

**Voces:** FILOSOFIA DEL DERECHO ~ PODER JUDICIAL ~ JUEZ ~ JURISPRUDENCIA

**Título:** Una teoría jurídica basada en virtudes ("virtue jurisprudence")

**Autor:** Vigo, Rodolfo L.

**Publicado en:** LA LEY 11/04/2016, 11/04/2016, 1 - LA LEY2016-B, 1271

**Cita Online:** AR/DOC/911/2016

El objetivo de la presente columna, es informar o difundir acerca de una teoría del derecho, presente básicamente en el mundo norteamericano o anglosajón, la que pretende responder explicativa y normativamente a las cuestiones centrales implicadas en el derecho apelando a las virtudes de raigambre aristotélica, o mejor dicho, intentando ver la relación que se da entre el derecho y el carácter o modo de ser de los operadores jurídicos. Nos parece que pueda resultar provechoso para los que se interesan por entender cómo funciona el derecho y auspician al "mejor" derecho, que además de las propuestas más difundidas (iuspositivismos, críticos, no positivismos, consecuencialismos, etc.) existen teorías peculiares como la que a continuación referiremos. Una obra inscrita en esa perspectiva es "Virtue Jurisprudence", (1), y en su Introducción los coordinadores precisan: "La jurisprudencia de virtudes está naturalmente inclinada al punto de vista de que el derecho debe promover y sostener las condiciones materiales y sociales que harían posible que todos y cada uno de los individuos alcance el más alto nivel de actividad funcional humana que es consistente con un nivel de actividad funcional similar para los demás".

Es cierto, que aunque pueda resultar peculiar dicho planteo, especialmente para nuestra cultura jurídica heredada de Europa continental, no se trata de una teoría estrictamente novedosa, pues ella se nutre de enseñanzas que se remontan centralmente a Aristóteles y Tomás de Aquino, pero también de la experiencia humana más extendida, consolidada y elemental. En definitiva, una ética realista se basa en las "cosas humanas" a las que procura aprehender y valorar apelando a un método que acude a la experiencia y a la dialéctica, interesándose por descubrir las notas esenciales y contingentes de lo humano, y así alentar su "floreamiento" (flourishing). Provocativamente, aunque en plena fidelidad a esa ética realista clásica, Millán Puelles ha precisado sus tres condiciones: el amor a sí mismo (que no es egoísmo, en tanto éste es amor de sí mismo que excluye el amor a los demás), la búsqueda de la felicidad (el hombre la busca necesariamente) y el placer (tanto sensorial como espiritual, aunque no solo aquél ni tampoco contra lo propiamente humano). Agregando el catedrático español, que en la moral además de deberes, es necesario tener en cuenta "lo debido", porque "el contenido, lo que en cada caso es deber, es relativo, en primer lugar, al ser específico del hombre, en segundo lugar, al ser individual del hombre mismo y, en tercer lugar a las circunstancias concretas de los distintos hombres, y en cada hombre, a las circunstancias concretas de la situación en que él esté". (2)

La "virtue jurisprudence" ha tenido proyecciones a diferentes ámbitos del derecho, pero es sin duda el ámbito judicial donde resulta más fácil la conexión entre las virtudes judiciales y el mejor derecho judicial. En este punto, un autor especialmente interesante es Lawrence B. Solum, quien ha defendido la tesis que los jueces deberían decidir como lo haría un juez virtuoso (3). El referido Professor of Law de Georgetown University identifica a la teoría dworkiniana del juez Hércules como una teoría "débil" sobre la virtud judicial, en tanto el desempeño y requerimiento del mismo importa la presencia de ciertas idoneidades o virtudes, pero el punto de partida del análisis es la decisión judicial que se considera justa o correcta, para desde ahí elevarse a las capacidades que serían necesarias a los fines de adoptarlas. El camino que recorre una teoría "fuerte" o "robusta" de las virtudes procede al revés, parte de identificar las virtudes que debería tener un juez, y desde ahí derivar la noción de decisión virtuosa, justa o correcta. Por supuesto que no se trata de reducir la acción de juzgar a las virtudes del juzgador, pues es obvio que para alcanzar una resolución apropiada éticamente, también se requiere atender al caso que se resuelve y al derecho en él implicado.

Conforme a lo precisado, la cuestión central de una teoría focalizada en las virtudes del juez, es procurar identificar los vicios o defectos del carácter o perfil judicial ("defects in judicial character") y analizar las virtudes, hábitos o cualidades de carácter propias de un juez justo. Así el profesor Solum menciona entre los vicios judiciales a: la corrupción, la cobardía cívica (el temor a la opinión pública y a la de los poderosos), el mal temperamento o el enojo fácil, la incompetencia para juzgar y la necesidad. En cuanto a las virtudes judiciales el catedrático americano señala: templanza, fortaleza, buen temperamento, inteligencia o sabiduría jurídica teórica y práctica (phronesis o prudencia). Al margen de las virtudes mencionadas, refiere Solum a la virtud central que es la justicia, en tanto ella se constituye en necesaria para la adopción de razonamientos o decisiones buenas. La virtud de la justicia aplicada a los jueces incluye imparcialidad, fidelidad al derecho y visión jurídica (capacidad de captar el contenido de la ley y sus fines, como las características de los casos particulares que son importantes para las reglas y sus propósitos).

Más allá de que es teóricamente posible —argumenta Solum— que un arquero con los ojos vendados acierte en el blanco, lo más probable es que falle. Del mismo modo, son los jueces virtuosos los que están en mejores condiciones de adoptar decisiones justas, y por ende, legítimas. Al respecto, el profesor de Georgetown se interesa por proyectar su teoría con relación a los casos "fáciles" y también a los "difíciles" o "complejos". Sin perjuicio de subrayar que si aún en aquellos no le resultará simple a un juez vicioso reconocer cual es el resultado justo, no caben dudas de que es en los otros casos donde la teoría resulta más idónea o contundente. Reconoce Solum que en esos casos difíciles es posible que jueces virtuosos arriben a distintas soluciones, pero

una cuestión decisiva implicada en esos supuestos, es cuando los jueces deciden no en base al texto de la ley, sino apoyándose en la equidad, y precisamente aquí, cuando el juez ajusta al espíritu de la ley a los casos peculiares, es importante que el que ejerza esa facultad en base a requerimientos de *epieikeia*, sea un juez virtuoso. Frente a las teorías débiles sobre virtudes judiciales, destaca Solum, que ellas no son capaces de incorporar una teoría de la virtud de la equidad.

Una conclusión importante del trabajo es que "los magistrados también deben ser seleccionados con base en la posesión (o potencia para la adquisición) de las virtudes judiciales". En orden a respaldar esa tesis desde un ángulo más político, podemos acudir al artículo de Suzanna Sherry incluido en el libro colectivo mencionado arriba, en el que apela a la virtud ética e intelectual de los jueces como medio para justificar el déficit democrático de la magistratura. En sintonía con esa proyección de la ética del juzgador ha escrito Perfecto Ibáñez: "la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli), en la medida que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control dése plus de potestad de decidir" (4).

Sin perjuicio de insistir en el anclaje fuertemente anglosajón de "virtue jurisprudence", estimamos conveniente apuntar que en la literatura en castellano encontramos iusfilósofos destacados, que han hablado de la importancia de las virtudes judiciales. Un ejemplo de ellos es el catedrático de Alicante, Manuel Atienza, quien define a esas virtudes "como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizás posean— los jueces", y apoyándose en Mac Intyre vincula al "buen juez" con esas virtudes judiciales en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis de Atienza acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que las hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara el iusfilósofo español que "las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales (...) las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial" (5). Otro referente ineludible en Latinoamérica en el tema de las virtudes judiciales es el profesor de la UNAM Javier Saldaña quien no solo ha logrado proponer una extensa y detallada ética judicial apelando a las virtudes de matriz aristotélica-tomista (6), sino que ha procurado proyectar la temática de la ética jurídica a diferentes terrenos, como el del legislador, notarios, docentes, fiscal, etc., (7).

No obstante la pretensión ambiciosa y original de "virtue jurisprudence" de constituir una teoría jurídica explicativa y normativa del derecho, idónea para debatir con las otras importantes teorías que se presentan hoy en ese terreno, puede ser de interés recordar que H. Hart, un autor que estuvo muy alejado de los planteos aristotélicos-tomistas, se atrevió a recurrir a la ética y virtudes judiciales como un sucedáneo de la discrecionalidad judicial: "en este punto lo jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión" (8).

Más allá de muchas otras consideraciones, yendo a un plano más práctico o concreto, nos parece que la teoría referenciada pone en crisis ciertas visiones presentes en nuestra más extendida cultura jurídica, especialmente a las que reducen el derecho a las normas jurídicas y siguen sosteniendo autistamente que ahí está todo el derecho, prescindiendo de otras dimensiones de la vida social (política, moral, cultural, etc.), y que además, dejan de lado la importancia finalmente decisiva que tienen las cualidades no solo profesionales que posee la personalidad del operador del derecho, creyendo ficticiamente que la mejor ley basta para cambiar la realidad. De ahí también que una preocupación realista por la "legitimación" judicial no puede prescindir de los hábitos que se le reconocen al juez, y que en abono de esa conexión, está la vieja enseñanza de que la mejor ley en manos de un mal juez seguramente no brindará todos sus beneficios, mientras que de la ley mala operada por un buen juez algo beneficioso o menos perjudicial se obtendrá.

(1) AA.VV., "Virtue Jurisprudence", ed. C. Farrelly & L. B. Solum, New York, Palgrave-MacMillan, 2011.

(2) MILLÁN PUELLES, Antonio, "Ética y realismo", Rialp, Madrid, 1996, p. 31.

(3) Cfr. SOLUM, Lawrence B., "Virtue jurisprudence. A virtue centered theory of judging", publicado en "Persona y Derecho", Universidad de Navarra, N° 69, Año 2013, con traducción de J. B. Etcheverry y M. Dandois.

(4) IBÁÑEZ, Perfecto A., "Ética de la función de juzgar" en Fernández Fernández J. L. y Hortal A.A., Ética de las profesiones jurídicas, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001, p. 79.

(5) "Ética Judicial" en ATIENZA, Manuel, Cuestiones Judiciales, Fontamara, México, 2001.

(6) Cfr. SALDAÑA, Javier, "Ética judicial. Virtudes del juzgador", Suprema Corte de Justicia-UNAM, México, 2007.

- (7) Cfr. "Ética Jurídica", coord.. Javier Saldaña, UNAM-Ed. Flores, México 2015MAS INFORMACIÓN.
- (8) HART, H., "El concepto del derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 253.