

Temas selectos de
Derecho Electoral



Virtudes judiciales y argumentación

Una aproximación
a la ética jurídica

María Amalia Amaya Navarro

Temas selectos de **6**
Derecho Electoral

Virtudes judiciales y argumentación

Una aproximación a la ética jurídica

María Amalia AMAYA NAVARRO

340.114 Amaya Navarro, María Amalia.
A697v

Virtudes judiciales y argumentación : una aproximación a la ética jurídica / María Amalia Amaya Navarro. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

52 p.-- (Temas selectos de derecho electoral; 6)

ISBN 978-607-7599-54-8

1. Ética jurídica. 2. Argumentación jurídica. 3. Ética judicial.
4. Deontología. 5. Códigos de ética. I. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

D.R. 2009 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero No. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva del autor.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Rafael Estrada Michel

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

PRESENTACIÓN

Uno de los procesalistas mexicanos más importantes de los últimos tiempos solía decir que la práctica sin teoría se convertía en simple repetición mecánica, pero que la teoría sin práctica era sólo retórica. El Tribunal Electoral, por su propia naturaleza de órgano de relevancia constitucional, en esta nueva integración ha decidido iniciar una etapa de reconstrucción de las funciones académicas, pues estamos convencidos que dicha función, en el ámbito del Derecho Electoral, constituye un instrumento indispensable para potencializar el desarrollo de esta rama del Derecho, tanto en su ámbito teórico como en el práctico.

El Tribunal Electoral considera que se debe fomentar que los órganos e instituciones del Estado, en quienes se depositan las funciones electorales, cuenten con los medios idóneos para formar y actualizar al personal, toda vez que, en la medida que se garantice su preparación, se contarán con mayores y mejores elementos para el cumplimiento eficaz de sus responsabilidades.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, consciente de que esta tarea puede constituirse en el insumo para una justicia de calidad, ha impulsado el análisis profundo de temas relevantes en materia electoral que resultan de vital importancia para entender la democracia hoy en día. Temas que tocan de manera transversal todas las elecciones de la República: límites a la libertad de expresión, financiamiento y fiscalización de los recursos, sistemas de representación proporcional, nuevas competencias de los organismos electorales.

Por ello, se presentan las series de investigaciones que, sin duda, resultarán de gran relevancia para la comunidad jurídica

vinculada con esta materia. En este caso, estamos en presencia de la denominada *serie Temas selectos de Derecho Electoral*, que tiene como objetivo realizar investigaciones de temas actuales, de trascendencia política económica y social. Esperamos que el lector encuentre en estas páginas las respuestas a los problemas actuales del Derecho Electoral, para que pueda, como quería el procesalista mexicano, hacer de su función cotidiana un adecuado engranaje entre la teoría y práctica, para contribuir en el esfuerzo del perfeccionamiento constante del sistema democrático de nuestro país.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

VIRTUDES JUDICIALES
Y ARGUMENTACIÓN
UNA APROXIMACIÓN A LA ÉTICA JURÍDICA

Amalia AMAYA
NAVARRO

*Doctora en Derecho por el Instituto
Universitario Europeo y por la
Universidad de Harvard*

SUMARIO: I. ¿Qué es la ética jurídica?; II. Dos paradigmas de la ética jurídica: consecuencialismo y deontologismo; III. Ética de la virtud y ética jurídica; IV. Virtudes judiciales; V. Virtudes y argumentación jurídica; VI. El juez virtuoso y los casos difíciles; VII. El juez virtuoso y los dilemas en el derecho; VIII. Las virtudes y los límites de los códigos de ética judicial; IX. Bibliografía.

I. ¿QUÉ ES LA ÉTICA JURÍDICA?

La ética jurídica es un área específica, dentro del campo de la ética, que tiene por objeto la reflexión acerca de cuáles son los estándares morales que deben guiar la conducta de los agentes jurídicos en el ejercicio de su profesión.¹ La ética jurídica es un área especial dentro, la ética profesional, la cual es, a su vez, una subdisciplina y de la ética aplicada. Veamos brevemente en qué consisten estos campos de la ética para poder situar con más precisión la ética jurídica en el ámbito de la ética general.

¹ Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Para un análisis de los problemas fundamentales en ética jurídica, véase Rhode y Luban (2004).

En ética es usual distinguir entre tres distintos niveles de análisis: la metaética, la ética normativa y la ética aplicada. La metaética se ocupa de algunas de las cuestiones filosóficas más abstractas que subyacen a la teoría moral. Entre otras, cabe destacar las siguientes cuestiones: (I) problemas de filosofía del lenguaje relativos al significado y contenido de los juicios morales; (II) problemas en la filosofía de la mente relativos a la caracterización de los estados mentales expresados por los juicios morales; (III) cuestiones metafísicas acerca de la posibilidad y la naturaleza de la verdad en ética; y (IV) problemas epistemológicos relativos a la posibilidad del conocimiento en ética y a la posibilidad de justificar nuestras creencias morales.² A pesar de su alto grado de abstracción, las respuestas que demos a estas preguntas inciden de manera importante en el desarrollo de la teoría moral y, desde luego, en el desarrollo de una ética jurídica.

La ética normativa se ocupa de problemas morales substantivos tales como qué está moralmente prohibido, qué principios deben guiar la conducta moral, o qué es lo bueno. En este sentido, la ética normativa tiene una importancia fundamental para la ética jurídica, ya que, como veremos más adelante, cualquier juicio moral acerca de cuál es la conducta correcta en un caso particular que enfrente un jurista, dependerá de la teoría normativa que se acepte.

Por último, la ética aplicada consiste en la aplicación sistemática de una teoría moral a la resolución de problemas morales particulares, por ejemplo, el aborto, la eutanasia, la protección de animales en la investigación científica, el racismo, la desobediencia civil, la privacidad de la información, la discriminación, la justificación de las intervenciones militares, la pobreza, el medioambiente, etcétera.³ Aunque los filósofos morales han discutido estas cuestiones

² Véase Darwall (2005, p. 20).

³ Para una introducción a la ética aplicada, véase Beauchamp (2005). Para una discusión de los principales problemas en ética práctica, véase Singer (1993).

a lo largo de la historia, el estudio sistemático de las mismas y el surgimiento de la ética aplicada o práctica data de la década de los 70. Desde entonces, tanto filósofos como profesionales de distintas disciplinas (medicina, derecho, periodismo, etcétera) han contribuido de manera fundamental al desarrollo de la ética aplicada, de modo que ésta es en la actualidad una de las áreas de investigación en ética más vigorosas.

La ética profesional se inscribe dentro de los estudios de ética aplicada, y se puede entender como un área específica dentro de ésta que se ocupa de los problemas morales que deben enfrentar los profesionales (médicos, abogados, periodistas, empresarios, etcétera) en el ejercicio de su profesión.⁴ Es en el seno de la ética profesional, por lo tanto, donde debemos situar a la ética jurídica.

La ética jurídica abarca un amplio espectro de problemas. Algunos de los más prominentes están relacionados con el llamado “problema de la moralidad de rol”. El problema es el siguiente: ¿pueden los roles sociales crear obligaciones morales especiales, independientes e incluso inconsistentes con las obligaciones morales ordinarias? El problema de la moralidad de rol surge cuando las obligaciones de rol entran en conflicto con las obligaciones morales generales. Veamos algunos ejemplos. Supongamos que un paciente adolescente le cuenta a su psiquiatra que está pensando en suicidarse. ¿Debe el psiquiatra comunicar a los padres de dicho paciente que su hijo se quiere suicidar? Por un lado, el médico tiene un deber de confidencialidad con su paciente, por el otro, existe una obligación moral general de evitar un daño, en este caso, la muerte del paciente. O pensemos en un periodista que llega a conocer, a través de un amigo cercano al mundo de la política, que un político relevante está envuelto en una estafa de grandes proporciones. Por

⁴ Acerca de la ética profesional, véase Applebaum (1999) así como Luban (2005).

un lado, el periodista está obligado a publicar esta noticia, ya que violaría su integridad profesional si no lo hiciera; sin embargo, por otro lado, el periodista tiene un deber moral de ser fiel a su amigo, y de no quebrar la confianza depositada en él. Un abogado puede verse obligado, por virtud de su rol, a ridiculizar a un testigo aun a sabiendas de que está diciendo la verdad, para poder ofrecer la mejor defensa posible a su cliente. O un juez puede verse forzado a dictar una sentencia que aplica una ley que es manifiestamente injusta. ¿Qué debe hacer un abogado que se entera de que una persona inocente irá a la cárcel por un crimen que su cliente cometió? Pensemos en la labor de un político que, en aras de los intereses de su partido, debe apoyar a un grupo empresarial cuya labor le parece indecente. O consideremos el caso de un soldado a quien su superior le exige que fusile a un compañero de armas.

Creo que está claro, con estos ejemplos, en qué consiste el problema de la moralidad de rol. Los profesionales, en distintos ámbitos, deben enfrentar en ocasiones situaciones en las que existe un conflicto entre sus obligaciones morales derivadas del rol social que ocupan y sus obligaciones morales generales. Algunos de los problemas fundamentales que trata de resolver la ética jurídica es, precisamente, el problema de cómo los profesionales del derecho deben proceder cuando se enfrentan a conflictos de este tipo. En pocas palabras, la ética jurídica aspira a elaborar estándares de conducta profesional que permitan a los juristas ser buenos jueces, buenos abogados y, también, buenas personas. O dicho de otra manera, la ética jurídica trata de proporcionar una guía de conducta que dé cuenta de cómo un profesional del derecho puede actuar moralmente en el contexto de su profesión.

La ética jurídica está dirigida a todos los operadores jurídicos: jueces, abogados, procuradores, administradores públicos, notarios, etcétera. En este trabajo, me centraré específicamente en la ética judicial, aunque mucho de lo que defenderé a continuación es potencialmente aplicable

a otros operadores jurídicos.⁵ El esquema de este trabajo es el siguiente: en la sección II, explicaré las líneas básicas de los dos modelos principales de ética jurídica: el utilitarismo y el deontologismo; a continuación, en la sección III, expondré una alternativa a estos modelos, a saber, la ética de la virtud; en la siguiente sección, la IV, elaboraré una teoría de las virtudes judiciales; después, en las secciones V y VI, examinaré algunas relaciones que considero interesantes entre la teoría de las virtudes judiciales y la argumentación jurídica, centrado especialmente en dos categorías de casos: los casos difíciles y los casos trágicos. Por último, mencionaré brevemente algunas de las implicaciones de las posturas defendidas en este artículo para la educación jurídica y, en concreto, para la formación de jueces.

II. DOS PARADIGMAS DE LA ÉTICA JURÍDICA: CONSECUENCIALISMO Y DEONTOLOGISMO

Se pueden distinguir dos modelos básicos en ética jurídica: el consecuencialista y el deontologista. Estos modelos resultan de la aplicación del consecuencialismo y del deontologismo —las dos aproximaciones fundamentales a la ética normativa— al ámbito de la ética judicial. Veamos cuáles son los postulados básicos del consecuencialismo y el deontologismo y cómo se aplican al análisis de los problemas de los que se ocupa la ética jurídica.⁶

⁵ Para una discusión de algunos de los problemas centrales en ética judicial, véase Farrell (2003).

⁶ Una breve pero lúcida introducción a las tesis fundamentales del deontologismo y del consecuencialismo se puede encontrar en Rachels (2007). Véase también Larry Alexander y Michael Moor, “Deontological Ethics”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta, ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-deontologica>>, así como Walter Sinnott-Armstrong, “Consequentialism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/consequentialism/>>.

El consecuencialismo es una teoría moral según la cual la corrección moral de un acto depende exclusivamente de las consecuencias que se siguen del mismo, es decir, de qué estados de cosas resulten de una determinada acción. Los actos son moralmente correctos si producen un estado de cosas intrínsecamente bueno. Lo bueno, según esta teoría, tiene prioridad sobre lo correcto: primero es necesario especificar qué es lo bueno, las acciones moralmente correctas se definen, después, como aquéllas que nos llevan a maximizar lo bueno. El consecuencialismo abarca toda una serie de teorías diferentes, dependiendo de qué es lo que se entiende por bueno y de qué consecuencias se consideran relevantes. Todas las teorías consecuencialistas contemporáneas son descendientes, sin embargo, del “utilitarismo” de Jeremy Bentham (1789) y John Stuart Mill (1861). Según el utilitarismo clásico, un acto es moralmente correcto, si y sólo si, el mismo produce la mayor felicidad para el mayor número de personas. Por lo tanto, el utilitarismo clásico identifica lo bueno con la felicidad, y considera que las consecuencias relevantes para determinar la corrección moral de un determinado acto son las consecuencias actuales del mismo.

Versiones consecuencialistas contemporáneas sostienen concepciones alternativas de lo bueno (por ejemplo, la satisfacción de deseos, el bienestar, etcétera). Algunas teorías consecuencialistas contemporáneas también se apartan del utilitarismo clásico, en cuanto que niegan que las consecuencias relevantes para determinar la corrección moral de un acto sean las consecuencias actuales del mismo. Según estas teorías, los agentes morales deben actuar con base en las reglas que tienen las mejores consecuencias, en lugar de tratar de maximizar las mejores consecuencias del acto concreto. Algunas versiones consecuencialistas sostienen así lo que se ha llamado un ‘utilitarismo de reglas’ en vez de un ‘utilitarismo de actos’.

A diferencia del consecuencialismo, el deontologismo sostiene que la corrección moral de una acción no depende de sus conse-

cuencias sino, por el contrario, lo que hace que un acto sea correcto moralmente es su conformidad con una norma de carácter moral. Si para los consecuencialistas lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto, para los deontologistas, lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno. Si un acto no es correcto, en el sentido de que no es un acto conforme a las normas de la moral, entonces ese acto no está permitido, independientemente de las buenas consecuencias que éste pueda tener. Al igual que existen dentro del consecuencialismo diferentes teorías morales, el deontologismo no es tampoco una tradición monolítica, sino que abarca una diversidad de teorías. Sin embargo, a pesar de sus diferencias, todas ellas toman como punto de partida la teoría moral de Kant y consideran los deberes impuestos por las normas morales como básicos para la evaluación moral de la conducta.

El consecuencialismo y el deontologismo son los dos modelos fundamentales que se han usado de manera tradicional en el análisis de los problemas propios de la ética jurídica. Pongamos un ejemplo. Consideremos el caso Lake Pleasant Bodies. En julio de 1973, Robert Garrow fue identificado como el hombre que condujo a cuatro personas que estaban en un *camping* a un bosque, los ató a unos árboles y mató a puñaladas a uno de ellos, Philip Dombelowski. Garrow huyó cuando uno de los campistas logró escapar. Garrow era el principal sospechoso de la desaparición de otros jóvenes en la zona del Lago Pleasant. El cuerpo de Daniel Porter, un joven de 21 años, fue encontrado en el área del lago, pero su compañera de acampada, Susan Petz, no fue localizada. La policía creyó que podía estar viva aún. Bajo hipnosis, Garrow confesó a Frank Armani; y Francis Belge, sus abogados defensores, que había asesinado a varias personas en el *camping* del área de ese lago, entre ellas, a Susan Petz, y desveló el lugar donde se encontraban sus restos y los de otra mujer, Alicia Hauck. Armani y Belge fueron al lago y encontraron, en efecto, los cuerpos de ambas. Armani y Belge se encontraron en

la disyuntiva de tener que tomar una decisión, acerca de si debían comunicar a las familias de las víctimas que las dos jóvenes estaban muertas o si, por el contrario, como abogados defensores de Garrow, debían guardar silencio. Finalmente, Armani y Belge decidieron no revelar la información.

Tratemos de aplicar el modelo deontológico y el consecuencialista al dilema de Armani y Belge. Según el consecuencialismo, Armani y Belge deben tomar la decisión que tenga las mejores consecuencias para los afectados, en este caso, las familias de las víctimas y Garrow. El deontologismo instaría a Armani y a Belge a actuar tal y como exigen las normas morales, con independencia de las consecuencias. En el caso que nos ocupa, cabría considerar el deber de aliviar el dolor de las familias de las víctimas y el deber de confidencialidad que un abogado debe a su cliente. El consecuencialismo y el deontologismo, sin duda, destacan algunos de los aspectos más relevantes para la toma de decisiones morales: las consecuencias que éstas tienen para los afectados y la existencia de normas morales que regulan la conducta debida. Sin embargo, este caso es ilustrativo de algunos de los problemas que tienen las aproximaciones consecuencialistas y deontológicas a la ética jurídica. Por un lado, el consecuencialismo resulta de difícil aplicación al caso concreto, ya que es difícil, si no imposible, calcular las consecuencias de los actos, sobre todo si tenemos en cuenta que las mismas pueden proyectarse hacia el futuro. Armani y Belge no pueden saber cuál puede ser el impacto final de desvelar el lugar donde se encuentran los cuerpos de las víctimas en la decisión del jurado, ni en qué medida esta información va a ser decisiva en la determinación de la pena; también es problemático calcular el posible impacto de la decisión en la familia, o hasta qué punto la misma puede afectar la credibilidad de Armani y Belge como abogados, o la confianza social en la profesión en general. Además de que el consecuencialismo es de más difícil aplicación de lo que puede

parecer en un principio, el consecuencialismo presenta otro problema. Esta teoría parece legitimar cualquier acto, por dañino que éste sea, siempre y cuando el mismo tenga buenas consecuencias. Supongamos la siguiente variación en este caso. Imaginemos que Garrow no es el hombre con historial violento que era en realidad, sino un científico prestigioso, investigador principal de un grupo de investigación que está a punto de descubrir la curación del SIDA, y con ello de salvar la vida de miles de personas. Garrow, en la sesión de hipnosis, revela que no estaba solo cuando cometió los crímenes sino que estaba con uno de sus asistentes de laboratorio, de nombre Smith, quien no participó en los crímenes. Incluso sin contar con la información relativa al paradero de las víctimas, las pruebas contra Garrow son sólidas y es altamente probable que Garrow sea condenado por los asesinatos (como, de hecho, ocurrió, a pesar de que los abogados guardaron silencio). La única forma, imaginemos, de evitar que Garrow pase el resto de sus días en prisión es culpar a Smith. Parece que, en este caso, los abogados de Garrow estarían justificados moralmente, en aras de maximizar las mejores consecuencias para el mejor número, en hacer todo lo posible para que sea Smith, un inocente, quien sufra la pena de prisión.

El paradigma deontologista también enfrenta serios problemas. Al igual que el consecuencialismo, el deontologismo no parece ofrecer una guía suficiente a los profesionales cuando éstos tienen que decidir casos difíciles, en los que hay conflictos entre deberes o derechos. Armani y Belge tienen, por un lado, la obligación moral de aliviar el dolor de las familias, y, por el otro, la obligación impuesta por la moralidad de rol de respetar el deber de confidencialidad. En casos de conflicto, como éste, el deontologista tiene dificultad para ofrecer una guía o un procedimiento de decisión adecuado. Por otra parte, según el deontologista, la corrección moral depende del cumplimiento de normas pero, a veces, tal cumplimiento puede tener consecuencias trágicas. Los abogados en el caso del lago

Pleasant tomaron seriamente el juramento de proteger la confidencialidad de sus clientes, cuando aceptaron ser miembros del colegio profesional de abogados, y las normas de ética profesional que requieren el deber de confidencialidad, y decidieron, por ello, guardar silencio. Supongamos, sin embargo, que Garrow, en la sesión de hipnosis, no sólo revela el lugar donde se hallan las víctimas sino también que tiene planeado hacer otra ‘visita’ al *camping* el próximo domingo y terminar con la vida de algunos campistas. Parece que, en este caso, el deontologista tendría que aceptar que lo moralmente correcto es permitir la matanza, antes que violar la obligación de confidencialidad.

Desde luego, consecuencialistas y deontologistas de todas las estirpes han modificado y refinado sus teorías a la luz de problemas como los que acabamos de ver. Sin embargo, entre otros problemas, el punto débil del deontologismo continúa siendo su tendencia a concebir las normas morales como normas absolutas y a minimizar el papel que juegan las consecuencias en la valoración de la acción, incluso en casos donde las mismas son trágicas. El punto débil del consecuencialismo es que, en principio, permite —más bien, requiere— que se maximicen las mejores consecuencias, aunque esto suponga la violación de derechos básicos. Ambas aproximaciones resultan además de difícil aplicación a los casos concretos que tienen que resolver los agentes morales, y, en particular, los profesionales del derecho, ya que no tienen la capacidad para guiar la acción en casos en los que existen conflictos serios de derechos o en los que el cálculo de consecuencias es altamente complejo. Por ello creo que merece la pena explorar una alternativa a estos modelos tradicionales de ética jurídica, a saber, la llamada ‘ética de la virtud’.

III. ÉTICA DE LA VIRTUD Y ÉTICA JURÍDICA

La ética de la virtud es actualmente una de las principales teorías normativas en ética, junto con el deontologismo y el consecuencialismo.⁷ La ética de la virtud tiene sus orígenes en la Grecia clásica, en Platón, y, sobre todo, en Aristóteles, y fue la teoría moral dominante hasta la Ilustración. Sin embargo, durante los siglos XIX y XX, la ética de la virtud fue progresivamente sustituida por el consecuencialismo y el deontologismo. En las últimas décadas, ha habido, sin embargo, una revitalización de la ética de las virtudes y un creciente interés en la función que cumplen las virtudes en la teoría moral.

La ética de la virtud considera las virtudes, en lugar de los deberes y las reglas (como el deontologismo) o las consecuencias de las acciones (como el consecuencialismo) como el concepto fundamental en teoría moral. A diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, la ética de la virtud se centra en el agente, y no en el acto; en el carácter, y no en la conducta. El deontologismo y el consecuencialismo son teorías morales que tratan de responder a la pregunta de qué debe uno hacer. A diferencia de estas teorías, la ética de la virtud está principalmente orientada a resolver la pregunta de qué tipo de persona debe uno ser. Dentro de la teoría de la virtud hay posiciones muy diferentes. Entre las principales aproximaciones a la teoría de la virtud destacan las contribuciones de Elisabeth Anscombe —cuyo artículo “La filosofía moral moderna” se considera el fundador de la ética de la virtud moderna—, Philippa Foot, Iris Murdoch, Bernard Williams, John

⁷ Para una introducción a la ética de la virtud, véase Rachels (2007), capítulo XIII así como Rosalind Hursthouse, “Virtue Ethics”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta, ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-virtue/>>.

McDowell, Martha Nussbaum, Alasdair MacIntyre y Michael Slote.⁸ A pesar de las diferencias, la mayoría de estos autores toman como punto de partida la teoría de la virtud de Aristóteles.⁹

Según Aristóteles, las virtudes son excelencias de carácter, es decir, disposiciones para elegir lo que es bueno y noble. Las virtudes son términos medios situados entre dos vicios: uno es el exceso y otro es el defecto. Por ejemplo, para Aristóteles, la valentía es el término medio entre la temeridad y la cobardía, y la generosidad es el término medio entre la avaricia y el despilfarro. Aristóteles diferenció entre dos clases de virtudes: las virtudes morales y las virtudes intelectuales. Ejemplos de las primeras son la justicia o la magnanimidad; la sabiduría práctica y teórica, de las segundas. Para Aristóteles, las virtudes son componentes fundamentales de la vida buena, una vida conforme a las virtudes es necesaria para tener una vida humana bien lograda.

A partir de la teoría de la virtud de Aristóteles, los filósofos contemporáneos han desarrollado la ética de la virtud en diferentes direcciones. En los últimos años, ha habido un creciente interés en las posibles contribuciones de la ética de la virtud a la ética aplicada y, en particular, a la ética profesional.¹⁰ El principal problema que plantea la aplicación de la ética de la virtud a la ética profesional es el de determinar cómo se deben entender las virtudes en el contexto de un rol. ¿Qué rasgos de carácter son virtudes en un médico, en un abogado, o en un periodista? ¿Son los mismos rasgos de carácter que consideramos virtudes fuera del contexto de la práctica

⁸ Véase, entre otros trabajos, Foot (1994), Anscombe (1958), Murdoch (2001), Williams (1985), McDowell (2003), Nussbaum (1988), MacIntyre (1982) y Slote (2001). Una excelente recopilación de artículos es Crisp y Slote (1997).

⁹ La teoría de la virtud de Aristóteles está expuesta en la *Ética nicomaquea*, especialmente en los libros I al V.

¹⁰ Véase, Oakley y Cocking (2001), para un aplicación de la ética de la virtud a la ética profesional. Acerca de la ética de la virtud y la ética aplicada, véase Walter e Ivanhoe (2007).

profesional? ¿Tiene sentido hablar de virtudes específicas para los distintos roles profesionales?

Se pueden diferenciar las siguientes posiciones respecto a cómo se deben entender las virtudes en el contexto de un rol profesional. Según algunos autores, rasgos de carácter que son neutrales moralmente o que son, incluso, considerados vicios fuera del contexto de un rol, pueden ser virtudes en el contexto de una determinada profesión.¹¹ Las virtudes profesionales son aquellos rasgos de carácter que ayudan a los distintos profesionales a alcanzar los objetivos y fines de la profesión. Es posible, por lo tanto, que rasgos de carácter moralmente neutros o incluso viciosos sean virtudes en el campo profesional. Por ejemplo, la capacidad para el engaño o la manipulación puede ser una virtud en un abogado, o la falta de empatía o la rudeza podrían ser virtudes para un empresario. Según esta posición, hay una discontinuidad básica entre las virtudes morales generales y las virtudes de los profesionales, como dos conjuntos de virtudes independientes e incluso opuestas. En caso de conflicto, los profesionales deben comportarse de acuerdo con los requisitos de su rol, aunque esto suponga actuar en contra de los mandatos de la moral.¹²

Frente a esta tesis ‘divisionista’, se encuentra la posición según la cual los profesionales para llevar a cabo su función necesitan no sólo las virtudes morales tradicionales sino, además, un conjunto de virtudes específicas de la profesión. En esta versión débil, las virtudes profesionales imponen exigencias que se suman a las exigencias impuestas por la moral general. Rasgos que son neutrales fuera del contexto del rol pueden ser virtudes en el ámbito

¹¹ Ésta es la posición defendida por Oakley y Cocking (2001).

¹² Oakley y Cocking conceden, sin embargo, que hay ocasiones en las que los mandatos de la moralidad general deben ser respetados, aunque esto suponga actuar en contra de la moralidad de rol. Los casos excepcionales en los que debe imperar la moralidad general son, según Oakley y Cocking, aquéllos en los que seguir los mandatos de la moralidad de rol conlleva lesionar el valor fundamental de la profesión, por ejemplo, la justicia, en el caso de la abogacía.

profesional —pero no es posible que rasgos que son generalmente considerados como vicios, sean virtudes en el contexto de un rol—. El valor de estas virtudes distintivas del rol radica en que son medios para la realización de los fines específicos de la profesión, por ejemplo, la justicia, en el caso de la abogacía, o la salud, en el caso de la medicina. En esta visión ‘aditiva’ de la moralidad de rol, no hay conflicto entre ser un ‘buen profesional’ y ser una ‘buena persona’.¹³ En este punto se diferencia de manera importante de la concepción fuerte de la moralidad de rol. Sin embargo, ambas posturas sostienen que existen una serie de virtudes, distintas de las virtudes morales generales, que son específicas de los distintos roles profesionales.

A diferencia de las tesis anteriores, otros autores niegan que la moralidad esté ‘fragmentada’, es decir, rechazan la concepción según la cual el catálogo de virtudes morales varía según el rol profesional que uno ocupe. Por el contrario, estos autores sostienen que existe una ‘continuidad’ fundamental entre la moralidad general y la moralidad de rol. Según esta postura, existe una relación de especificación entre las virtudes morales generales y las virtudes profesionales, es decir, las virtudes profesionales ‘especifican’ qué significa ‘ser bueno’ (*i.e.*, virtuoso) en un determinado contexto profesional, sin esta especificación, las virtudes morales son demasiado generales para poder guiar la acción. Christine Swanton diferencia entre “virtudes prototípicas” y “virtudes profesionales”.¹⁴ Las primeras son virtudes que tienen un alto grado de generalidad y que deben, por ello, ser especificadas con relación al contexto, entre otros aspectos, al contexto profesional. Esta especificación tiene como resultado una serie de virtudes profesionales que explicitan, de manera más detallada, qué es lo que requiere la moralidad general

¹³ Ésta es, por ejemplo, la postura defendida por Radden (2007).

¹⁴ Véase Swanton (2007).

en el contexto de un rol. La determinación de las virtudes profesionales está, sin embargo, constreñida por las virtudes prototípicas, es decir, las virtudes prototípicas ponen límites a la persecución de los objetivos profesionales. En esta concepción, no existe conflicto entre las demandas de la moralidad de rol y las demandas de la moralidad general, ya que las virtudes profesionales y las virtudes morales generales (*i.e.* las virtudes prototípicas) están integradas.

Esta última postura nos lleva a una visión integrada de la ética, según la cual “la ética es única y es última”,¹⁵ pero, al mismo tiempo, reconoce las peculiares demandas morales que son características de los roles profesionales. Esta concepción de la moralidad de rol puede ser, me parece, muy útil para diseñar una ética de las virtudes apropiada para los profesionales del derecho, tanto abogados como procuradores o jueces. En lo que sigue, me ocuparé de la figura del juez, con el objetivo de ilustrar cómo la ética jurídica podría entenderse con base en una ética de las virtudes.¹⁶

IV. VIRTUDES JUDICIALES

¿Cuáles son los rasgos de carácter que debe poseer un buen juez? ¿Cuáles son las virtudes que necesita un buen juez para desempeñar su trabajo de un modo excelente? Según la propuesta ‘especificacionista’ defendida anteriormente, las virtudes judiciales no son un catálogo distinto de las virtudes morales generales, sino que son un conjunto de rasgos de carácter orientados a la mejor realización de los objetivos de la profesión que guarda una relación de ‘especificación’ con respecto a las virtudes morales generales.

¹⁵ Como dice Atienza (2001a, p. 152).

¹⁶ Acerca de cómo una ética para los abogados puede conceptualizarse a partir de la ética de la virtud, véase Saguil (2006) y Milde (2002). En relación con la relevancia de la ética de la virtud para la ética profesional de los procuradores, véase, Cassidy (2006).

Las virtudes judiciales especifican los estándares de conducta moral en el contexto del rol de un juez.

¿Cuáles son estas virtudes? Si las virtudes profesionales son aquellos rasgos de carácter que ayudan a realizar los fines de la profesión, qué rasgos de carácter se consideren virtudes judiciales dependerá de la concepción que se tenga de la función judicial. Aquéllos que defiendan una concepción formalista de la función judicial le darán gran importancia a los rasgos de carácter que facilitan la aplicación impersonal del derecho. Por el contrario, para los que defienden una concepción más activa de la función judicial, el juez debe tener aquellas virtudes que son necesarias para lograr, a través del derecho, la realización de ciertos objetivos sociales. A pesar de las diferencias, creo que es posible proporcionar un catálogo de virtudes judiciales que dé cuenta de los rasgos de carácter deseables en un juez, en el entendido de que distintas concepciones de la función judicial darán más importancia a algunas de estas virtudes que a otras.¹⁷ Son cinco, me parece, las virtudes fundamentales que debe poseer un buen juez: imparcialidad, sobriedad, valentía, sabiduría y justicia.¹⁸

Antes de entrar a analizar en detalle cada una de estas virtudes es importante destacar que las mismas tienen una doble dimensión: moral e intelectual. Las virtudes morales son rasgos de carácter tales como la honestidad, la magnanimidad, la valentía, la templanza, la humildad, la fortaleza, etc. Las virtudes intelectuales o epistémicas son rasgos de carácter, análogos a las virtudes morales, que nos ayudan a formar creencias justificadas y verdaderas y a evitar el error.

¹⁷ Acerca de la posibilidad de identificar una serie de rasgos de carácter deseables en los jueces a pesar de que existan distintos modelos de juez, véase Atienza (2001a), capítulo 6.

¹⁸ Para una concepción diferente de las virtudes judiciales, véase Saldaña (2007). Una discusión muy interesante de algunas de las virtudes judiciales puede encontrarse en Chapman y Galston (1992).

Hay diversas concepciones acerca de cuáles son las virtudes intelectuales fundamentales. Por ejemplo, Cooper divide las virtudes intelectuales en cinco tipos: las virtudes del abogado que hace la mejor defensa de una determinada tesis; las virtudes judiciales, que son necesarias para evaluar de manera desinteresada e imparcial las pruebas en su conjunto, las virtudes del educador, es decir, las virtudes relativas a la transmisión y comunicación del conocimiento, y las virtudes generales, como la integridad intelectual.¹⁹ Según Robert y Woods, las virtudes intelectuales fundamentales son el amor al conocimiento, la firmeza, la valentía, la humildad intelectual, la autonomía y la generosidad.²⁰ Para Zagzebski, algunos ejemplos básicos de virtudes intelectuales serían la habilidad de reconocer circunstancias relevantes, la apertura de mente, la equidad, la humildad intelectual, la perseverancia, la adaptabilidad y la capacidad de reconocer las autoridades confiables en un determinado campo.²¹ Montmarquet divide las virtudes intelectuales en tres categorías: las virtudes de la imparcialidad, las de la sobriedad intelectual y las de la valentía intelectual.²²

La distinción aristotélica entre virtudes intelectuales y virtudes morales, con algunas excepciones, ha sido comúnmente aceptada en la historia de la filosofía occidental y se ha asumido como básica en la filosofía contemporánea. Sin embargo, hay algunas razones para negar que exista una distinción fundamental entre las virtudes de carácter moral y las virtudes de carácter intelectual.²³ En primer lugar, la distinción entre virtudes intelectuales y virtudes morales se basa en que las primeras tienen que ver con los estados cognitivos,

¹⁹ Cooper (1994).

²⁰ Robert y Woods (2007).

²¹ Zagzebski (1996).

²² Montmarquet (1993).

²³ Acerca de las relaciones entre las virtudes morales y las intelectuales, véase Zagzebski (1996, pp. 137-165).

mientras que las segundas se ocupan de regular los estados emocionales. Sin embargo, la emoción y la cognición están interrelacionadas: por un lado, la emoción es un componente fundamental de las virtudes intelectuales y, por otro lado, las virtudes morales tienen también un aspecto perceptual y cognitivo. Otra razón que se da para distinguir las virtudes morales y las intelectuales es que ambas se adquieren de manera diferente: mientras que las intelectuales se pueden enseñar, las virtudes morales son hábitos adquiridos por la práctica y el entrenamiento. Sin embargo, parece que el proceso de aprendizaje de las virtudes intelectuales es análogo al de las virtudes morales: en ambos casos, estos procesos involucran la imitación de personas virtuosas y ambos requieren práctica para desarrollar ciertos hábitos emocionales y cognitivos.

Por lo tanto, no parece haber una diferencia esencial entre las virtudes intelectuales o epistémicas y las virtudes morales, ya que ambos tipos de virtudes comparten una naturaleza similar y son adquiridas a través de procesos parecidos. Hay, además, importantes conexiones entre las virtudes morales y las virtudes intelectuales. Existen, por un lado, relaciones de tipo lógico entre las virtudes morales y las intelectuales. Por ejemplo, la virtud moral de la honestidad no requiere simplemente que uno diga lo que a uno le parece que es verdadero, sino que una persona honesta invierte tiempo y esfuerzo en averiguar la verdad y evalúa con cuidado las pruebas a favor y en contra de sus afirmaciones. Por lo tanto, la virtud moral de la honestidad implica lógicamente otras virtudes de carácter intelectual. También existen numerosas conexiones causales entre las virtudes morales y las virtudes intelectuales. Por ejemplo, la envidia o el orgullo pueden inhibir la adquisición de virtudes intelectuales y virtudes morales, como la paciencia, son también causalmente necesarias para la adquisición de virtudes intelectuales. No sólo existen importantes conexiones entre las virtudes morales y las virtudes intelectuales sino que, además, hay virtudes que parecen

aplicarse por igual al ámbito moral y al intelectual. Por ejemplo, la valentía, la humildad o la perseverancia son tanto virtudes morales como virtudes intelectuales. Las virtudes judiciales —con la excepción, quizá, de la virtud de la justicia— tienen esta doble dimensión: moral e intelectual. El buen juez no sólo necesita poseer excelencias de carácter moral —como es generalmente destacado en la literatura— sino también excelencias de carácter intelectual. Veamos ahora en detalle cuáles son las principales virtudes judiciales en su doble vertiente, moral e intelectual.

(I) Imparcialidad. La imparcialidad es, sin duda, una de las virtudes necesarias para el desarrollo adecuado de la función judicial.²⁴ El juez imparcial es aquél que no permite que razones extrañas al derecho influyan en su decisión. El juez imparcial toma sus decisiones con base en los hechos y al derecho, y no favorece a una parte frente a la otra por razones de amistad, parentesco, afinidad ideológica o religiosa. El juez imparcial, desde luego, no deja que intereses económicos corrompan su fallo. Esta virtud está íntimamente ligada a dos instituciones procesales, a saber, la recusación y la abstención, y está ampliamente reconocida en los códigos de ética judicial. En su vertiente intelectual, la virtud de la imparcialidad requiere la posesión de cualidades tales como la apertura a las ideas de otros, la ausencia de prejuicio y la conciencia aguda de la propia falibilidad. Un juez que poseyera estas virtudes tendría la capacidad de escuchar sinceramente a las partes, consideraría seriamente los argumentos a favor y en contra de las tesis defendidas por las partes, y tendría, por último, la disposición para cambiar su propia visión acerca del caso a la luz de los argumentos y las pruebas presentadas por las partes así como por otros jueces, en el caso de tribunales colegiados.

²⁴ Para un análisis de la imparcialidad en el ámbito de la función judicial, véase Aguiló (1997).

(II) La sobriedad. La sobriedad, en el ámbito de la moral, es la virtud de aquel que tiene sus deseos en orden, que no se deja llevar por los impulsos sino que tiene la capacidad de controlar sus deseos y sujetarlos a la razón. En este sentido, la sobriedad es sinónimo de la templanza. La sobriedad o templanza tiene también una dimensión intelectual. Las virtudes de la sobriedad intelectual son las virtudes de aquél que no es impetuoso, es decir, las virtudes del que no se apresura en aceptar una determinada tesis, sino que evalúa con cuidado las pruebas y los argumentos pertinentes antes de decidir. El que posee la virtud de la sobriedad intelectual no escatima esfuerzos en examinar las distintas alternativas y en averiguar cuáles son las posibles consecuencias que se siguen de aceptar una u otra hipótesis. El juez que tiene estas cualidades es por lo tanto un juez que examina cuidadosamente los hechos del caso y el derecho aplicable antes de tomar una decisión, sin dejarse llevar por sus impulsos o por ideas preconcebidas acerca de cuál debe ser la solución al caso.

(III) La valentía. El juez debe tener la fortaleza necesaria para afrontar los peligros que se le puedan presentar en el ejercicio de su función. El juez debe tomar la decisión que corresponda, y ser firme en su resolución, sin temer a las consecuencias que ésta pueda tener en cuanto a su estatus, la aprobación social —sobre todo en casos que involucran problemas en los que la sociedad se encuentra fuertemente dividida, como el aborto o la eutanasia— o su reputación en el gremio. En casos extremos, la función judicial lleva aparejada peligros físicos, como amenazas, violencia, o incluso la muerte, que, por desgracia, requieren del juez una fortaleza excepcional. La valentía intelectual es también sumamente importante para la judicatura. Las virtudes de la valentía intelectual incluyen, de manera fundamental, la capacidad de concebir alternativas, incluso aunque pongan en cuestión nuestras creencias más profundas, el valor de presentar y defender las posturas propias aunque sean minoritarias,

y la fortaleza necesaria para enfrentar la crítica. El juez que posee las virtudes de la valentía intelectual tiene la capacidad de cuestionar soluciones aceptadas tradicionalmente, incluso aunque esto lo lleve a reconsiderar su propia concepción acerca del derecho y la justicia; al mismo tiempo, es un juez que tiene la valentía necesaria para defender las interpretaciones de los hechos y del derecho que considere mejor fundadas a pesar de que sepa que va a tener que enfrentar una fuerte oposición. Por lo tanto, el juez valiente es aquél que es a la vez intelectualmente autónomo y humilde.

(IV) La sabiduría. Sin duda, el juez virtuoso es el juez “sabio”. Por una parte, el juez necesita obviamente tener un conocimiento amplio del derecho, así como el conocimiento social necesario para llevar a cabo su función. Por otro lado, el juez no necesita solamente sabiduría teórica sino que también, y de manera central, el juez debe poseer la virtud de la “sabiduría práctica” o “prudencia”. La sabiduría práctica es, según Aristóteles, una virtud intelectual, pero que está íntimamente conectada con las virtudes morales. Nadie puede tener, dice Aristóteles, las virtudes morales sin tener sabiduría práctica y aquél que posee sabiduría práctica tiene necesariamente las virtudes morales. La virtud de la sabiduría práctica cumple, según Zagzebski, tres funciones de gran importancia.²⁵ Primero, la sabiduría práctica es necesaria para determinar el justo medio en que consiste la virtud. Por ejemplo, es necesario tener sabiduría práctica para poder determinar cuál es el justo medio, en el caso concreto, entre el prejuicio y el desinterés. Segundo, la sabiduría práctica juega un papel mediador entre las distintas virtudes en los casos en que las demandas de las distintas virtudes se solapan o, incluso, entran en conflicto. Por último, actuar de manera virtuosa no es algo que se pueda capturar en un conjunto de reglas, sino que requiere el ejercicio de la sabiduría práctica para poder aplicar

²⁵ Zagzebski (1996, pp. 211-231).

las demandas morales al caso concreto. No hay un conjunto de reglas que especifiquen cómo el juez debe reconocer los hechos relevantes, los intereses y valores en juego, o cómo pensar soluciones innovadoras a casos difíciles. Por lo tanto, el buen juez necesita, además de las distintas virtudes morales e intelectuales, tener sabiduría práctica.

(V) La justicia. Ninguna virtud resulta tan difícil de conceptualizar como la virtud de la justicia. Sin embargo, la virtud por excelencia de la judicatura es la virtud de la justicia. Como ya señaló Hart, la justicia es la más “jurídica” de las virtudes y una virtud especialmente apropiada para el derecho.²⁶ La virtud de la justicia se puede predicar tanto de las instituciones sociales como de los individuos. Según Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales; para Sócrates, Platón y Aristóteles, por el contrario, la justicia es una virtud de los individuos. Así entendida, sin embargo, su análisis presenta notables complicaciones. Para empezar, a diferencia de otras virtudes, la justicia no se puede explicar como el medio entre dos vicios, ya que a la justicia se opone solamente el vicio de la injusticia. Además, como señala Williams, mientras que las virtudes y los vicios están asociados, según Aristóteles, con motivaciones características (por ejemplo, la virtud de la benevolencia involucra una disposición a tener motivos benevolentes), no hay un único motivo característico de la persona injusta, sino que la injusticia es una disposición a actuar por motivos por los que una persona justa no actuaría (por ejemplo, celos, deseo de venganza, miedo, etcétera.).²⁷ La virtud de la justicia es, por lo tanto, difícil de explicar dentro de las coordenadas clásicas de la teoría de la virtud. Quizá esto explica la

²⁶ Hart (1997, p. 7).

²⁷ Williams (2006, pp. 206-217).

falta de atención que ha recibido entre los teóricos de la virtud.²⁸ Aquí me limitaré a presentar brevemente las características generales que, según Aristóteles, tiene la virtud de la justicia.²⁹

Según Aristóteles, la justicia es una disposición que tiene dos campos de aplicación: el distributivo y el rectificador. La justicia distributiva es la relativa a la distribución del honor, la riqueza, etcétera, entre aquéllos que forman parte de una comunidad política. La justicia rectificadora se ocupa de restaurar la igualdad entre personas en aquellos casos en los que una de ellas ha ocasionado un daño a la otra. Ambos tipos de justicia están, según Aristóteles, íntimamente ligados a la idea de igualdad. Mientras que la justicia distributiva es una disposición a hacer distribuciones iguales entre personas iguales (en los aspectos relevantes), la justicia rectificadora es también una forma de igualdad, una disposición a restablecer la igualdad que ha sido destruida por la acción de una de las partes. El juez, por lo tanto, debe tener una disposición a promover la justicia, tanto distributiva como rectificadora, en otras palabras, debe estar dispuesto a promover la igualdad en la distribución y a restablecer la igualdad cuando ésta ha sido perturbada (por ejemplo, porque un bien jurídico, protegido penalmente, ha sido lesionado, o porque una de las partes ha incumplido sus obligaciones civiles, etcétera). El juez, en palabras de Aristóteles, debe ser “el guardián de la justicia, y, si de la justicia, de la igualdad también”.

El juez que posee las virtudes de la imparcialidad, la sobriedad, la valentía, la sabiduría y la justicia, evita los vicios del prejuicio, la precipitación, la cobardía, la ignorancia y la injusticia. Son éstas, me parecen, las principales virtudes que debe tener un juez para poder llevar a cabo su función de manera sobresaliente. Estas virtudes,

²⁸ Hursthouse (1999, p. 5).

²⁹ Aristóteles desarrolla su concepción de la virtud de la justicia en el libro V de la *Ética nicomaquea*.

como he dicho anteriormente, no son exclusivas de la función judicial, aunque son virtudes cuyo ejercicio está, de manera importante, modulado por las peculiares características de la función institucional que desempeñan los jueces. El juez que logra desarrollar estas virtudes podríamos decir que tiene la virtud de la “integridad judicial”. Este juez virtuoso, como defenderé a continuación, es aquél que, por sus cualidades, está bien equipado para dictar sentencias justificadas y realizar así los ideales del Estado de Derecho.

V. VIRTUDES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Es fundamental, en un Estado de Derecho, que las decisiones judiciales estén bien argumentadas. El Estado de Derecho, como se suele decir, es el estado de la razón, donde la fuerza del Estado respalda la fuerza de la razón. Que las decisiones jurídicas estén bien fundadas es, por ello, un requisito indispensable para el efectivo funcionamiento del Estado de Derecho.³⁰ Cabe preguntarse qué relevancia tiene la virtud judicial en un Estado de Derecho. Que la virtud judicial sea algo que es deseable que tengan los miembros de la judicatura es, seguramente, una afirmación incontrovertible. Sin embargo, me parece que la relevancia de la virtud judicial va mucho más allá de ser simplemente una característica deseable. La posesión de las virtudes judiciales es fundamental, como defenderé en un momento, para la justificación de las decisiones jurídicas y, por ello, un pilar esencial del Estado de Derecho.³¹ Si esto es así, entonces, parece que existen conexiones importantes entre, por

³⁰ Para un análisis de las relaciones entre argumentación y Estado de Derecho, véase, Atienza (1997).

³¹ Modak-Truran ha argumentado que las virtudes son necesarias para la argumentación judicial, destacando la importancia de la virtud de la sabiduría práctica para lograr soluciones justas a los casos que se les presentan (2000). La necesidad de la virtud judicial para motivar correctamente las sentencias ha sido también defendida por Malem (2001).

un lado, la ética jurídica y, por otro, la teoría de la argumentación jurídica. Lejos de ser, por lo tanto, disciplinas independientes, la ética jurídica tiene una singular relevancia para la teoría de la argumentación jurídica. Desempaquemos estas afirmaciones.

¿Qué función cumple la virtud judicial en una teoría de la argumentación jurídica? La virtud puede cumplir tres funciones distintas en una teoría de la argumentación jurídica. Primero, la virtud judicial puede cumplir un papel “auxiliar”: las virtudes judiciales ayudan al que las posee a alcanzar decisiones justificadas. Según esta postura, la virtud judicial no es un componente de la justificación jurídica, sino una herramienta al servicio de los jueces para que éstos dicten sentencias bien fundamentadas. La teoría de la argumentación jurídica se ha centrado en analizar los distintos argumentos que se pueden dar a favor (o en contra) de una determinada decisión judicial, pero no ha prestado atención a cuáles son los rasgos de carácter que permiten llevar a cabo buenas argumentaciones. Desde esta perspectiva, la teoría de la virtud es un complemento fundamental a la teoría de la argumentación jurídica.

En segundo lugar, según una concepción más fuerte acerca de las conexiones entre virtud judicial y justificación jurídica, la virtud judicial no cumple meramente un papel auxiliar, ayudando al juzgador a alcanzar decisiones justificadas, sino que cumple un papel “epistémico”, es decir, según esta postura las virtudes judiciales son el mejor criterio para determinar qué decisiones jurídicas están justificadas. El juez virtuoso, en esta aproximación, es una herramienta heurística que nos permite detectar cuál es la decisión justificada en un caso concreto. En otras palabras, cuando los jueces se enfrentan a casos difíciles, una manera de proceder es preguntarse qué es lo que haría un juez que poseyera las virtudes judiciales. Esto no significa que lo que hace que las decisiones estén justificadas es que son decisiones que un juez virtuoso podría tomar, sino que un juez ordinario puede llegar a determinar si una

decisión está justificada en un caso preguntándose qué decisión tomaría un juez virtuoso en esas circunstancias.

Me parece que la teoría de Dworkin se puede interpretar como una teoría de la virtud en este segundo sentido, es decir, como una teoría que atribuye a la virtud un papel epistémico. La teoría de Dworkin es ampliamente conocida, basta aquí con recordar las líneas generales de su propuesta. Dworkin defiende una concepción interpretativa del derecho según la cual el derecho no es una realidad terminada a partir de la cual los jueces deben decidir los casos, sino una empresa inconclusa en la que éstos deben participar de manera análoga a como lo haría un escritor que tuviera que escribir una novela en cadena: cada uno de los escritores en la cadena tiene cierta libertad, pero su contribución tiene que ser coherente con lo que ya se ha realizado. La decisión judicial justificada, conforme a esta concepción del derecho, es aquélla que es coherente con el conjunto de principios que mejor permiten explicar y justificar la práctica jurídica. Para explicar cómo un juez que acepta esta concepción del derecho como interpretación debe proceder en un caso difícil, Dworkin concibe a Hércules, un juez imaginario, de capacidades intelectuales sobrehumanas, gran paciencia e ingenio. Este juez, que podríamos calificar de 'virtuoso', funciona en la teoría de Dworkin como un modelo a seguir por los jueces de carne y hueso. Es importante, sin embargo, destacar que, según Dworkin, la justificación de las decisiones judiciales no reside en que son decisiones que Hércules habría tomado si hubiera tenido que resolver el caso, sino que lo que Dworkin sostiene es que Hércules tomaría tales decisiones porque son las decisiones mejor justificadas.³² En otras palabras, Hércules ilustra cómo un juez debe razonar acerca de los casos que se le presentan, pero su método es un método para conocer las

³² Dworkin (1986, p. 239).

decisiones justificadas (es un método epistémico), no constituye la justificación de las mismas.

A diferencia de Dworkin, uno podría defender una versión aún más fuerte de la teoría de la virtud según la cual la virtud es una condición de la justificación. Ésta es la tercera función que uno podría atribuir a la virtud en la argumentación jurídica. En esta concepción, la virtud tiene un papel “constitutivo” de la justificación jurídica, es decir, la corrección de una decisión jurídica depende de que ésta haya sido una decisión jurídica que un juez virtuoso podría haber tomado. Esto no significa que la justificación de una decisión dependa de la virtud del que la tomó. Es fundamental diferenciar, por lo tanto, entre dos maneras diferentes de otorgar una función constitutiva a la virtud en la teoría de la justificación jurídica. Según una versión “contrafáctica”, lo que determina la corrección de una decisión es que un juez virtuoso podría haber tomado tal decisión. Según una versión “causal”, una decisión es correcta si ha sido tomada por un juez virtuoso.³³ Esta última versión es, me parece, insostenible. Es irrelevante para la justificación de la decisión que —de hecho— el juez que tomó la decisión sea un juez virtuoso.³⁴ Por ejemplo, supongamos que un juez, en un caso penal, condena al acusado. El juez es un juez corrupto, y condenó al acusado a cambio de recibir una cantidad de dinero prometido por la familia de la víctima. Sin embargo, en este caso, las pruebas admitidas al proceso permitían establecer la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Es claro, me parece, que en este caso la decisión del juez está justificada, a pesar de que la misma estuviera motivada por el vicio, y no por la virtud. La versión contrafáctica,

³³ Una versión causal es defendida por Solum (2003).

³⁴ Por supuesto, esto no significa que no sea de la mayor importancia que las decisiones jurídicas sean el resultado de un proceso virtuoso, y no vicioso, lo que se afirma simplemente es que la justificación de la decisión no depende del carácter virtuoso (o vicioso) del mismo.

sin embargo, nos permite dar cuenta de este caso: la decisión está justificada porque un juez virtuoso (un juez que ha tenido la paciencia necesaria para escuchar atentamente a las partes, que se ha esforzado en tomar en consideración todas las pruebas presentadas, que tiene la sabiduría requerida para hacer las necesarias inferencias, etcétera) habría concluido que debía condenar en este caso.

La versión contrafáctica presenta, sin embargo, también algunos problemas. A esta concepción de la justificación jurídica se le podría objetar, en primer lugar, que no da cuenta de la manera en la que se justifican las decisiones judiciales en nuestros sistemas jurídicos. Sin duda, un juez no podría justificar su propia decisión apelando a su virtud. Sin embargo, esta objeción surge de confundir dos sentidos diferentes de justificación. Por un lado, la justificación se refiere al conjunto de razones que apoyan una decisión, por el otro, a la actividad de justificar, es decir, de ofrecer razones. Desde luego, las razones que apoyan una decisión jurídica tienen que exponerse en la sentencia, pero (podría argumentar un defensor de la tesis constitutiva) lo que hace, precisamente, que éstas sean razones es que un juez virtuoso las reconocería como tales. Un segundo problema con esta concepción de la justificación jurídica tiene que ver con el carácter público de las decisiones jurídicas. Un juez virtuoso —dice el objetor— es aquel que tiene una sensibilidad perceptual que le permite “ver” cuál es la decisión correcta, y esta percepción no puede ser comunicada. Por lo tanto, una teoría constitutiva como la que defiende el teórico de la virtud no es compatible con la naturaleza pública de la justificación jurídica. Esta objeción, sin embargo, tampoco parece ser decisiva. Una concepción aretaica de la justificación jurídica, es decir, una concepción de la justificación jurídica basada en virtudes, no tiene por qué asumir que la sensibilidad perceptual del juez virtuoso impide que éste dé razones a favor de su decisión. Por el contrario, el juez virtuoso tiene una sensibilidad especial que, justamente, le permite discernir las

razones relevantes que apoyan una determinada decisión en el caso concreto y, desde luego, expresarlas en su sentencia. Por último, alguien podría objetar que otorgar una función constitutiva a la virtud en una teoría de la argumentación jurídica es incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho, es decir, incluso aunque aceptemos que la virtud es una condición necesaria de la justificación jurídica, no puede ser una condición suficiente: las decisiones jurídicas para estar justificadas deben cumplir con un requisito de legalidad, es decir, deben ser conformes a derecho. Aunque ésta es una objeción seria, tampoco parece que el teórico de la virtud sea incapaz de responder a la misma. Una buena teoría de las virtudes judiciales debe dar cuenta del que es un rasgo fundamental en un buen juez: su compromiso con los fines de la profesión, entre los cuales figura, de modo central, la decisión de controversias conforme a derecho. Como he dicho anteriormente, el juez virtuoso es, por excelencia, el juez íntegro, es decir, aquél que internaliza los fines de la profesión. El respeto al principio de legalidad es, por lo tanto, un corolario de la virtud judicial.

No parece, por lo tanto, que haya objeciones decisivas a la propuesta de definir la justificación jurídica en términos de virtudes. En todo caso, con independencia de que uno defienda una versión más débil de la teoría de la virtud —y otorgue una función “auxiliar” o epistémica a la virtud judicial— el punto central que quisiera destacar es que la virtud judicial es un componente importante en una teoría de la argumentación jurídica. La virtud judicial puede entenderse como una herramienta para tomar decisiones bien justificadas, es decir, la virtud tiene un papel auxiliar; como un criterio de justificación de las decisiones judiciales, *i.e.*, la virtud tiene un papel epistémico; o como un factor determinante de la corrección de las decisiones judiciales, *i.e.*, la virtud tiene un papel constitutivo. En cualquiera de estas tres versiones, la virtud judicial tiene una relevancia fundamental en la justificación de

las sentencias judiciales. Por lo tanto, las virtudes judiciales no parecen ser meramente un conjunto de hábitos que es deseable que posean los jueces, sino que es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto de jueces virtuosos, de jueces que tienen los rasgos de carácter necesarios para dictar sus sentencias con base en las razones del derecho. La necesidad de la virtud judicial en un Estado de Derecho es más acuciante en dos tipos de casos: los casos difíciles y los casos trágicos, que paso a analizar a continuación.

VI. EL JUEZ VIRTUOSO Y LOS CASOS DIFÍCILES

La necesidad de la virtud judicial para una buena administración de la justicia en un Estado de Derecho se manifiesta de manera evidente en los casos difíciles. La distinción entre casos fáciles y casos difíciles es una distinción común en teoría del derecho.³⁵ En los casos fáciles, las decisiones jurídicas se justifican apelando al llamado “silogismo judicial”, es decir, mostrando que la decisión es la aplicación de una norma jurídica general (la premisa mayor del silogismo) a los hechos del caso particular (la premisa menor del silogismo). En los casos difíciles, sin embargo, para que la decisión jurídica esté justificada, no es suficiente mostrar que la decisión es una aplicación de una norma a un caso concreto. En estos casos, hay problemas relativos bien a la premisa normativa, bien a la premisa fáctica y es necesario realizar una justificación de segundo orden, como la llama MacCormick, es decir, es necesario justificar las premisas de las que parte el silogismo judicial.³⁶ Los problemas que dan lugar a casos difíciles son de distintos tipos. MacCormick diferencia entre los problemas

³⁵ Para una clara exposición de esta distinción, véase MacCormick (1994).

³⁶ MacCormick distingue entre los casos en los que la justificación de las decisiones judiciales es exclusivamente deductiva y aquellos casos en los que es necesario acudir a una justificación de segundo orden en MacCormick (1994).

de interpretación y relevancia, en relación con la premisa mayor, y los problemas de prueba y calificación, en relación a la premisa menor. Los problemas de interpretación surgen cuando hay términos ambiguos o conceptos vagos en la formulación de la norma aplicable que requieren ser interpretados. Los problemas de relevancia se enfrentan en aquellas ocasiones en que es controvertido si existe o no una norma aplicable al caso. Los problemas de prueba se plantean en casos en los que hay dificultades para determinar cuáles fueron los hechos. Por último, los problemas de calificación surgen cuando, una vez determinados los hechos, es discutible la calificación jurídica de los mismos. En todos estos casos, es necesario justificar por qué se acepta una determinada interpretación de los hechos y del derecho, es decir, es necesario dar razones que apoyen la selección de las premisas fáctica y normativa de las cuales se deriva la decisión judicial. Esta labor argumentativa requiere 'virtud' por parte de los decisores judiciales: requiere la sensibilidad para detectar las razones relevantes en el caso concreto que favorecen una determinada interpretación de los hechos y el derecho.

No sólo necesita el juez las virtudes judiciales para apreciar las circunstancias del caso concreto y cómo resolverlo conforme a derecho, en los casos en los que hay problemas de interpretación, relevancia, prueba o calificación, sino que también es necesaria la virtud para percibir que el caso es, en realidad, un caso difícil, es decir, para darse cuenta de que aunque a primera vista pueda parecer que el caso cae claramente dentro de la aplicación de una determinada norma jurídica, tal aplicación es, sin embargo, problemática. Hay situaciones en las que, por ejemplo, no parece correcto aplicar la norma jurídica que es, en principio, aplicable al caso, a la luz de las consecuencias normativas que ésta tiene en el caso concreto. En estos casos, el juez virtuoso se preguntará si existe alguna interpretación de la norma o de los hechos que nos permita evitar tales consecuencias. La sensibilidad moral del juez virtuoso es necesaria

en estos casos para apercibirse de la dificultad de aplicar lisa y llanamente el derecho así como para buscar soluciones alternativas al caso conforme a derecho que no tengan consecuencias indeseables. MacCormick ilustra con el siguiente ejemplo la necesidad de que los jueces posean la “sabiduría” del rey Salomón para poder detectar cuándo un caso, aunque aparentemente fácil, en cuanto que cae claramente bajo el ámbito de aplicación de una norma, es no obstante un caso difícil.³⁷

Supongamos que en un sistema jurídico existe una norma según la cual los niños deben estar bajo la custodia de su madre natural. En casos de duda acerca de quién es la madre natural, la ley determina que se debe practicar un test de ADN. En este sistema, por lo tanto, tenemos una norma clara y un test para juzgar los hechos que regulan los casos de custodia infantil. Imaginemos que un juez se encuentra en la tesitura de tener que decidir los casos siguientes:

- I) El caso del intercambio de niños. En un hospital dos madres dan a luz a dos bebés, éstos se confunden de manera accidental, y durante cinco años cada una de las madres cría como propio al bebé de la otra. La verdad ha salido a la luz al practicar unas pruebas genéticas rutinarias en una de las familias.
- II) El caso de la madre deficiente. Una madre natural es adicta a las drogas y completamente incapaz de darle a su hijo los cuidados necesarios así como un hogar seguro y estable.
- III) El caso del hijo no deseado. Una madre queda embarazada sin querer y no tiene ningún deseo de asumir sus responsabilidades como madre en una sociedad en la que hay parejas sin hijos que están deseando adoptar un niño, y que tienen las condiciones para darle al niño un hogar al menos tan bueno

³⁷ Este ejemplo está discutido en MacCormick (2005).

como el que le podría dar la madre natural, si fuera forzada a asumir su responsabilidad.

- IV) La madre de alquiler. Una madre natural acepta tener un hijo con el marido de una mujer con la condición de recibir una suma de dinero durante el embarazo y una cantidad final después del parto, cuando el niño se entregue al padre biológico y a la mujer de éste en adopción.

En estos casos, el juez virtuoso tiene la capacidad de detectar que, aunque son casos que caen bajo el ámbito de aplicación de la norma jurídica según la cual los hijos deben estar bajo la custodia de su madre natural, son casos que, sin embargo, no son instancias del supuesto de hecho contemplado por la ley, si ésta es interpretada de manera razonable. En otras palabras, en estos casos el juez virtuoso no daría sin más el hijo en custodia a la madre natural, sino que trataría estos casos como casos difíciles. Por ejemplo, en el caso de la madre deficiente, determinaría que, a la luz de los objetivos de la ley “proteger el bienestar del bebé” la regla aplicable cubre sólo aquellas situaciones en las que la madre es una madre competente. O, en el caso de la madre que no desea ocuparse de su hijo, autorizaría la adopción del bebé por una madre adoptiva que tuviera la capacidad de ofrecer al mismo los cuidados y el cariño necesarios. El caso de la madre de alquiler, aunque podría no parecer un caso difícil, porque hay consentimiento de las partes; no obstante, plantea problemas relativos a la conveniencia de adoptar una política pública que permita tales acuerdos. Por último, el caso del intercambio accidental de bebés es, sin duda, un caso difícil que exige del juez la sabiduría del rey Salomón. En este caso, se sabe quiénes son las madres naturales de los niños, y ninguna de ellas esta incapacitada para llevar a cabo sus funciones de madre, por lo tanto, parece que es un caso claro en el que la regla es aplicable. Sin embargo, es posible que el juez quiera escuchar el testimonio de los expertos con relación a cuáles

son las consecuencias previsibles asociadas a sacar a un niño de un entorno familiar feliz y trasladarlo con una pareja extraña con la que sólo tiene un vínculo genético; por otra parte, el juez seguramente también tendría que considerar las opiniones de los psicólogos respecto a cómo las relaciones familiares se pueden alterar una vez que se sabe que están basadas en un error.

Como estos casos ponen de manifiesto, las virtudes judiciales son necesarias para saber discriminar entre casos fáciles y casos difíciles. También es necesaria, por supuesto, para poder resolver con éxito los casos que se consideran difíciles. Por último, quisiera ahora considerar un tipo de casos en los que la posesión de las virtudes judiciales parece indispensable, a saber, los casos en los que los jueces deben enfrentarse con dilemas morales.

VII. EL JUEZ VIRTUOSO Y LOS DILEMAS EN EL DERECHO

En el ejercicio de su profesión, los jueces enfrentan en ocasiones casos que involucran lo que se ha venido llamando “dilemas morales”. Los dilemas morales son aquellas situaciones en las que un sujeto está obligado a hacer dos acciones pero en las cuales hacer ambas acciones no es posible y, por ello, cualquiera que sea la decisión que se tome, el sujeto habrá violado una obligación. Los dilemas morales son, por lo tanto, un tipo de conflicto moral: lo que hace de ellos una clase especial dentro de los conflictos morales es que en los casos disyuntivos (I) no existen criterios, escalas, o procedimientos para poder resolver el conflicto; y (II) las decisiones en estos casos conllevan la pérdida de algo que se considera fundamental, son, por ello, casos “trágicos”.³⁸ Un ejemplo de dilema moral ampliamente discutido en la literatura es el de la decisión de Sofía.³⁹ Sofía es

³⁸ Acerca de los dilemas morales y el Derecho, véase Lariguet (2007) y Moreso, ed. (2008).

³⁹ En la novela, *Sophie's Choice*, de W. Styron.

una judía polaca recluida en un campo de concentración nazi con sus dos hijos. Un guardián del campo le dice que puede salvar a uno de sus hijos, pero que el otro tiene que morir. Sofía tiene que elegir a qué hijo salvar, si no lo hace, los dos morirán. En este caso, verdaderamente trágico, no existen obviamente criterios morales que permitan tomar una decisión: Sofía está obligada a salvar a ambos hijos, pero dado que, si no elige, los dos morirán, también tiene una obligación moral de elegir a uno de ellos. Desgraciadamente, no puede satisfacer ambas obligaciones, y tampoco hay, obviamente, un criterio que permita establecer una jerarquía entre las obligaciones.

Por fortuna, las decisiones que enfrentan los jueces en el ejercicio de su profesión no son tan dramáticas, en la mayoría de los casos, como la decisión de Sofía. No obstante, los jueces deben decidir en ocasiones casos que involucran dilemas morales. Estos dilemas pueden ser de distintos tipos. En primer lugar, los jueces pueden enfrentar dilemas entre obligaciones propias de su rol y obligaciones morales generales: por ejemplo, cuando un juez debe aplicar una ley que es manifiestamente injusta. En segundo lugar, a veces, el sistema jurídico remite al ámbito moral; puede ocurrir que en éste se plantee una situación de dilema, en cuyo caso el juez, para decidir el caso, debe enfrentar un dilema moral.⁴⁰ Por último, los jueces deben decidir ‘conflictos constitucionales’, en los que pretensiones distintas e incompatibles están igualmente amparadas por derechos, bienes, etcétera, constitucionales. Por ejemplo, un dilema de este tipo surgiría en casos en los que entran en conflicto el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, como cuando la publicación de una noticia en un medio de comunicación afecta de manera importante la intimidad de una persona. En estos casos, los jueces, para resolver los casos, tienen que enfrentar dilemas morales,

⁴⁰ Estos son los casos discutidos por Zorrilla (2008).

algunos de los cuales, por la relevancia de los intereses en juego, pueden calificarse de 'trágicos'.⁴¹ En estos casos, los jueces necesitan tener un carácter virtuoso para poder dirimir de la mejor manera posible estos conflictos de valores, derechos u otros, para los cuales no existe un criterio claro de resolución y en los que, se tome la decisión que se tome, se sacrifica algún valor importante.

¿Cómo enfrenta un agente moral virtuoso un dilema moral? En primer lugar, el agente virtuoso tiene la capacidad de reconocer que se está enfrentando a un dilema moral, es decir, el agente virtuoso reconoce que hay razones morales a favor de una y de otra decisión y que no puede, sin embargo, realizar ambas. En segundo lugar, el agente virtuoso tratará de encontrar una salida entre los cuernos del dilema, esforzándose por encontrar una solución que evite incumplir sus obligaciones morales. En tercer lugar, supongamos que un dilema moral entre hacer A o B, no puede, pese a los esfuerzos, evitarse, y que el agente moral virtuoso decide que A es la mejor solución. En estos casos, el agente virtuoso considerará cuidadosamente distintos medios para hacer A, con el objetivo de elegir aquél que sea menos pernicioso. Por último, dado que poseer una virtud implica no sólo actuar bien sino también tener la respuesta emocional correcta, el agente virtuoso que enfrenta un dilema no se sentirá orgulloso de lo que ha hecho, obviando el hecho de que, puesto que estamos frente a un dilema, el resultado no puede ser, de ningún modo, moralmente bueno sino que, por el contrario, tendrá las emociones apropiadas (pesadumbre, desasosiego...) a la realización de una acción de esa naturaleza.⁴²

⁴¹ Para una discusión de los problemas relativos a los dilemas que surgen en el contexto de los conflictos entre Derechos protegidos constitucionalmente, véase Zucca (2008).

⁴² Para la descripción del proceso mediante el cual un agente virtuoso enfrenta un dilema moral y su aplicación al ámbito del Derecho, en concreto, al caso de la abogacía, véase Hursthouse (2008).

Veamos con un ejemplo cómo un juez virtuoso se enfrentaría a un caso de conflicto de derechos que involucra un dilema moral, el caso de las siamesas Jodie y Mary, que tuvo que decidir la Corte inglesa de Apelaciones en el año 2001.⁴³ La vida de una de las gemelas, Mary, dependía de la otra; si no se practicaba una operación para separarlas, las dos morirán; si se separaban, Jodie tenía posibilidades de vivir, pero Mary moriría. Los padres, por razones religiosas, rehusaron autorizar la operación. La Corte decidió que la operación debía ser practicada. Un juez virtuoso, frente a un caso trágico como éste no aplicaría lisa y llanamente las normas jurídicas pertinentes, sino que sería consciente de la dimensión trágica del problema. Por supuesto, tomaría todas las precauciones debidas para asegurarse de que no existe una solución al problema que no conlleve la muerte de una de las gemelas. Una vez persuadido de que no existe más solución que, o bien dejar que mueran las dos, o bien salvar a una de ellas, a sabiendas de que esto implica la muerte de la otra, tratará por todos los medios de que la decisión sea la mejor posible. Por ejemplo, se esforzará en dictar una sentencia que tome en consideración los derechos de los afectados, así como la magnitud de las consecuencias, y que sienta un precedente que no tenga efectos indeseables —por ejemplo, que no abra las puertas a interpretaciones que minimicen la importancia del derecho a la vida—. En este caso, de hecho, los jueces en su sentencia se aseguraron de fijar claramente el sentido de su sentencia:

Para evitar que esta decisión pueda ser considerada autoritativa para proposiciones más amplias, como que un médico, una vez que ha determinado que un paciente es terminal, pueda matar al paciente, es importante insistir en las circunstancias únicas para las que este caso sienta precedente. Las circuns-

⁴³ (2001) Fam. 147, (2000) 4 All ER 961.

tancias son las siguientes: debe ser imposible preservar la vida de X sin causar la muerte de Y, ya que Y, por su propia existencia, inevitablemente causará la muerte de X en un plazo breve; X tiene la capacidad de llevar una vida independiente pero Y es incapaz bajo cualquier circunstancia (incluyendo todas las formas de intervención médica) de tener una vida viable independiente. Como he señalado al principio de esta sentencia, el caso es muy peculiar.⁴⁴

El juez virtuoso, por último, tendrá una respuesta emocional apropiada a las circunstancias del caso, lo que excluye, tomar el caso a la ligera, despreocuparse por cómo va a ser interpretado en casos futuros, o congratularse de su decisión. La resolución de casos como éste dejan “un residuo moral” en el agente virtuoso, como se puede observar del lenguaje usado en la sentencia, sobre todo, en el énfasis del juez en la singularidad de las circunstancias del caso.

En resumen, pese a la gravedad de las circunstancias, el juez virtuoso procede de forma admirable. En este sentido, los jueces que poseen las virtudes judiciales son ‘ejemplares’, modelos a imitar. El carácter ejemplar de los jueces virtuosos tiene algunas consecuencias interesantes para la enseñanza del derecho y, en concreto, de la ética judicial, que paso a examinar en la próxima (y última) sección.

VIII. LAS VIRTUDES Y LOS LÍMITES DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL

En los últimos años, se han promulgado una serie de códigos de ética judicial en varios países latinoamericanos. Fundamental, entre

⁴⁴ Citado en MacCormick (2005, p. 90).

otros documentos, es el Código Iberoamericano de Ética Judicial, del 2006 y, en el contexto mexicano, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, del 2004.⁴⁵ Estos documentos son de vital importancia para el buen funcionamiento del poder judicial por varias razones. Primero, estos códigos facilitan la reflexión de los jueces acerca de su propia práctica profesional, a la luz de los principios y valores recogidos en dichos códigos. En segundo lugar, los códigos contribuyen de manera fundamental a explicitar el consenso existente entre los miembros del poder judicial acerca de cuáles son las pautas de conducta profesional deseables. Además, y en tercer lugar, los códigos de ética profesional promueven la crítica justificada de las opciones tomadas por los miembros de la judicatura así como la revisión de los principios y valores recogidos en los mismos, a la luz de nuevos casos.⁴⁶

Los códigos de ética profesional son, sin duda, herramientas muy útiles para configurar un poder judicial que esté a la altura de las exigencias morales que deben cumplir los jueces para llevar a cabo su función institucional. Sin embargo, estos códigos tienen también una capacidad limitada. Como cualquier otro código, sin duda, influyen en la conducta de sus destinatarios pero, por sí mismos, no pueden modificar de manera substancial la misma. Es por ello que, me parece, la promulgación de códigos de ética judicial debe ir acompañada de una revisión de los programas de formación de jueces, con el objetivo de que estos programas faciliten el desarrollo de las virtudes judiciales, indispensables para desempeñar su cargo.

Un programa de ética judicial, como parte fundamental de un programa de formación de jueces, debe, sin duda, familiarizar a los jueces con los principios recogidos en los códigos de ética judicial.

⁴⁵ Para una discusión de estos documentos, véase Saldaña (2007). Para un estudio comparado de los códigos de ética judicial, véase Roos y Woischnik (2005).

⁴⁶ Algunas de las ventajas de los códigos de ética judicial han sido resaltadas por Atienza (2001b). Véase también Johnson (2000).

Pero además, de manera central, es necesario que dichos programas estén orientados a inculcar los rasgos de carácter que debe poseer un buen juez. Si las virtudes se adquieren, como ya dijo Aristóteles, a través de la imitación y del hábito, entonces parece que una parte central de una educación orientada al desarrollo de las virtudes judiciales debe consistir en el estudio de casos decididos por jueces ejemplares.⁴⁷ El estudio del razonamiento de estos jueces, de cómo evaluaron las pruebas y de qué razones adujeron a favor de sus decisiones es fundamental para el desarrollo de las virtudes judiciales. Un buen programa para formación de jueces debe incluir, por lo tanto, la enseñanza de las reglas y principios considerados como fundamentales para la buena práctica profesional, así como el análisis de casos (reales e hipotéticos) que sirvan para ilustrar cómo un juez virtuoso aplicaría estas normas al caso concreto.⁴⁸ Tales programas son, creo, indispensables para lograr tener una judicatura virtuosa y, si los argumentos expuestos en este artículo son correctos, para la realización de los ideales del Estado de Derecho.

⁴⁷ En este sentido resulta muy útil no sólo el estudio de sentencias sino también el análisis de figuras ejemplares en el mundo de la judicatura. Por ejemplo, en el contexto estadounidense, véase, Schwartz (1980).

⁴⁸ La relevancia del estudio de casos para la ética judicial ha sido también destacada por Atienza (2003).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, P. (1997), “Independencia e imparcialidad de los jueces”, *Isonomía* 6.
- Alexander, L. y M. Moore “Deontological Ethics”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-deontological/>>
- Anscombe, E. (1958), “Modern Moral Philosophy”, *Philosophy* 33. Reproducido en Crisp y Slote, eds. (1997).
- Appelbaum, A. (1999), *Ethics for Adversaries: The Morality of Roles and Professional Life*, Princeton, Princeton University Press.
- Atienza, M. (1997), “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV.
- (2001a), *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara.
- (2001b), “Ética judicial”, *Jueces para la democracia*, 40.
- (2003), “Ética judicial: ¿por qué un código deontológico para jueces?” *Jueces para la democracia*, 46.
- Beauchamp, T. (2005). “The Nature of Applied Ethics”, Frey y Wellman, eds.
- Brady, M. y D. Pritchard, eds. (2003), *Moral and Epistemic Virtues*, Blackwell, Malden.
- Brems, E., ed. (2008), Conflicts between Rights, *Intersentia*, Antwerp.
- Cassidy, M. (2006), “Character and Context: What Virtue Theory can Teach us about a Prosecutor’s Ethical Duty to Seek Justice”, *University of Notre Dame Law Review* 82.
- Chapman, J. y Galston, W., eds. (1992), “Virtue”, *Nomos* XXXIV.
- Cooper, N. (1994), “The Intellectual Virtues”, *Philosophy* 69.
- Crisp, R. y Slote, M., eds. (1997). *Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford.
- Darwall, S. (2005), “Theories of Ethics”, Frey y Wellman, eds.
- Dworkin, R. (1986), *Law’s Empire*, Fontana Press, London.

- Farrell, M. (2003), “La ética de la función judicial”, Malem, Orozco y Vázquez, eds.
- Foot, P. (1994), *Las virtudes y los vicios y otros ensayos de filosofía moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F.
- Frey, R. y Wellman, C., *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell, Malden.
- Hart, H. L. A. (1997), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- Hursthouse, R. (1999), *On Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford.
- (2008), “Two Ways of Doing the Right Thing”, Solum y Farrelly, eds.
- “Virtue Ethics”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-virtue/>>.
- Johnson, V. (2000), “The Virtues and Vices of Legal Ethics”, *Notre Dame Journal of Legal Ethics and Public Policy* 14.
- Lariguet, G. (2007), “El desafío de Billy Budd. Dilemas morales y dimensión institucional del derecho”, *Crítica* 9 (116).
- Luban, D. (2005), “Professional Ethics”, Frey y Wellman eds.
- MacCormick, N. (1994), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford.
- MacIntyre, A. (1982), *Tras la virtud*, Alianza, Madrid.
- Malem, J. (2001), “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa* 24.
- Malem, J., Orozco, J., y Vázquez, R., eds. (2003), *La función judicial*, Gedisa, Barcelona.
- McDowell, J. (2003), *Mente y mundo, Sígueme*, Salamanca.
- Milde, M. (2002), “Legal Ethics: Why Aristotle Might be Helpful”, *Journal of Social Philosophy* 2002.
- Modak-Truran, M. (2000), “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law and the Humanities* 12.

- Montmarquet, J. (1993), *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Rowman and Littlefield, Lanham.
- Moreso, ed. (2008), "Dilemas morales y derecho", *Discusiones* 8.
- Murdoch, I. (2001), *La soberanía del bien*, Madrid, Caparrós, 2001.
- Nussbaum, M. (1988), "Non-Relative Virtues", *Midwest Studies in Philosophy* XIII.
- Oakley, J. y Cocking, D. (2001), *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Rachels, J. (2007), *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- Radden, J. (2007), "Virtue Ethics as Professional Ethics: The Case of Psychiatry", Walker e Ivanhoe, eds.
- Rhode, D. L. y Luban, D. (2004), *Legal Ethics*, 4th. ed., Foundation Press, New York.
- Robert, R. C. y Woods, W. J. (2007), *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, Clarendon Press, Oxford.
- Roos, S. y Woischnik, J. (2005), *Códigos de Ética Judicial*, Konrad-Adenauer, Montevideo.
- Saguil, P. (2006), "A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-based Moral Philosophy", *Windsor Review of Legal and Social Issues* 22.
- Saldaña, J. (2007), *Ética judicial. Virtudes del Juzgador*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F.
- Schwartz, B. (1980), *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Civitas, Madrid.
- Singer, P. (1993). *Ética práctica*, Cambridge University Press, Madrid.
- Sinnott-Armstrong, W., "Consequentialism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta ed., <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/consequentialism/>>.
- Slote, M. (2001), *From Morals to Motives*, Oxford University Press, Oxford.
- Solum, L. y Farrelly, C. eds., (2008), *Virtue Jurisprudence*, Palgrave-MacMillan, New York.

- Solum, L. (2003), "Virtue-Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", Brady y Pritchard, eds.
- Swanton, C. (2007), "Virtue Ethics, Role Ethics, and Business Ethics" Walker e Ivanhoe, eds.
- Walter, R. e Ivanhoe, P., eds. (2007), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Moral Problemas*, Clarendon Press, Oxford.
- Williams, B. (1997), *La ética y los límites de la filosofía*, Monte Ávila editores, Caracas.
- (2006), *The Sense of the Past: Essays in the History of Philosophy*, Princeton, Princeton University Press.
- Zagzebski, L. (1996), *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Zorrilla, D. (2008), "Dilemas morales y derecho", *Discusiones* 8.
- Zucca, L. (2008), "Conflicts of Fundamental Legal Rights as Constitutional Dilemmas", Brems, ed.

Virtudes judiciales y argumentación

es el cuaderno núm. 6 de la serie

Temas selectos de Derecho Electoral.

Se imprimió en septiembre de 2009
en los Talleres de Offset Santiago S.A. de C.V.
Río San Joaquín 436, Col. Ampliación Granada,
C.P. 11520, México, D.F.

Su tiraje fue de 1,000 ejemplares