer más” (*pleon hairestai*). Ante la pregunta ¿más de qué?, habría que responder, para no incurrir en tautología: “de todas las otras cosas que pueden ser divididas entre la comunidad política”²⁸. El *pleonéxico* no es entonces, simplemente, el que quiere más, sino el que quiere más que los otros que están en igual situación que él. El principio distributivo de la justicia no se refiere a la igualdad absoluta, sino a la relativa; es más, a la doblemente relativa, pues relativiza tanto las cosas objeto de la distribución como las personas entre quienes se tiene que distribuir²⁹. La importancia de la justicia se deriva de que conecta la felicidad individual con la felicidad de la polis o la comunidad dentro de la cual viven los individuos. En esta los beneficios y las cargas serán distribuidos de manera razonable, de tal forma que no se estimule la *pleonexia*, de la cual derivan las desigualdades sociales.

26. Cfr. Gill, cit. Pág.145

27. EN 1129 b

28. EN 1130b.31-32. Cfr. Aubenque II. Pág. 36

29. EN 1131 a 16. Cfr. Aubenque II. Pág. 39

30. Rawls, cit. Pág. 61

Bien sabido es que Aristóteles vivió en una sociedad fragmentada entre esclavos y hombres libres y que el trabajo y demás labores productivas estaban encomendados a grupos sociales privados del disfrute de bienes materiales. Las mujeres estaban igualmente excluidas en la sociedad griega de los beneficios que tenían los hombres libres y se les condenaba a esa especie de cárcel que era el gineceo. Aunque no es muy claro que Aristóteles mismo haya defendido ese conjunto de diferencias sociales, pues sus descripciones sobre el orden social en que vivió solamente reproducen externamente los argumentos en que este se funda, lo cierto es que tampoco lo criticó con base en sus propias ideas de justicia y esta pasividad es fácilmente interpretable como una complicidad con los factores injustos de su propio tiempo. Ello no impide, con todo, suplir esa deficiencia y usar sus conceptos también para la crítica de sociedades con desequilibrios sociales como las nuestras.

John Rawls en su reconocida *Teoría de la justicia* deja claro que su concepción de la justicia mantiene la tradición aristotélica, plasmada en estos términos:

El sentido más específico que Aristóteles da a la justicia y del cual se derivan las formulaciones más familiares, es el de abstenerse de la *pleonexia*, esto es, de obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que le es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc³⁰.

Aun dentro de su ambigüedad, la justicia remite siempre a un principio general, que Aristóteles designa como el justo medio, que es válido no solo en esta materia sino, en general, para evaluar la razonabilidad de opiniones o endoxa, en tanto no cabe una dicotomía precisa entre verdad y error, por lo que frente a ellos no se aconseja aceptar como válidos los puntos de vista extremos. La teoría del justo medio (tildada por Kelsen de tautológica)³¹ es apenas una metáfora geométrica³². El justo medio se da entre dar y

31. Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Altaya, México, 1985. Pág. 35.

32. Paradójicamente la “pirámide”, por la que se conoce generalmente al propio Kelsen, es igualmente una metáfora geométrica.

recibir, tener y carecer, lesionar y ser lesionado, etc. En la economía es la moneda el medio que cumple la función de hacer equiparable el trabajo del arquitecto con el del zapatero, al permitir la comparación ente una casa y un par de sandalias³³. Ciertamente que asociar esta proporcionalidad económica en el intercambio de mercancías a la justicia puede llevar a la criticable idea de que es siempre el mercado un instrumento al servicio de la calidad de vida y por lo mismo un factor de justicia en las relaciones sociales.

Toda desproporcionalidad, generadora de injusticia, exige un acto de equiparación y ahí está la principal función del juez: la justicia correctiva. Fundada en una finalidad racional, la decisión judicial tiene que estar justificada, pues “no permitimos que nos mande un hombre sino la razón, porque el hombre manda en interés propio y se convierte en tirano”³⁴, lo que ocurre cuando el propio magistrado no se conforma con el honor en su propia actividad y busca prebendas y beneficios personales. La justicia correctiva entonces solo se da en un ambiente de imparcialidad del juez, que tiene como presupuesto su probidad.

6. LIBRE ELECCIÓN Y RESPONSABILIDAD

La prudencia se conecta a la justicia inevitablemente a través de la deliberación, que implica una escogencia entre opciones, susceptible de efectuarse de manera deliberada y, en alguna medida, racional. Los problemas considerados por Aristóteles son complejos y tienen todavía plena validez, especialmente en el campo del derecho penal, que tiene como base la atribución a una persona una determinada sanción legal, pero necesariamente bajo la condición de que el resultado sea un producto de su deliberación (*boulesis*).

La justicia se relaciona así directamente con la responsabilidad y esta con la libre escogencia, pues nadie puede responder por aquello en lo que no intervino su voluntad y tampoco el que una acción forzada sea buena califica a una persona como justa. Aquí la responsabilidad ética no es distinta de la responsabilidad jurídica y especialmente la responsabilidad penal, campo

en el que las relaciones de la culpabilidad con los resultados nocivos de la conducta, aunque sujetos a múltiples críticas, no han podido ser superados.

En el Libro III de EN se examina este tema en detalle. Aristóteles elude el simplismo de acudir al dualismo voluntario-involuntario. Lo involuntario parece referirse a la fuerza y la ignorancia, pero intervienen también los fines perseguidos y las circunstancias admiten distintos estados intermedios. La actitud luego de la acción es igualmente dicente de la voluntad para calificar si ella fue producto de un deseo consciente.

En principio, puede haber cuatro clases de acciones: “(1) *to okosionu*, acciones voluntarias y deseadas, (2) *to ouk okousion*, acciones no-voluntarias o no-deseadas, (3) *to akousion*, acciones involuntarias y (4) *to baion*, acciones compulsivas”³⁵. Aristóteles distingue, en primer lugar, entre voluntad y elección, en que los niños y los animales actúan voluntariamente; en segundo término, entre la voluntad y el deseo, pues “no hay elección de lo imposible”, aunque esto último sí puede ser deseado³⁶.

Por regla general es válido preguntarse, frente a los resultados nocivos de una acción o de una omisión por parte del agente, si este los previó y si por ello en alguna forma los consintió. Aun así, hay situaciones problemáticas intermedias, en los casos de quienes provocan un determinado resultado equivocado por temor a mayores males, como el marinero que arroja la carga de su barco en presencia de la tormenta. Estas opciones trágicas, como se les suele llamar, minimizan la responsabilidad pues en cualquier caso el resultado previsto va a ser catastrófico.

La deliberación (*boulesis*) pertenece a un tipo particular de elección ética y jurídica. Esta es propia de determinadas personas, ya que no tiene deliberación un loco, un necio o un niño y se refiere a ciertos objetos, pues no se delibera sobre las cosas que siempre ocurren de determinada manera (*endechomena*), ante las cuales solo cabe el conocimiento meramente descriptivo y pasivo, en la medida en que “ninguna de esas cosas puede ocurrir por nuestra intervención”³⁷.

33. EN 1133 a 10

34. EN 1134 a 30

35. Lloyd, cit. Pág. 169

36. EN, 1112 a 20

37. EN 1441b 10

La elección siempre implica la solución de un problema y se puede optar por dos o más caminos³⁸, para lo que es preciso acudir al método dialéctico y corresponde a la actitud racional de quien tiene el tiempo suficiente para calcular una solución sin los apremios del tiempo ni la incertidumbre de las consecuencias. La dialéctica es, así, el método ideal para la jurisprudencia. El debate, en general, recae en los medios y no en los fines³⁹.

Se critica con frecuencia que el punto de vista aristotélico defiende la deliberación ética sin mayor argumentación. Conderana⁴⁰ replica que el que la virtud sea considerada una elección – al igual que el vicio y el crimen– es un principio y, por lo mismo, algo que no admite ni requiere justificación, pues incluso si no hubiera razón para sostener la elegibilidad de la conducta – buena o mala– ello no podría indicar otra cosa que “la moralidad y carece de sentido”⁴¹. Cualquiera que quiera entonces discutir sobre la reacción social al comportamiento humano tiene que aceptar, ad initio, que los resultados socialmente nocivos de la conducta son atribuibles a un sujeto particular, que este los ha escogido y que por ello este tiene que responder por ellos. Una hipótesis opuesta a esta se encuentra ante la insalida de un determinismo autorreferente e insuperable y, en cualquier caso, haría imposible o intrascendente la actividad judicial, al menos en aquellos aspectos en que está en juego el deber y la responsabilidad.

7. EPIEKEIA O EQUIDAD COMO PERFECCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

Quizás el porte más trascendente y a la vez más criticado de Aristóteles a la práctica judicial y al derecho es la equidad. La *epiekeia* o equidad y lo equitativo (*to epiekes*) son términos que se entienden en su relación con la justicia y lo justo. Explica Aristóteles que aunque parecería tratarse de dos cosas contradictorias y por tanto que alguna de ellas no sea buena, en realidad “son lo mismo”. Lo equitativo es simplemente mejor que un tipo de justicia puramente legal. El problema surge por cuanto lo equitativo se muestra no como algo legal sino como una

corrección de la justicia legal. Se da en la medida en que la ley tiene que ser universal y “en algunos asuntos no es posible hacer juicios universales” sin cometer un error; pero el error, en tal caso, no estaría en el legislador sino en “la naturaleza del asunto”⁴². Esa es, justamente, la función de la equidad: una corrección legal cuando quiera que aplicar mecánicamente la ley sería igualmente contravenir la intención del legislador.

La situación típica de equidad es, entonces, la del juez que se encuentra frente a un texto comprensible de la ley cuya aplicación a un determinado caso parece contravenir criterios promovidos por la propia legislación. El dilema que se le ofrece al juez es, en la terminología aristotélica, si aplica la justicia legal o si ignora el texto de la ley para privilegiar los fines legales y, particularmente, el propósito que de suyo le corresponde a la ley de restituir la proporción pérdida, la justicia natural. Aristóteles se pronunciaría a favor de la segunda alternativa pues la equidad es “más justa” que la justicia legal en tanto logra la justicia en concreto⁴³. Ello es perfectamente compatible con la *fronesis*, tal como la estudiamos atrás, pues el acierto práctico, en lo concreto, es más que el llamado a la virtud abstracta.

Este criterio anticipa, de manera notoria, el punto de vista constitucional, que ha desembocado en la existencia de derechos fundamentales. De nada sirven las declaraciones abstractas y los programas generales si ellos no se traducen en exigencias válidas de individuos y grupos en sociedades concretas. El papel del juez, al concretar en prestaciones particulares los derechos abstractos, llega a ser indispensable en la eficacia de un Estado democrático de derecho y de ahí la necesidad del protagonismo judicial en

42. EN I 3 1094 b23

43. Dos usos actuales de la *epiekeia*: primero las sentencias moduladas de constitucionalidad que aunque mantienen el texto acusado excluyen su aplicación en ciertos casos, como en las sentencias de la Corte –Constitucional colombiana que aunque refrendan la constitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer” en las definiciones de matrimonio y unión marital de hecho, indican que la protección de esas instituciones se extiende a homosexuales, con lo que la precisión lingüística tiene que ceder a la racionalidad ética que se atribuye al legislador. En general varias decisiones de la Corte Constitucional, que omitimos citar porque desbordan el alcance de este trabajo, utilizan el razonamiento aristotélico para preferir la justicia en la decisión sobre la aplicación mecánica de textos legales. La otra es la figura del fraude a la ley del Art. 4. del Código Civil Español respecto de “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”.

38. Lloyd, cit. Pág. 169

39. Cfr. Heller, cit. Pág. 298

40. Pág. 198

41. *Ibid*

hacer operante un sistema de derechos. En general el juez debe elegir parámetros para el juzgamiento de la conducta y aunque la ley es el que tiene usualmente a su disposición hay casos en que la aplicación del texto legal puede llevar a resultados constitucionalmente inaceptables. La opción por la equidad no es, como la consideran sus críticos, un acto de mera discrecionalidad, entendida como ausencia de respaldo normativo; es, a la inversa, un acto de escogencia de una norma superior –la portadora de un derecho fundamental- sobre una inferior –la mera disposición legal-.

La palabra equidad tiene un puesto preponderante en el pensamiento jurídico tanto medieval como moderno aunque con diversos sentidos. Equidad significa, según San Isidoro, “*secundum natural iuris dictum*” y por ello se concibe, a criterio de Grossi⁴⁴, como un límite objetivo al poder del príncipe, en la medida en que el contenido naturalista la inscribe “en los hechos y no en la voluntad de los hombres y mucho menos en la de los príncipes”⁴⁵. Ya desde la Baja Edad Media era una de las fuentes del derecho, junto con la buena razón anexas al *ius commune* y a los *iure propria*⁴⁶. Con el tiempo, sin embargo, el abuso judicial de inventar la equidad llevó a que, a partir del Siglo XVII, se abriera campo el proyecto legislativo, como un medio para precisarla.

En el *common law*, la equidad constituyó incluso una jurisdicción especial, dirigida a moderar el rigor con el cual las cortes reales, guiadas por un *common law* formalista y rígido, decidían los casos. Actualmente, la equidad constituye un instrumento al servicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. A nivel internacional, sirve de base a la *lex mercatoria*, que resulta indispensable para proporcionar un marco de decisión imparcial a conflictos entre sistemas de derecho positivo disímiles, cuando ninguno de ellos puede tenerse como predominante. Prevista como una de los instrumentos para llenar los vacíos legales, la equidad es igualmente un instrumento interpretativo al servicio de una concepción de derecho como integridad.

44. Grossi, *El orden jurídico medieval*. Pág. 108.

45. *Ibidem*

46. Cfr. Montagut, *cit.* Pág. XXIII.

8. RETÓRICA JUDICIAL

Aristóteles comienza su tratado sobre la retórica precisando su personal aporte al tema. Según él, quienes abordaron antes la materia se especializaron en la retórica judicial y, dentro de ella, dirigieron su atención sólo al marco emocional de influencia del juez y dejaron de lado lo que tiene la retórica de fondo: los *entinemas*. Son ellos el resultado de una “combinación entre la habilidad para argumentar lógicamente y de intuición psicológica”⁴⁷.

Es la retórica, en primer lugar, una contrapartida de la dialéctica. Se trata de un discurso que se parece al dialéctico, pues se refiere a cualquier materia en la que se discute sin que pueda haber un criterio absoluto para atribuir a uno de los adversarios una verdad comprobable. Empero, ambas prácticas tienen finalidades incompatibles, pues la retórica no se dirige, como la dialéctica, a encontrar cooperativamente la verdad sino a persuadir a un auditorio imparcial y a derrotar al oponente.

¿Es la retórica desdeñable o útil? Aristóteles es partidario de que el juez se limite a decidir si algo es o no justo (léase, como ya hemos visto, legal) salvo la aplicación de la equidad cuando ella quepa, y si los hechos alegados ocurrieron o no. Pero, precisamente para ello, el conocimiento de la retórica le permite desenmascarar los artificios usados por los abogados para extraviarlo de su verdadera función. Igualmente, los litigantes mismos, como portadores de un saber, no solo pueden potenciar sus argumentos al aprender cómo ponerlos a disposición de un auditorio, sino descubrir las falacias de sus adversarios. El buen abogado (el logógrafo en tiempos de Aristóteles), como retórico que es, se parece al buen médico en que no se le exige obtener unos determinados resultados, sino que “no descuiden ninguna de sus posibilidades”⁴⁸. Es cierto también que la retórica es una técnica a veces usada con malos propósitos; pero, ¿qué saber no lo es?

El *entinema* admite siempre una analogía con el silogismo, como la forma lógica más convincente; solo que el orador deberá sacar sus premisas de los

47. Düring, Pág. 208

48. *TOP*, 101 b 10

tópicos o lugares comunes, lo que le permiten una conexión de primera mano con un auditorio de no expertos, sin la cual la persuasión posterior, dirigida a hacer convincentes conclusiones sobre premisas meramente plausibles, resultaría imposible⁴⁹.

Conforme el auditorio, la retórica se clasifica en asesorativa o política, forense y ceremonial o epidíctica. En el discurso forense, en particular, el orador se presenta como acusador o defensor. En cualquier caso tiene que conocer la naturaleza del acto a juzgarse, el carácter del acusado y las personas lesionadas. Debe especialmente, estudiar “la disposición anímica que tienen las personas que sienten inclinación a cometer injusticia”⁵⁰. Tiene que distinguir, como hemos visto atrás, si el acto fue voluntario o no y en el primer caso si hubo deliberación o si la voluntad fue en alguna forma interferida. Hay que distinguir entre los motivos de la acción simplemente intencional: costumbre, codicia, ira y deseo y hay igualmente tres circunstancias que interfieren en la intención: ocasión propicia, carácter del actor y coacción. En general, como el acto injusto se dirige a la satisfacción del deseo de placer de quien lo comete, el orador tendrá que conocer sobre el placer⁵¹. Un gran conocimiento de lo que hoy se llamaría la psicología criminal se exige del orador forense, pues los actos injustos o ilegales están precedidos de estados de ánimo específicos. Desde luego, a diferencia del psicólogo propiamente dicho, el orador no puede partir de conocimientos sistemáticos en la materia sino de tópicos a disposición del común de la gente, pues su auditorio no estará en condiciones de analizar los aspectos más profundos.

El orador forense tiene también que conocer las leyes, escritas o no. Una de estas es la *epiekeia* de que ya se ha hablado. Un cierto canon funcionalista es el que recomienda Aristóteles, dentro del enfoque retórico, esto es, que se llame la atención más a la intención y a los fines legales que al acto en su nuda identidad. El orador forense debe estar familiarizado también con deducciones probatorias y con deposiciones de testigos, las que aunque no se consideran propiamente retóricas si constituyen un elemento de controversia y persuasión.

49. Düring, cit. Pág. 209

50. *Ibidem*

51. Cfr. Düring, cit. Pág. 212

Respecto a los tópicos, los hay particulares y generales y siempre a disposición del orador: ¿es posible? ¿es necesario? ¿es útil o inútil? ¿es adecuado? El orador usa siempre las técnicas de amplificación o reducción, lo que le permitirá intervenir en el balance de los hechos o de sus consecuencias previstas en la ley. Usará igualmente el símil, el ejemplo mítico o histórico, la máxima y el proverbio.

La refutación puede consistir en atribuir una consecuencia opuesta a los argumentos del rival o tomarse un punto de vista opuesto. Ya que el *entinema* se refiere a conclusiones plausibles, el ataque convincente a un *entinema* consistirá en explicar casos igualmente plausibles que no caben dentro de la conclusión propuesta.

En Los tópicos, un tratado incluido en El Organon (el conjunto de textos que recogen la lógica aristotélica), Aristóteles estudia con más precisión los *entinemas* que pueden proponerse en discursos retóricos. Allí distingue entre cuatro clases de oposiciones: contradictorias, contrarias, relativas y de tener-no tener. Esboza allí los argumentos especiales tales como la analogía, a *fortiori*, relación natural de prioridad y nuevamente compara los *entinemas* con los silogismos, aunque hace notar que aunque aquellos son apenas plausibles en el discurso pueden gozar de una convicción ampliada.

Las reflexiones sobre la retórica son importantes en la antigüedad clásica y lo siguieron siendo tiempo después, incluso en los siglos de mayor producción jurisprudencial romana, esto es, los siglos I y II. Se puede afirmar, sin embargo, que tanto Cicerón como Quintiliano, quienes escribieron manuales para la preparación de los juristas en retórica que contienen referencias a Aristóteles, se apartaron de su programa de concretar la retórica al estudio de los *entinemas* y amistarla con la dialéctica, que la haría también más afín a la lógica y a la ética.

La retórica siguió siendo un saber acreditado dentro de la formación en la alta Edad Media y componía, junto con la gramática y la filosofía, el llamado *trivium*, antes de que el descubrimiento del derecho justiniano orientara a los juristas, de una manera definitiva, a la interpretación de textos que se consideraban autorizados por sí mismos. La rehabilitación de la retórica, por parte de la escolástica medieval, expuso nuevamente este

saber al desprecio, cuando a la escolástica se le hizo responsable del empobrecimiento del pensamiento jurídico, al convertirlo en un elemento de legitimación del absolutismo y la tradición. La legislación, como programa esencial del derecho moderno, tradujo, en el discurso jurídico, el desprecio cultural a la retórica, en nombre del paradigma de certeza propio del iluminismo. Ello, sin duda, no extinguió la retórica de la práctica de abogados y jueces, aunque sí condenó la palabra a un uso peyorativo, sinónimo de falacia y discurso vacío.

CONCLUSIONES

Hemos visto cómo conceptos surgidos en los debates de los atenienses muchos siglos atrás, estructurados por un pensador agudo, metódico y riguroso como Aristóteles, han servido como hilos conductores del pensamiento jurídico que llegó a la actualidad desde el *ius commune* europeo. En cada época, sin embargo, ellos se reformulan conforme la cultura jurídica dominante.

En el derecho medieval europeo, el cristianismo y las relaciones sociales feudales se valieron de una reformulación del aristotelismo para guiar la actividad de los juristas y de los jueces, perfectamente compatible con la alianza entre la nobleza y la iglesia que estabilizó durante siglos la estructura jurídica y social. Hoy en día, a la inversa, una lectura renovada de Aristóteles encuentra en muchas de las reflexiones de este pensador una salida al dogmatismo y las idealizaciones del pensamiento jurídico moderno.

El pensamiento aristotélico no diferencia entre la actividad del juez y la de cualquier otra persona que tenga que tomar decisiones concretas en asuntos prácticos tomando como punto de partida una máxima general. No es entonces trascendente, desde el punto de vista metodológico, que esa máxima general esté expresada en un texto legal y que este sea aprobado conforme parámetros dispuestos en la Constitución y que sea luego promulgado y puesto a conocimiento de los ciudadanos mediante su publicación. Esa máxima, independientemente de su nivel de precisión y del conjunto de herramientas interpretativas, tiene que ser comparada con situaciones concretas, lo que lleva a que el salto lógico que implica pasar de lo general a lo particular tenga que ser salvado con la inteligencia práctica del juzgador.

Algunos de los conceptos aristotélicos son especialmente fértiles al explicar nuevas tendencias en el pensamiento jurídico. En primer lugar, bajo el pensamiento aristotélico, como bajo el criterio de pensadores postpositivistas como Dworkin, Alexy, Nino o Müller no habría un dualismo ontológico entre casos difíciles y casos fáciles. Cualquier decisión concreta, incluso basada en una regla precisa y comprensible, implica el uso de una virtud del decisor; pues la regla misma existe siempre dentro de un contexto más amplio, que tendrá que ser tenido en cuenta al momento del análisis. Por tratarse de una virtud específica –la jurisprudencia- ella no depende exclusivamente del saber de máximas generales –como las plasmadas en textos constitucionales y legales-, sino que supone la armonización de dos lógicas disímiles: la que gobierna las reglas universales y la que se refiere a las decisiones concretas. Estas suponen, en alguna medida, encontrar como realmente existente una previa situación de hecho, que la mayoría de las veces tendrá que ser indagada a través de enunciados de la realidad. Aunque la técnica jurídica, más o menos facilitada por el rigor y la precisión en la actividad legislativa, se dirige a reducir los factores de indeterminación en las decisiones de los jueces, que a menudo se asocian a la discrecionalidad judicial, temida políticamente como factor de arbitrariedad en el ejercicio del poder, la jurisprudencia –entendida en el sentido aristotélico como una específica virtud- no puede ser obviada y tampoco resulta sano intentar suprimirla con la creación de una especie de juez automático.

De otro lado, el derecho es un discurso, un *logos*. Por implicar decisiones de las autoridades, en el discurso jurídico está presente la retórica, un conjunto de enunciados –los entinemas- que no se satisfacen con una imparcial descripción del mundo, sino que se dirigen a la persuasión. Así, la argumentación jurídica no puede reducirse ingenuamente a la lógica en la recta aplicación de las normas, por más loable moralmente que sea ese propósito. La comprensión de la retórica y en general de los usos performativos del lenguaje es indispensable incluso si se quiere neutralizar su poder y hacer factible que el juez se concrete en los fines estrictamente éticos de la solución, que no pueden ser otros que los de realizar los fines prácticos de la legislación, los que permiten a una comunidad política organizarse de manera racional y evitar así el desbordamiento de la violencia individual.

BIBLIOGRAFÍA

- Aubenque, Pierre (I). La prudence chez Aristote. Presses Universitaires de France 1963
 - _____ (II). "The twofold natural foundation of justice according to Aristotle". En: Bignone, Ettore. L'Aristotele perduto e la formazione filosofica di Epicuro. Ed. La Nuova Italia, Firenze, 1973.
 - Bröcker, Walter. Aristóteles. Trad. Francisco Soler. Universidad de Chile, Santiago. 1963.
 - Conderana Cerrillo, José Manuel. El conocimiento de los principios prácticos en Aristóteles. Universidad de Salamanca, 2004.
 - Düring, Ingemar. Aristóteles, exposición e interpretación de su pensamiento. UNAM, México. 1990.
 - Fine, Gail. On Aristotle's Criticism of Plato's Theory of Forms. Clarendon Press. Oxford 1993.
 - Gauthier, René Antonio. La morale d'Aristote. Presses Universitaires de France. Paris, 1973.
 - Gill Marie Louise. Aristotle on Substance. Princeton University Press. Princeton, 1989.
 - Heinaman, Robert (Ed.) Aristotle and Moral Realism. University College London, 1995.
 - Heller, Agnes. Aristóteles y el mundo antiguo. Ediciones Península. Barcelona, 1998.
 - Jaeger Werner. Aristóteles, bases para la historia de su desarrollo intelectual. Fondo de cultura económica, Madrid. 1993.
 - Kant, Emmanuel. Metafísica de las costumbres. Tauro, Madrid. 1985.
 - Krau, Richard. Aristotle on the Human Good. Princeton, University Press, New Jersey, 1991.
 - Lear Jonathan. Aristóteles. Alianza Editorial, Madrid, 1994.
 - Lloyd, Geoffrey. Aristóteles, desarrollo y estructura de su pensamiento. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2007.
 - Lledó, Emilio. Memoria de la ética. Taurus, Madrid. 1994.
 - Pigliucci, Massimo. Answers to Aristotle: hoy science and philosophy can lead us to a more meaningful life. Basic Books, Filadelfia, 2012.
 - Rawls, John. Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, México, .
 - Reeve, C.D.C. Practices of Reason. Clarendon Press, Oxford, 1992
- Obras de Aristóteles citadas, abreviaturas**
- (EN) *Ética a Nicómaco*
 - (TOP) *Tópicos*
 - (POL) *Política*