

D. DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y ÉTICA JUDICIAL

1. Definición de deontología

Ahora bien, la rehabilitación del argumento moral en la labor del juzgador a la que nos hemos referido en renglones precedentes, se inscribe en una explicación mucho más general, aquella que advierte cuáles son los comportamientos éticos que ha de poner en práctica el juez a la hora de resolver un asunto. De esto se ha encargado desde siempre la ética o moral, y en un sentido más específico la deontología jurídica, particularmente la deontología del juzgador. Conviene entonces establecer el sentido y alcance de esta disciplina y su relación con otras materias.

La expresión Deontología, en inglés *Deontology*, la emplea por vez primera Jeremy Bentham con un sentido profundamente utilitarista propio del filósofo inglés. En realidad, la expresión deontología es utilizada como reacción contra la ética tradicional aristotélico-tomista. Mientras ésta se encuentra radicada en el "ser" del hombre, la propuesta deontológica se encuentra radicada en el "deber ser".³⁶ Por más que Bentham trató de ofrecer un argumento moral "objetivo" basado en el criterio de utilidad, lo que estaba señalando era la imposibilidad de establecer de modo racional los fines, valores o bienes, morales o jurídicos que se pudieran alcanzar. Así, asume Bentham, y con él todos los seguidores del deontologismo, una posición escéptica respecto a la posibilidad de conocer "objetivamente" principios ético-normativos, remarcando la idea de "deber" como criterio identificatorio de la deontología. Con el tiempo esta locución se ha venido precisando hasta entenderse por tal expresión, aquella disciplina normativa referida a los deberes morales de cualquier profesionalista.³⁷

Una definición de deontología menos arraigada en la idea del "deber" propuesta por Bentham es la ofrecida por H. Mauro Marsich el cual señala que deontología es: "(...) el conjunto de reglas, vinculadas al ejercicio profesional, y principios que rigen determinadas conductas del profesional".³⁸ Aquí, no sólo se

³⁶ Cfr. BENTHAM, J., *Chrestomathia*, en *The collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1993. Algunos autores han señalado que el hecho de que Bentham haya introducido esta palabra tenía como fin "(...) sustituir la de moral, término que rechazaba por sus connotaciones, ya que acercaba la mente al concepto de un Legislador Supremo y a aspectos trascendentes a la razón". LÓPEZ GUZMAN J., APARISI MIRALLES, A., "Aproximación al concepto de deontología (I)" en *Persona y Derecho*, 30, Pamplona, 1994, p. 168.

³⁷ Cfr. VÁZQUEZ GUERRERO, F., D., *Ética, deontología y abogados...*, op. cit., pp. 14 y 26.

³⁸ MARSICH, M., H., *Manual de deontología jurídica*, Xaveriana, Guadalajara, 1998, p. 18.

reconocen las reglas en las que se contienen generalmente los deberes, sino desde una posición más amplia, incluye también los principios morales que deben tomarse en cuenta en el ejercicio profesional.

Otra conceptualización amplia de deontología es la propuesta por Rafael Gómez Pérez, quien ha definido a esta disciplina como aquel "(...) conjunto de normas, tanto morales como jurídicas, consuetudinarias o escritas, que regulan el ejercicio de una tarea profesional".³⁹

También desde una perspectiva general, Andrés Ollero ha definido a la deontología como "la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia".⁴⁰

Las diferentes formas de conceptualizar la deontología confirman que el objeto principal de la misma es la calificación del trabajo profesional (no sólo técnico) en sus aspectos de bueno y malo. De este modo, "(...) la deontología nos planteará exigencias éticas –vinculadas con lo 'profesionalmente correcto' o con una 'buena praxis'–, decisivas para mantener la mutua confianza que exige implícitamente el ejercicio de una profesión".⁴¹

Así, la deontología jurídica supone la posesión de una serie de conocimientos que redundan, en un primer momento, en la persona que los posee, y en un segundo instante en la colectividad a la que sirve. La doctrina suele afirmar que las normas deontológicas, sean éstas escritas o consuetudinarias, vinculan al profesionista con al menos tres entidades: i) con la persona o institución que los contrata, confiando en su capacidad técnica y ética; ii) con el gremio de profesionistas que esperan de él una actuación diligente, y sobre todo moral para el prestigio de la misma profesión; y, iii) con la sociedad que mantiene la esperanza de que su desempeño profesional contribuya al bien común social.⁴²

De lo anterior se pueden establecer algunos comentarios importantes. En primer lugar, las normas o principios deontológicos muestran con especial claridad la necesaria vinculación entre el derecho y la moral. Al respecto, López Guzmán y Aparisi Millares se preguntan si ¿todas las normas deontológicas mantienen

³⁹ GOMEZ PÉREZ, R., "Introducción", en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología I*, Ucam-Aedo, op. cit., p. 47.

⁴⁰ OLLERO, A., "Deontología jurídica y derechos humanos", en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología I, ...*, op. cit., p. 55.

⁴¹ *Ibid.*, p. 61.

⁴² Cfr. MARSICH, M., H., "Ética profesional y deontología jurídica: nociones y principios", en *La abogacía práctica profesional, enseñanza y deontología*, F. M., Carrasco Fernández (comp.) O. G. S., Puebla, 2000, p. 121.

un carácter estricta y exclusivamente moral? A lo cual responden que si bien la mayor parte de las normas deontológicas mantienen esa estrecha vinculación, habrá otras que no la mantengan. De modo que pueden existir normas deontológicas que en su contenido adopten características de otro tipo de ordenamientos, por ejemplo, las de los usos sociales, o incluso hasta de carácter religioso.⁴³

Sobre este último punto habrá que dejar perfectamente establecido que las normas deontológicas no tienen porqué identificarse con las normas o principios de carácter religioso. Ésta ha sido siempre una preocupación especial entre quienes se han dedicado a la deontología jurídica, llegando a reconocer que las normas de carácter deontológico deben estar alejadas de cualquier dogmatismo religioso, para que puedan ser aceptadas por quienes profesan religiones diversas, o incluso por quienes no profesan alguna religión. Esto no obsta para reconocer que en algunos supuestos coincidirán normas o principios deontológicos y preceptos religiosos. Pero esta conexión no es necesaria.

2. Normas deontológicas, ¿objetivas o consensuales?

Una pregunta que aparece como necesaria en este contexto sería la siguiente: ¿qué tipo de ética o moral es la que le da sustento a las normas deontológicas?⁴⁴ Para responder a esta interrogante existen diferentes y hasta contradictorias posturas éticas, sin embargo, me parece que la respuesta correcta podría venir al menos de dos direcciones: o aceptamos que las normas de carácter deontológico, al menos las más esenciales y generales, encuentran su fundamento en una ética objetiva, no sujeta a criterios consensuales, producto de un procedimiento deliberativo; o habrá que reconocer que las referidas normas provienen de una ética consensual o discursiva, aceptando con esto la posibilidad de que algunas de ellas puedan ser sujetas de la persuasión y de la negociación. En mi opinión, comportamientos éticos como los de "justicia", "independencia", "imparcialidad", u "objetividad", sólo pueden estar basados en criterios que no dependan de la convención humana, y, en consecuencia, sólo pueden estar fundamentados en una ética objetiva, la que sin duda podría ser objeto después de un consenso racional, pero nunca puramente voluntarista. Es aquí donde sólo es posible considerar el fundamento de tales directrices éticas y de los comportamientos éticos que generan.

⁴³ Cfr. LÓPEZ GUZMAN J., APARISI MIRALLES, A., "Aproximación al concepto de deontología (I)", *Persona y Derecho...*, op. cit., p. 170.

⁴⁴ El lector ya habrá notado que en este trabajo utilizo las expresiones de ética y moral como sinónimos. Esto es verdad y no se oculta, aunque somos conscientes de las diferencias que sobre todo el mundo moderno ha establecido para distinguirlas, y los esfuerzos de la filosofía del lenguaje por diferenciar los diversos niveles del discurso ético, entre meta-ética, ética normativa y ética sociológica. Para un resumen de dichas diferencias cfr. NINO, C. S., *Introducción al estudio del derecho*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1996, pp. 353-355. Cfr. para una diferencia entre ética y moral, VÁZQUEZ GUERRERO, F., D., *Ética, deontología y abogados...*, op. cit., pp. 22-27.

La posición anterior ha sido defendida por buena parte de los teóricos que se han dedicado durante mucho tiempo a estudiar y explicar la deontología jurídica. Así, por ejemplo, el profesor Rafael Gómez Pérez ha ofrecido una respuesta contundente al problema de la objetividad o consensualidad de las normas deontológicas: "cualquier persona —dice el profesor español— es siempre sensible a la falta de moralidad cuando ella ha sido la víctima. Por eso es que se exigen pautas mínimas que obligan a aceptar la famosa regla conocida y aceptada por pueblos de todas las épocas y culturas: 'No hagas a otro lo que no quisieras que te hiciesen a ti'".⁴⁵ De este modo, la moral o ética no dependen del sentir o pacto compartido, sino de un criterio objetivo del 'ser'. "En este momento la ética se encuentra —como ocurre siempre— con la metafísica; pero con la metafísica realista, con la metafísica del ser."⁴⁶

Reconocer que las normas deontológicas provienen sólo de una ética subjetiva propia de los procesos inscritos en el consenso, conduciría a aceptar el relativismo cultural e histórico como razón última de dichas normas. Es decir, no tendríamos ningún argumento para oponernos a que reglas como la "independencia" o la "imparcialidad" del juzgador dejen de ser observadas por éste en su labor profesional. De modo que "los conceptos de bueno y malo, fundamentales para una valoración de los actos humanos, quedarían sujetos a la opinión fluctuante del grupo social donde se aplican".⁴⁷ Por esta razón, en la ética judicial no tiene cabida el relativismo moral, porque entendido éste en cualquiera de sus sentidos, apuesta por una irracionalidad del juicio moral que lo lleva a descalificar cualquier modelo ético, incluyendo, por supuesto, el judicial. Autores incluso provenientes de una posición no cognitivista de la ética como Manuel Atienza, han rechazado tal relativismo cuando con éste se pretende descalificar la ética judicial. Dice el profesor español:

(...) También este punto de vista sobre la moral [se refiere al relativismo -JSS-] es equivocado, a pesar de su popularidad. El relativismo moral en sentido fuerte (...) es una concepción inconsistente e infrecuente en la práctica. En el caso de un juez supondría, por ejemplo, que no puede justificar sus decisiones: si la justificación jurídica tiene siempre un aspecto moral y la moral no es racional, entonces tampoco la justificación jurídica (judicial) podrá serlo.⁴⁸

⁴⁵ GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología jurídica...*, op. cit., p. 12.

⁴⁶ *Ibidem*. Este tipo de realismo encuentra sus más importantes representantes en Aristóteles y Tomás de Aquino. Una visión general de este realismo en el terreno deontológico puede verse en GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología jurídica...*, op. cit. pp. 17-77. Para una explicación de lo que actúa como fuente de la obligación moral puede verse: MILLAN-PUELLES, A., *Ética y realismo*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 1999, pp. 13-42, y SALDAÑA, J., "Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho", en *Revista del Instituto Nacional de Administración Pública*, 105, México, 2000, pp. 3-18.

⁴⁷ VÁZQUEZ GUERRERO, F. D., *Ética, deontología y abogados...*, op. cit., p. 25.

⁴⁸ ATIENZA, M., *Cuestiones judiciales...*, op. cit., p. 154.

CAPÍTULO II

Modelos éticos de la función judicial

A. DIFERENTES MODELOS ETICOS PROPUESTOS PARA LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Quando de ética judicial se trata, se suele hacer mención de distintos modelos éticos. Algunos de ellos no son sino el nuevo rostro con el que se presentan viejos paradigmas éticos y otros son sólo ejemplos de tipos más generales, específicamente trasladados a la función judicial. Este es el caso de los tres principales arquetipos éticos propuestos para el ejercicio judicial. Estos son: el consecuencialismo, el deontologismo, y el radicado en las virtudes, también llamado del carácter del agente moral.⁴⁹

1. Consecuencialismo

En primer lugar, el consecuencialismo puede ser explicado diciendo en resumen que es una forma de utilitarismo. Aunque en los tiempos recientes y ante el desprestigio de este modelo ético, incluso en los países

⁴⁹ Cfr. FARRELL, D. M., "La ética de la función judicial", en *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 149-150. Cfr. tb., RIOS ESPINOSA, C., "Tres versiones de la ética judicial", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 16, México, 2003, pp. 117-125. Una reflexión más general de lo que la ética judicial debe ser en DURÁN, E., "Para una fundamentación de la ética judicial", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 12, México, 2002, pp. 101-120.

anglosajones, muchas de las propuestas del utilitarismo se presentan hoy como consecuencialistas.⁵⁰ El profesor argentino Martín Diego Farrell ha señalado que “el consecuencialismo es una teoría ética que sostiene la prioridad de lo bueno sobre lo correcto”.⁵¹ Aquí, “lo correcto no sólo está subordinado a lo bueno, sino que en el consecuencialismo ni siquiera se define de manera independiente de lo bueno. Para un utilitarista, lo correcto consiste entonces en maximizar la felicidad”.⁵² Desde esta posición, “cualquier conducta que maximice lo bueno es correcta”.⁵³ En el consecuencialismo, igual que en el utilitarismo, no se establecen límites a la maximización de lo bueno: “si usted demuestra que la conducta X produce el estado de cosas A, y que ese es el estado de cosas posible en el cual haya más felicidad, entonces la conducta X es la conducta correcta”.⁵⁴ En resumen, para un consecuencialista una acción o la corrección de la misma depende de sus consecuencias totales.

La historia del utilitarismo en su sentido más riguroso la ofreció Jeremy Bentham;⁵⁵ él, siendo un reformador de la ciencia jurídica de su tiempo (1748-1832),⁵⁶ propuso el principio de mayor felicidad como regla suprema de la acción humana, confrontando con esto la propuesta de una moral tradicional que establecía la capacidad de la razón humana para orientar las acciones de la conducta con base en la consecución del bien, no precisamente con base en la consecución irrestricta de la mayor felicidad. De este modo, el utilitarismo de Bentham se caracterizó por el cálculo de la acción humana en la búsqueda de la mayor felicidad posible, no sólo para el agente moral, sino igualmente para un ámbito más amplio de personas, es decir, para la mayoría de ellas.

Según este modelo ético, la acción que conduzca a las mejores consecuencias posibles, en definitiva, que alcance el mayor grado de felicidad, será la acción correcta. En la expresión más vulgar el utilitarismo o consecuencialismo se identifica con el postulado que dice que “el fin justifica los medios”, como Farrell lo ha establecido.

⁵⁰ Cfr. SINGER, P., *Practical ethics*, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1980. El trabajo de Singer puede ser el mejor ejemplo de una propuesta esencialmente utilitarista presentada como consecuencialista.

⁵¹ FARRELL, D. M., “La ética de la función judicial”, en *La función judicial...*, *op. cit.*, p. 150.

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ Un análisis pormenorizado del desarrollo histórico, características y variantes del utilitarismo puede verse GUIZÁN, E., “Utilitarismo”, en *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 269-295.

⁵⁶ Una visión crítica de la propuesta científica del derecho de J. Bentham en CRUZ, L. M., *Derecho y experiencia, Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Eunsa, Pamplona, 2002, *passim*.

La tesis anterior es claramente antagónica con la moral tradicional que suele identificarse con la visión aristotélico-tomista del razonamiento práctico, conocido igualmente como realismo metafísico, la cual nunca podría aceptar dicho postulado. Para este tipo de moral tradicional por supuesto que el "fin no justifica los medios", es decir, no cualquier medio puede ser legítimo para conseguir los fines o objetivos propuestos. Un ejemplo claro de la contraposición entre ambas posturas éticas lo ofrece Rodríguez Duplá. Es el argumento de Caifás quien entregó a Jesús bajo el principio de que "es bueno que muera un hombre antes que perezca todo el pueblo". Este argumento es claramente consecuencialista-utilitarista. Desde esta posición es consecuente quien apruebe dicha sentencia, pero desde una ética tradicional nunca se aceptaría dicho postulado como válido. Para ésta última, no hay ninguna razón suficiente para privar de la vida a un inocente, por buenas o útiles que resulten las consecuencias de la acción. En la ética tradicional existen acciones intrínsecamente malas que no pueden estar sujetas al cálculo más o menos provechoso o benéfico del agente moral o social.⁵⁷

a) Observaciones críticas al consecuencialismo

Han existido a lo largo de la historia diferentes críticas al utilitarismo que se pueden hacer extensivas al propio consecuencialismo, aquí sólo enunciaré algunas.⁵⁸

En primer lugar, el utilitarismo primigenio identificó la mayor felicidad con el hedonismo, es decir, se era feliz mientras se alcanzase el mayor placer posible, o se evitase el mayor dolor. En definitiva, el criterio racional a través del cual se orientaba la acción humana serían las consecuencias placenteras que se obtuviesen. Sin embargo, esto planteaba algunas inconsistencias. La primera es que seguramente existirán acciones que no puedan ser calculadas con base en la intensidad, duración, certeza, proximidad, etcétera, como lo pensaba Bentham. De lo contrario, cómo se podrían explicar las acciones altruistas, o aquellas otras cuya realización representa perjuicios o desgracias personales. Pieper ejemplifica muy bien lo que quiero decir: "Un hijo promete a su padre que continuará el viejo negocio familiar: A pesar de los grandes sacrificios que el mantenimiento de su promesa supone para él, se siente obligado a cumplirla tras la muerte de su padre".⁵⁹ Tal acción ¿es o no moral? ¿es o no legítima? ¿dónde está la mayor felicidad en sostener un negocio que sólo acarrea menoscabos personales?

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Ética*, B.A.C., Madrid, 2001, p. 116.

⁵⁸ Una serie de críticas que se le pueden formular al utilitarismo en *Ibid.*, pp. 127-131.

⁵⁹ PIEPER, A., *Ética y Moral: una introducción a la filosofía práctica*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 147.

Por otra parte, dichos criterios en la cuantificación del placer o del dolor necesariamente excluyen la referencia a un aspecto cualitativo o sustancial de dicha acción. Si observo bien, lo anterior coloca nuestro actuar en el mismo nivel que el actuar de los seres sensibles del mundo natural no racionales, los cuales, evidentemente, son guiados en sus acciones únicamente por criterios sensitivos, y no por parámetros cualitativos o sustanciales. Ahora bien, si sus seguidores fueran realmente consecuentes con la postura utilitarista, se tendría que aceptar que incluir aspectos cualitativos en la búsqueda de la mayor felicidad haría desaparecer la relación de utilidad-placer que suele identificar al utilitarismo.

Sobre este mismo punto una tercera observación sería que el placer y el dolor no son sólo las únicas experiencias humanas valiosas, o que pueden producir la mayor felicidad posible, existen otro tipo de experiencias cuyo criterio de cuantificación es imposible, piénsese, por ejemplo, en bienes como el conocimiento, la experiencia estética, la búsqueda de las formas bellas, el cariño o afecto por otros seres humanos, el bien de la religión, el juego, etcétera. Todas ellas son experiencias que difícilmente pueden reducirse al mero acto placentero, simplemente porque en esto no existen criterios cuantificables.

Desde una reflexión más general habrá que decir que el concepto de *felicidad* sobre el que descansa el utilitarismo es una idea falsa y peligrosa, sobre todo si tomamos en cuenta la facilidad con que se suele manipular a las personas y a los colectivos humanos utilizando tal concepto. La historia demuestra cómo ha existido una profunda maleabilidad de los seres humanos a través de la cual se ha condicionado a éstos para que puedan aceptar cualquier cosa como el criterio de mayor felicidad para ellos, y aceptar tal situación. Desde aquí la máxima utilitarista (conseguir el máximo de felicidad o el mayor placer posible) puede servir de legitimación para defender cualquier tipo de sociedad, incluso una totalitaria en la que el precio de dicha felicidad sea la propia libertad o vida de los individuos.

En el caso del ámbito judicial, asumir exclusivamente como criterio moral el consecuencialismo siendo éste una especie de utilitarismo es muy delicado. Pensemos en un juez de distrito que concede el amparo a un narcotraficante ante las eventuales consecuencias perniciosas que pueda acarrearle a él o a su familia si se lo negara; o aquel juez que por el beneficio económico que puede acarrearle absolver a un delincuente, sentencia en su favor cuando por todas las pruebas y los autos que constan en el expediente debía condenarlo.

Los ejemplos anteriores pueden ser los casos límite, sin embargo, no por eso son menos reales. Ahora bien, dejando de lado estos ejemplos extremos habrá que decir que existe un aspecto positivo del consecuencialismo en el ámbito judicial. Hay ciertos casos en los que el juez ha de tomar en consideración

las consecuencias de su decisión. Pensemos, por ejemplo, en un juez de lo familiar que por las pruebas y alegatos ofrecidos en el juicio ha de otorgar la patria potestad de un menor a la madre, cuando es públicamente conocido que tal persona tiene fuertes problemas de alcoholismo o drogadicción, o se presume que se involucra en actividades delincuenciales. Aquí el juez ha de "ponderar" los resultados de dicha dación tomando en consideración las consecuencias de la misma, y particularmente respetando la naturaleza y contenido intrínseco de tal acción.⁶⁰

2. Deontologismo

La expresión deontologismo proviene del griego *déon-ontos* que significa *deber*, de modo que deontologismo o deontología no es otra cosa que el tratado o la ciencia de los deberes. El deontologismo, como el consecuencialismo, se propone como una forma de fundamentar la acción moral del agente acudiendo al reconocimiento de un código moral, el cual puede o no estar escrito, aunque generalmente lo está, componiéndose de reglas o normas que contienen una serie de deberes a cumplir. Así, los deberes contenidos en dichas normas son razones suficientes para la acción u omisión de la misma. Las dos principales corrientes deontológicas se suelen ubicar en I. Kant⁶¹ y en David Ross.⁶²

Este modelo ético de la función judicial puede, sin duda, ser considerado menos peligroso que el consecuencialismo. Farrell establece que el deontologismo "sostiene la prioridad de lo correcto sobre lo bueno, y caracteriza a lo correcto de un modo independiente de lo bueno".⁶³ Para un deontologista, sin duda, la felicidad debe ser perseguida, pero reconoce inmediatamente que no cualquier medio es válido para conseguirla: "Por más que la conducta *X* produzca el estado de cosas *A*, y por más que el estado de cosas *A* sea el que contenga la mayor felicidad posible, todavía debo preguntarme si *X* es la conducta correcta, y, si no lo es, entonces no puedo llevar a cabo *A*".⁶⁴ Si convirtiésemos la frase de que el "fin justifica los medios" y la transformáramos en términos deontologistas se diría que el "fin no justifica los medios", o que no cualquier medio puede servir para conseguir el fin deseado.

⁶⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Ética...*, op. cit., pp. 115-116.

⁶¹ En este punto conviene hacer notar que el hecho de que se vincule a Kant con el deontologismo no significa que su concepción filosófica excluya la formación del carácter personal. Existen rigurosos estudios que exponen claramente como en Kant el cumplimiento del deber está en estrecha vinculación con la formación del carácter de la persona Cfr. RIVERA, F., *Virtud y justicia en Kant*, Fontamara, México, 2003, pp. 11-147.

⁶² Para una explicación general de ambas corrientes deontológicas cfr. RODRÍGUEZ DUPLÁ, *Ética...*, op. cit., pp. 124-125.

⁶³ FARRELL, D. M., "La ética de la función judicial", en *La función judicial...*, op. cit., p. 151.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 151.

a) Observaciones críticas al deontologismo

El deontologismo, en mi opinión, plantea algunos problemas que conviene dejar anunciados. Sin duda esta teoría ética es atrayente, pues al menos reconoce que la maximización de la felicidad no puede ser justificada a cualquier precio; sin embargo, me parece que tiene un defecto, éste es, que el cumplimiento del *deber* por el *deber mismo*, por considerar que esto es lo correcto, independientemente de una concepción de lo bueno, deja a tal deber sin contenido, es decir, sin referencia alguna del bien que ha de buscarse y, en definitiva, deja sólo en lo establecido por la norma su compromiso moral.

Para un deontologista su labor moral se agotaría en el solo cumplimiento del deber y ya. Sin embargo, hay un problema ¿qué pasaría con la idoneidad y excelencia personal y moral que se le exige a los jueces, como se observa en la práctica totalidad de los códigos de ética o documentos análogos, y en un sentido más general con las exigencias de la propia ética judicial? En este punto el deontologismo tiene poco que decir. Para sus seguidores, un juez cumpliría su obligación moral no faltando a los deberes impuestos en su legislación, por ejemplo, no violentando las normas sobre responsabilidad, y, en un sentido más general, respetando los derechos de las personas señalados en el sistema jurídico estatal, pero nada más. Se podría decir entonces que se tiene un buen derecho aplicado por jueces cuyo comportamiento moral se reduce a no violentar la ley. ¿Se puede aceptar que el mejor Derecho posible y la aplicación del mismo se alcanza con sólo el cumplimiento del *deber* por el *deber* sin una referencia al bien? Los deontologistas dirían que sí, pero la ética judicial exige ir más allá, reclama máximos; exige que no se cumpla únicamente con lo establecido en una norma, o en la ley, sino que haya un *plus* por el que se aspire a la excelencia, a ser el mejor juez por convencimiento.

Me parece que el deontologismo plantea, en definitiva, una solución parcial en la formación y capacitación de los jueces, porque sin importar la búsqueda del bien humano perfecto, deja sólo en el precepto normativo y en lo que la regla establezca, sus exigencias morales. Sin embargo, un "buen juez" no puede definirse exclusivamente en términos puramente normativos y conformarse con el sólo cumplimiento de ellos. La ética del juez no se satisface sólo con el mínimo cumplimiento del deber exigido externamente, sino con el convencimiento interno de realizar objetivamente el bien.

Establecidas las objeciones generales al consecuencialismo,⁶⁵ y al deontologismo, creo que se debe reconocer lo valioso y positivo que ambos modelos pueden tener. Es verdad que un juez cuando lleva a efecto

⁶⁵ Para un análisis mucho más detallado de las principales objeciones a la propuesta consecuencialista en materias éticas, *cf.* GARCÍA HUIDOBRO, J., *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México, 2004, pp. 145-157.

su labor pondera las consecuencias de la decisión que va a tomar. Del mismo modo, es cierto que dicho juez ha de mantener siempre su referencia a los deberes establecidos en la ley que lo obligan a tomarla en cuenta. Pero no es menos cierto que el mejor Derecho posible y la aplicación del mismo sólo puede conseguirse con la indicación al juez de cultivarse en una serie de principios morales o virtudes judiciales que lo hagan ser el juez más excelente posible, un juez que pudiéramos calificar de modelo para el resto de los jueces.

3. *Ética de la virtud o del carácter*

La ética, que Farrell llama del carácter, y que yo prefiero denominar de la virtud, aunque esto es sólo cuestión de nombres, "no pretende proporcionarnos un catálogo de deberes sino concentrarse en lograr el mejor carácter moral para el agente".⁶⁶ Según él, en esta ética "(...) un individuo no es bueno por hacer cosas buenas, sino que ciertas cosas son buenas porque las hace ese individuo, que posee un carácter virtuoso".⁶⁷ Según el profesor argentino, este modelo ético no sirve para la función que realiza el juzgador.

Descartar la ética de la virtud tal como este profesor propone, sólo sería admisible si nos conformáramos con una explicación tan simple como la que ofrece el profesor argentino,⁶⁸ pero un análisis más profundo de la misma nos deja ver claramente que la referida ética de las virtudes tiene mucho más que decir en relación a la selección y formación de los jueces, y a la función sustantiva del juzgador, que lo que Farrell cree.

La ética en la que se insistirá en este trabajo es aquella que no sólo fija unos límites éticos que cualquier juez no puede rebasar, sino que aspira a presentar al mejor juez posible, el más idóneo. Proponiéndose en consecuencia "la máxima perfección moral alcanzable en el ejercicio de una profesión jurídica".⁶⁹ En el caso particular, la judicial.

⁶⁶ FARRELL, D. M., "La ética de la función judicial", en *La función judicial...*, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Cfr. ibid.*, pp. 149-150. En realidad, la referencia a la filosofía platónica que el profesor argentino propone para descalificar esta ética merece matizaciones y precisiones. Tanto el ejemplo de Platón que recoge del *Eutifrón* acerca de que hay cosas buenas no porque las quieran los dioses, sino que las quieren los dioses porque son buenas, así como el de que una sentencia es justa no porque la dicte un juez virtuoso, sino que éste es virtuoso porque dicta sentencias justas, vienen a confirmar que hay cosas buenas en sí mismas consideradas. Ahora bien, esto no significa que haya una independencia radical en la realización de éstas (p. ej. la sentencia justa) y la disposición de ánimo del sujeto que las lleva a efecto. La tradición aristotélico-tomista reconoce la necesaria correspondencia entre ambas.

⁶⁹ OLLERO, A., "Deontología jurídica y derechos humanos", en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre...*, *op. cit.*, p. 55.

B. VIRTUDES HUMANAS Y VIDA PRIVADA DE LOS JUECES

En mi opinión, el mejor modelo ético propuesto para el juez en su desarrollo profesional con miras a alcanzar la excelencia judicial es el del carácter o de las virtudes, haciendo hincapié en lo que ya se ha señalado, es decir, en que los modelos éticos antes descritos no pueden ser vistos en forma disyuntiva, sino que a la hora de determinar lo justo de cada cual, el juez ha de llevar una labor de integración prudencial. Sin duda, un juez debe considerar en su investigación y fallo las consecuencias de sus resoluciones, igual que ha de cumplir con los deberes establecidos en las normas, pero si es verdad que los juzgadores cuentan con un mayor margen de discrecionalidad ofrecido por la jurisprudencia, entonces quien estará mejor capacitado para emplearla será aquel juez que esté habituado a ejercitarse en ciertos principios morales o virtudes judiciales.

Este es el tenor en el que han de ser leídas las disposiciones de los diferentes códigos de ética o documentos análogos relativos a la ética judicial, los cuales muestran con toda claridad que las exigencias de excelencia requeridas a los jueces sólo pueden alcanzarse a través de la consecución de una serie de principios éticos y virtudes morales, los cuales no sólo se quedan en el ámbito de su función pública, sino incluso alcanzan aspectos de su vida privada.

La doctrina piensa igualmente que el modelo ético de las virtudes judiciales es un patrón que debe ser propuesto en la labor judicial, y que podría servir como criterio de orientación a la hora de seleccionar y promocionar a los miembros del Poder Judicial de cualquier Estado democrático. De este modo, autores provenientes de la Teoría y Filosofía del Derecho se han venido interesando desde hace ya algún tiempo en este tipo de cuestiones. Así, por ejemplo, H. L. A. Hart, ha reconocido una serie de virtudes judiciales características que son especialmente importantes en la actividad judicial. Estas virtudes son, imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas. Pero también exige la consideración de los intereses de todos los afectados, y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Finalmente, les exige llevar a efecto una labor de ponderación, y de balance que son "característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto".⁷⁰

Las exigencias de ciertas características personales señaladas anteriormente, suelen alcanzar ámbitos que tienen que ver con la misma vida privada de los jueces, al considerarse que ésta puede llegar a afectar su desempeño profesional. Así, por ejemplo, en un interesante trabajo del profesor Jorge F. Mañen Seña,

⁷⁰ HART, H. L. A., *The concept of law*, trad. cast. G. R., Carrió, *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 253.

titulado *La vida privada de los jueces*,⁷¹ el profesor argentino ha insistido en que dicho ámbito debe ser tomado en consideración si realmente queremos tener un buen derecho aplicado por las personas más idóneas.⁷² En él se observa claramente no sólo una preocupación real por la justicia, sino también por la apariencia de ésta.

El profesor Malem ha llegado a reconocer expresamente que los jueces, para poder juzgar con acierto, "deben ser sobrios, equilibrados, pacientes, trabajadores, respetuosos, con capacidad para saber escuchar los argumentos que las partes les ofrecen en el proceso y con la habilidad suficiente como para poder superar sus propias limitaciones personales".⁷³

Como se puede comprobar, la preocupación de que el juzgador se ejercite en una serie de principios y virtudes es constante, en tanto que dicho ejercicio resulta indispensable para tener un buen derecho aplicado por buenos jueces. Si es verdad que el derecho es tan bueno como los jueces que lo aplican, no se ve cómo se podría contar con éste teniendo malos jueces.

Para Malem, la vida privada de los jueces es sin duda importante, y los ciudadanos deberían estar pendientes, o al menos conocer algunos aspectos de dicho ámbito privado, para saber si tal o cual juez es realmente independiente e imparcial al momento de emitir una sentencia. De ahí que llegue a afirmar que

⁷¹ MALEM, J., "La vida privada de los jueces", en *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa-Tribunal Electoral-Itam, México, 2003, pp. 163-179.

⁷² En un trabajo del 2001 Malem reconocería la dificultad de escindir la vida privada de los jueces de su función pública o profesional. Con una preocupación real de la justicia y de su apariencia este profesor establecería lo siguiente. "Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que igual que la mujer del César así deben parecerlo. La apariencia de justicia de las decisiones judiciales es importante —se aduce— para generar confianza en el justiciable, para contribuir de ese modo a la estabilidad del sistema jurídico y político. Se suele decir igualmente que una persona «mala» en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es tal vez más importante, al interpretar el derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una mala persona colapsaría, en definitiva, en un mal juez." MALEM, SEÑA, J., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Doxa*, 24, Alicante, 2001, p. 388. Después de someter a examen algunos de estos argumentos el mismo autor termina aceptando la conveniencia de que la labor del juez, es decir, la impartición de justicia, no sólo debe ser real, sino también parecer. "En todos estos casos, la apariencia de justicia juega un papel fundamental. No basta, parece ser, que la decisión de los jueces sea justa o conforme a derecho, sino que así también debe parecerla. Una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente." *Ibid.*, p. 394.

⁷³ MALEM, J., "La vida privada de los jueces", en *La función judicial. Ética y democracia*, *op. cit.*, p. 170.

“los funcionarios públicos en general y los jueces en particular necesitan mostrar que sus vidas privadas son sólidas como una forma de apoyar su integridad pública”.⁷⁴ Es claro entonces que contar con jueces íntegros en sus vidas privadas aumenta las posibilidades de que en su labor profesional se conduzcan del mismo modo.

Con un argumento análogo al anterior, pero de una forma más decidida, Manuel Atienza habrá de aceptar que en el ejercicio profesional, el juez ha de ser un hombre que cultive las virtudes para el mejor desempeño de sus funciones. Por eso, haciendo una crítica al relativismo moral,⁷⁵ tal y como lo hemos visto, propone la búsqueda de un consenso racional que como vía complementaria llegue a un asentimiento común basado en “(...) ciertas virtudes judiciales, en ciertos rasgos de carácter que deberían poseer –y quizás posean– los jueces”.⁷⁶

Cuando se pregunta por cuándo alguien ha de ser calificado como “buen juez”, señala que éste no puede ser definido sólo normativamente, es decir, en términos exclusivamente de “deberes” y “derechos” por ser esto insuficiente. Esto plantea, como lo hicimos en renglones precedentes, una crítica también al deontologismo, pues es un hecho que un “buen juez”, igual que un buen ciudadano, no puede ser definido exclusivamente a nivel puramente normativo, es decir, a partir del cumplimiento del deber por el sólo cumplimiento del deber. El buen juez, para merecer tal calificación, ha de ir más allá. “Un buen juez (...) no es sólo quien aplica el Derecho vigente sin incurrir, en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente –quien no es corrupto– sino quien es capaz de ir ‘más allá’ del cumplimiento de las normas; y ello, no porque se exija de él –al menos, normalmente– un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez –las virtudes judiciales– no podrían plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión si, a su vez, se tiene cierta disposición para ello”.⁷⁷

La seguridad y confianza que se busca en el trabajo judicial sólo se podrá lograr cuando los jueces no sólo cuenten con valores comunes, sino cuando cuenten también con ciertos principios o virtudes judiciales igualmente compartidos.

La necesidad anterior, exigida desde las filas de la Teoría y Filosofía del Derecho, se ha dejado sentir igualmente, y quizá con mucho mayor urgencia desde el derecho en acción, en el derecho real vivido en los

⁷⁴ *Ibid.*, p. 175.

⁷⁵ Cfr. ATIENZA, M., “Ética judicial”, en *Cuestiones judiciales...*, *op. cit.*, pp. 151-155.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 135-136.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 137-138.

tribunales. Así, diferentes actores de la función judicial han reconocido la insuficiencia de que el juez sea sólo un conocedor de la ley; se requiere algo más para ser un buen juez, se exige el cultivo de virtudes judiciales en el ejercicio de sus funciones,⁷⁸ es decir, ser cada día un ser humano más "(...) virtuoso para así contribuir a la confianza de los justiciables y de la sociedad en su conjunto (...)".⁷⁹

C. ¿POR QUÉ LOS HOMBRES NECESITAMOS LAS VIRTUDES? FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LAS MISMAS

Como se ha reconocido anteriormente, el cultivo de las virtudes por parte del juez hace de éste no sólo un "buen profesional", sino también una buena persona, y en definitiva, un "modelo de excelencia". Ahora bien, ¿por qué los seres humanos necesitamos de las virtudes?, ¿acaso son estrictamente necesarias para vivir? Esta pregunta, aunque en apariencia sea simple, exige una reflexión profunda que no puede dejarse de lado. ¿Por qué no admitir que sólo con el utilitarismo o con el simple cumplimiento del deber puede satisfacerse nuestra inquietud moral?

Peter T. Geach ofrece una respuesta al señalar que haber puesto la palabra "necesidad" en la interrogante se debe a que dicha palabra "es una noción teleológica",⁸⁰ es decir, ésta supone la conexión con la expresión "para el logro de un fin".⁸¹ Es entonces un requisito indispensable en la comprensión general de las virtudes el de finalidad o teleológico.

En la práctica de las virtudes se persigue un fin específico, éste es el obrar bien y el vivir bien. Se busca con tales acciones transformar lo real, y en primer lugar, al hombre que se ejercita en ellas. En definitiva, se busca su realización como ser humano, y en consecuencia su perfección como tal. Por ejemplo, la persona que devuelve a cada uno lo suyo, no sólo cumple con el objeto material de tal restitución, también ese acto se percibe como bueno por lo que perfecciona al hombre como ser humano.⁸² De tal manera, las virtudes

⁷⁸ "(...) los principios fundamentales que inspiran la actitud ética de los jueces en el ejercicio de su función son la independencia, la imparcialidad, la objetividad, la probidad, el profesionalismo y la excelencia en el ejercicio de la judicatura, mediante el cultivo de las virtudes judiciales". ORTIZ MAYAGOITIA, I., G., "Presentación del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación", en *Ética Judicial*, 2, *op. cit.*, p.13.

⁷⁹ DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J., L., "Presentación del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación", en *Ética Judicial...*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁰ GEACH, P., *The Virtues*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977. Trad. cast. de J. V. Arregui y C. Rodríguez Lluésma, *Las Virtudes*, Eunsa, Pamplona, 1993, p. 47.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Conviene, sin embargo, hacer un breve comentario a las ideas anteriores: No debemos confundir el fin subjetivo del que conoce, con el fin objetivo del saber mismo. El fin del conocimiento, no de quien conoce, depende constitutivamente de su objeto material, pero

ordenan naturalmente al hombre en el obrar hacia su realización, es decir, hacia el logro del bien humano perfecto. Por ejemplo, la realización de la justicia (igual que puede ser la actualización del resto de las virtudes) no sólo perfecciona por la restitución de los bienes a quienes se les adeuda, sino que también hace al juez una persona buena, un hombre virtuoso. En este sentido, Geach llegará a concluir que los hombres necesitan de las virtudes "(...) para efectuar aquello para lo que existen".⁸³

La doctrina de Aristóteles identifica el razonamiento anterior como práctico, donde se ubican la moral y el derecho, como un operable, una acción con miras a la consecución de un fin, el cual es un bien para la persona. Dice Aristóteles, al inicio de la *Ética a Nicómaco*, que: "Todo arte y toda investigación científica, lo mismo que toda acción y elección parecen tender a algún bien; y por ello definieron con toda pulcritud el bien los que dijeron ser aquello a que todas las cosas aspiran".⁸⁴ Es aquí donde está el fundamento filosófico de la ética de las virtudes.

En esta moral tradicional la búsqueda y realización del bien, tanto formal como material, es decir, la restitución de la cosa a su titular y la perfección humana, son el reflejo de lo que ésta misma tradición conoce como "primer principio del razonamiento práctico", el cual había anunciado Aristóteles y los seguidores de su teoría resumen del siguiente modo: "el bien ha de hacerse y buscarse y el mal ha de evitarse". Dicho de otro modo, "supuesta la situación A, lo recto es hacer B".⁸⁵ Es la norma de lo que tiene que realizarse externamente ordenado al bien. Tal principio proporciona razones de justificación, y sin éste, la propia razón carecería de bases para funcionar.

principalmente de su objeto formal, es decir, "de que se perciba a ese objeto material operable en tanto que operable. Si esto es así, a un objeto realizable se le conoce en la perspectiva de su realización, el fin de este saber será necesariamente práctico, pues el fin que su objeto le impone es la realización de un hacer o un obrar". Al bien se le conoce a través de su realización. MASSINI, C., I., "El conocimiento práctico. (Introducción a sus cuestiones fundamentales)", en *Prudentia Iuris I*, Buenos Aires, 1980, p. 38.

⁸³ GEACH, P., *The Virtues...*, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, I, 1, 1094a1-5.

⁸⁵ HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1991, p. 160.

CAPÍTULO III

Virtudes judiciales

La ética de la virtud como presupuesto de la labor jurisdiccional

A. VIRTUDES CARDINALES. NOCIONES GENERALES PARA SU COMPRENSIÓN

En este punto, como en muchos otros de la filosofía práctica, habrá que volver a Aristóteles y a los continuadores de tan rica tradición. Estos, han proporcionado una explicación detallada y rigurosa del aparato teórico de las virtudes, aunque ellos no hayan sido los primeros ni los únicos. Por lo que aquí interesa, se ofrece una explicación general de lo que en dicha tradición clásica se conoció como «virtudes cardinales», las que sirven de base y fundamento a las propias del juzgador, como intentaremos comprobar.

A quien primero hay que señalar es al Estagirita. Para él, el comportamiento moral del hombre depende sustancialmente de que se ejercite en la adquisición de las virtudes humanas. Para ello, es necesario que pueda satisfacer una serie de requerimientos y exigencias teóricas y prácticas si verdaderamente quiere ser un hombre virtuoso. Si en un comentario preeliminar se nos exigiera resumir la concepción moral del mundo clásico, diría que ésta se compendia en el ejercicio de la virtud, entendida ésta como aquella disposición para hacer el bien.

En esta parte de mi exposición, sigo la explicación que sobre el tema de las virtudes en la concepción aristotélica ofrece Joaquín García Huidobro en el magnífico libro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*.⁸⁶

⁸⁶ GARCÍA-HUIDOBRO, J., *Filosofía y retórica del iusnaturalismo ...*, op. cit., *passim*.

Debo aclarar que se presentan los rasgos esenciales de las virtudes cardinales para después trasladarlos al trabajo que el juzgador ha de desarrollar.

1. La falsa tesis de la connaturalidad de las virtudes

Antes de entrar al tratamiento pormenorizado de cada una de las virtudes cardinales, conviene mencionar un argumento central en la comprensión de la tesis aristotélica sobre la virtud. Este pensamiento queda enunciado al principio del *Libro II* de la *Ética a Nicómaco*. Dice Aristóteles en esta parte: "Las virtudes, por tanto, no nacen en nosotros ni por naturaleza ni contrariamente a la naturaleza, sino que siendo nosotros naturalmente capaces de recibirlas, las perfeccionamos en nosotros por la costumbre".⁸⁷ En este punto, Aristóteles establece claramente el principio básico sobre el comportamiento moral del hombre. Es claro que para el Estagirita existe un manifiesto rechazo a considerar que la persona pueda alcanzar la virtud moral "predeterminadamente". Esto es, reprueba que el ser humano moral lo sea por naturaleza, como si existiera algo en el hombre puesto por la misma naturaleza que lo determine en su actuación a ser una persona virtuosa o viciosa. Esta, es una tesis insostenible para el pensamiento de la Antigüedad y de la Edad Media. Por eso Aristóteles considera que la virtud moral es fruto de la costumbre, no de algo ya dado con anticipación. Como él mismo afirma, "(...) ninguna de las virtudes morales germina en nosotros naturalmente",⁸⁸ porque "Nada, (...) de lo que es por naturaleza puede por la costumbre hacerse de otro modo".⁸⁹

2. La adquisición de las virtudes. El papel de la praxis y la costumbre

No siendo las virtudes connaturales al hombre, parece que no queda otro camino que reconocer que éstas son adquiridas. Esta es la tesis que el Estagirita anuncia a continuación. En este argumento señala:

Las virtudes, en cambio, las adquirimos ejercitándonos primero en ellas, como pasa también en las artes y oficios. Todo lo que hemos de hacer después de haberlo aprendido, lo aprendemos haciéndolo, como, por ejemplo, llegamos a ser arquitectos construyendo, y citaristas tañendo la cítara. Y de igual manera nos hacemos justos practicando actos de justicia, y temperantes haciendo actos de templanza, y valientes ejercitando actos de valentía.⁹⁰

⁸⁷ ARISTÓTELES, *EN II*, 1, 1103a 25-28.

⁸⁸ *Ibid.* 1103a 21-23.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ *Ibid.* 1103a 30-35.

Este principio ha sido lúcidamente resumido por García Huidobro bajo la siguiente expresión: "Lo que hay que hacer sabiendo lo aprendemos haciéndolo".⁹¹

Ahora bien, si las virtudes son adquiridas, el problema se traslada a otro ámbito, ¿cómo se adquieren? ¿cómo el hombre puede alcanzarlas?, en definitiva, ¿cómo logra ser un hombre virtuoso?. Y también aquí, las respuestas nos las ofrece el pensamiento clásico. El propio Aristóteles responde a estas interrogantes: el hombre es capaz «naturalmente» de recibirlas y perfeccionarlas a través de la *praxis* y de la costumbre.

Huidobro, siguiendo la estela del pensamiento clásico, ha explicado muy bien el tema de la adquisición de las virtudes. Adquirir las virtudes depende de la *aptitud natural* que tiene el hombre para poseerlas. No es como sucede en el caso de facultades como las de la vista o el oído, las cuales las tenemos o no las tenemos, las virtudes en cambio son adquiridas por esa *aptitud natural* de la persona que es propia de toda la especie humana. Reconociendo que en el hombre existen potencias intelectuales (razón y voluntad), y que éstas son *ad opposita*, o bidireccionales, por las cuales el ser humano puede actuar de modos muy diversos e incluso contradictorios, lo que hace la virtud o su contrario es "(...) volver a instalar en ellas una cierta unidireccionalidad".⁹² Así, "(...) la voluntad puede acostumbrarse a dar a cada uno lo que le corresponde, y en este sentido el hombre llega a ser justo".⁹³

Sin embargo, esta *aptitud natural*, esta disposición, común a todos los hombres, no es suficiente, tiene que pasar a la realidad, se requiere entonces de una acción positiva del hombre, de su consentimiento, la cual se traduce en la práctica reiterada de la misma. Por eso, se puede afirmar que la *praxis* humana va construyendo al hombre virtuoso. Dicho con otras palabras, un solo acto no genera la virtud, sólo la frecuencia de éstos es lo que conduce a ella. Aristóteles lo deja ver claramente al señalar que: "En consecuencia, es preciso considerar, en lo que atañe a las acciones, la manera de practicarlas, pues los actos, según dijimos, son los señores y la causa de que sean tales o cuales los hábitos".⁹⁴ Y más adelante reafirmará esta misma tesis al señalar: "Con razón se dice, por tanto, que el hombre se hace justo por la práctica de actos de justicia, y temperante por la práctica de actos de templanza, y que sin este ejercicio nadie en absoluto estaría siquiera en camino de hacerse bueno".⁹⁵

⁹¹ GARCÍA-HUIDOBRO, J., "Un principio fundamental en la filosofía práctica de Aristóteles: «lo que hay que hacer sabiendo, lo aprendemos haciéndolo»", en *Filosofía y retórica del...*, *op. cit.*, pp. 31-57.

⁹² *Ibid.*, p. 35.

⁹³ *Ibid.*, p. 36.

⁹⁴ *EN*, II, 2, 1103b 29-31.

⁹⁵ *Ibid.*, II, 4, 1105b 8-10. En la misma línea argumentativa Tomás de Aquino, al preguntarse si el hábito puede ser engendrado por un solo acto, se responde que "el hábito de la virtud y, por la misma razón, cualquier otro hábito, no puede ser causado por un solo acto". TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 51 a.3.

Enfatizando lo establecido por el Estagirita, el profesor alemán Romano Guardini, refiriéndose a cuándo un hombre alcanza realmente la auténtica virtud de la «veracidad» ha señalado que una vez dicha la verdad "(...) puede suceder que en la próxima ocasión yo vuelva a decir la verdad, y luego otra vez, y otra, y así sucesivamente. Es decir, que me convenza de la importancia de decir la verdad; que me fije en ello, me examine constantemente, tenga presentes mis debilidades y las supere, etc. Surge entonces todo un entramado, una actitud tendiente a decir siempre y sin titubeos la verdad. De lo que una vez dije ha nacido la actitud de la veracidad. Esto es lo que significa la palabra «virtud»".⁹⁶

En resumen, la ética de las virtudes es una ética que se construye todos los días a través de la reiterada práctica de ellas. De este modo, entonces, el hombre no nace predeterminadamente bueno o malo, sino que es con la *praxis* humana que *puede hacerse* bueno o malo, ya que en él hay una *aptitud natural* para recibir las y después ejercitarlas. Como se ve, en este ejercicio cotidiano, la costumbre y la propia *praxis* son fundamentales.

Lo anterior, plantea igualmente un argumento de fondo que se encuentra estrechamente ligado a lo señalado hasta acá. Si la virtud se alcanza a través de la práctica reiterada, esto nos demuestra que su racionalidad es propia del mundo práctico y no tanto del especulativo. Dicho en otras palabras, las virtudes y su realización se encuentran en el mundo del *ser (sein)*, por ser éstas disposiciones entitativas de la voluntad, y no tanto del *deber ser (sollen)*, de modo que un hombre es virtuoso, no por los deberes que ha de realizar, sino porque real y efectivamente los realiza. Como diría André Comte-Sponville, "el bien no es para contemplarlo, es para hacerlo".⁹⁷

3. Condiciones para que el acto humano sea virtuoso

Ahora bien, que la aptitud natural del hombre esté presente en él, y que la *praxis* reiterada de una acción le pueda llevar a la adquisición del hábito o la virtud, no significa que el hombre ya sea bueno, o que ya se encuentre apto para el mundo moral, esto es, sólo lo anterior no basta para hacer buena a la persona, ni buenas sus obras, para eso se requiere de algunas otras condiciones. Estos requisitos que nos muestran cuándo estamos delante de la virtud moral perfecta, los explica el propio Aristóteles al afirmar: "A más de esto, no hay semejanza entre las artes y las virtudes en este punto. Las obras de arte tienen su bondad en sí mismas, pues les basta estar hechas de tal modo. Mas para las obras de virtud no es suficiente que los

⁹⁶ GUARDINI, R., *Ethik...*, op. cit., p. 244.

⁹⁷ COMTE-SPONVILLE, A., *Petit traité des grandes versus*, trad. cast., B. Corral y M. Corral, *Pequeño tratado de grandes virtudes*, Paidós, Barcelona, 2005, p.15

actos sean tales o cuales para que puedan decirse ejecutados con justicia o con templanza, sino que es menester que el agente actúe con disposición análoga, y lo primero de todo que sea consciente de ella; luego, que proceda con elección y que su elección sea en consideración a tales actos, y en tercer lugar, que actúe con ánimo firme e inconvencible”.⁹⁸

Según lo anterior, son tres las características esenciales del acto para ser calificado como virtuoso: 1. “que la persona sea consciente”, es decir, que tenga un conocimiento pleno de la acción a realizar. Si no se tuviera este conocimiento, sería como el burrito que sopló la flauta sin saberlo, y de ésta salió una linda melodía. 2. “que proceda con elección”, es decir, que la elección de la acción no sea impuesta sino llevada a efecto libremente. De nada serviría que las acciones se hicieran impuestas, es decir, que se le obligara a alguien a ser bueno. 3. “que actúe con ánimo firme e inconvencible”. Si se titubeara constantemente en la acción a realizar jamás se alcanzaría la virtud.

El conocimiento, por lo que al primer punto tiene que ver, se refiere a esa familiaridad con la que se ha hecho el acto virtuoso. Es “(...) saber que es lo que corresponde hacer aquí y ahora porque se ha hecho antes muchas veces. Se trata no de saber por saber, sino de saber hacer”.⁹⁹ La segunda condición trata de la libertad con que el acto virtuoso ha de llevarse a efecto. Éste “(...) debe nacer de la voluntad del hombre, ser la manifestación externa de su querer interior”.¹⁰⁰ Y, finalmente, quien se ha esforzado por realizar actos virtuosos con una voluntad firme, difícilmente, ante una situación análoga, podría cambiar su actuación. El acto virtuoso no sólo debe ser hecho con la voluntad firme de llevarlo a efecto, sino que dicha fortaleza se extiende a lo largo de sus futuras acciones, de modo que habiendo formado una actitud invariable, será inconvencible que pueda hacer lo mismo de diferente manera.¹⁰¹

B. UNA PREVENCIÓN DIGNA DE CONSIDERAR

Antes de entrar en la explicación detallada de cada una de las virtudes, quizá sea conveniente hacer una prevención que es importante. Se debe reconocer, como lo dejamos establecido más arriba, que el objeto propio de las virtudes pertenece al ámbito del razonamiento práctico, esto es, se refiere a aquello que ordena al hombre a la acción, siendo un operable, singular y contingente. ¿Qué se quiere decir con esto? Significa

⁹⁸ *EN., II, 4, 1105a 25-34. Cfr. HUIDOBRO, J., “Un principio fundamental en la filosofía práctica de Aristóteles: «lo que hay que hacer sabiendo, lo aprendemos haciéndolo»”, en *Filosofía y...*, op. cit., p. 42.*

⁹⁹ *Ibid., p. 43.*

¹⁰⁰ *Ibid., p. 44.*

¹⁰¹ *Cfr. Ibidem.*

que todo aquel asunto que exige un ejercicio virtuoso se presenta de maneras muy diversas, nunca igual ni del mismo modo. Se sabe así que "lo contingente-libre cambia y sucede con dependencia e intervención de la voluntad humana, la cual puede orientar y modificar el curso de varias maneras".¹⁰² De modo que tratándose de lo contingente ha de asumirse como variable y dependiente de los individuos y de las circunstancias.¹⁰³

Reconocer lo anterior ayuda a ubicar en sus justas dimensiones el papel que juegan las virtudes en el hombre que las practica. De este modo, no debemos pensar que aquella persona que se ejercita en ellas pueda siempre ofrecer una respuesta unívoca a los diferentes problemas que se le plantean, sino que tal respuesta dependerá, fundamentalmente, no sólo del problema mismo, sino sobre todo, de la praxis que en el ejercicio virtuoso se tenga y de la experiencia adquirida en ello.

Lo anterior se ve con claridad en la labor específica del juzgador, pues resulta claro que las herramientas con las que trabaja, y me refiero, entre otras cosas, a la documentación ofrecida por las partes y a la misma ley, no son nunca especialmente claras, siempre hay en ellas, y en toda la labor judicial en general, un margen de incertidumbre que alcanza incluso a la decisión final. Así, por ejemplo, las normas jurídicas que generalmente emplea el juez nunca son expresadas con un lenguaje unívoco ni exacto. De modo que el juez se ha de enfrentar al problema intentando dilucidar el significado preciso de tales expresiones, y en esta labor dice mucho el ejercicio de las virtudes.

Del mismo modo, el juez debe ser consciente de esta "zona de penumbra" cuando tiene que resolver un asunto, particularmente los llamados casos difíciles. En estos asuntos, el juez debe ser consciente del papel que juega la razón práctica en la decisión final, porque la respuesta no es tan nítida como en los casos fáciles.

Parece claro así que en el cultivo de las virtudes la respuesta que ofrezca el juez nunca podrá llegar a tener una certeza matemática y unívoca, pues aún habiendo puesto lo mejor de su razonamiento práctico y su ejercicio moral, cabe todavía la pregunta: ¿habrá sido ésta la mejor respuesta, la respuesta justa?

Ahora bien, siendo consciente de lo anterior, debemos, sin embargo, precisar que esto no significa enmascarar algún tipo de subjetivismo arbitrario de la persona, antes bien, esa "incertidumbre" propia del

¹⁰² CRUZ CRUZ, J., *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento clásico*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1998, p. 216. Cfr. tb., MASSI-NI, C. I., "El conocimiento práctico (Introducción a sus cuestiones fundamentales)", *Prudentia Iuris*, I, Buenos Aires, 1980, p. 36.

¹⁰³ Cfr. AUBENQUE, P., *La prudencia chez Aristote*, Presses Universitaires de France, París, 1963. Hay una traducción al castellano de M. J. Torres Gómez-Pallete, *La prudencia en Aristóteles*, Crítica, Barcelona, 1999, p. 17.

razonamiento práctico, en realidad refleja que el cultivo de las virtudes no sólo es algo especialmente complicado, en lo que se debe esforzar la persona, sino también expresa el hecho de que éstas deben ser objeto de mayor atención por parte de la misma. Señala Tomás de Aquino, refiriéndose al caso específico de la prudencia, "(...) no puede ser tan profunda la certeza de la prudencia que se haga del todo innecesaria la diligencia".¹⁰⁴

C. VIRTUDES DEL JUEZ

Expuesta la parte teórica de las virtudes como el modelo ético que considero más idóneo en la labor jurisdiccional, conviene ahora pasar a explicar las virtudes propias del juzgador. Las más importantes y que suelen ser mencionadas con mayor insistencia son: independencia, imparcialidad y objetividad.¹⁰⁵ Sin embargo, pienso que éstas no podrían ser comprendidas íntegramente sin la referencia y explicación de las que en la doctrina clásica se conocen bajo el nombre de virtudes cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza). En un ejercicio riguroso, sólo es posible la referencia a las tres virtudes específicas propias del juzgador si antes se entienden bien aquellas otras generales donde encuentran su justificación.

1. La prudencia como virtud del juzgador

En la filosofía clásica, a la prudencia se le conoció como *phrónesis*, sobre la que prácticamente todos los autores escribieron, desde Platón, hasta Tomás de Aquino, pasando, por supuesto, por Aristóteles y San Agustín. Todos ellos la explicaron como una de las cuatro virtudes cardinales, y para todos, ésta fue la más importante de todas ellas, lo que podríamos decir, su propia condición. Sin embargo, el mundo moderno la ha despreciado, distorsionando su original significado o dándole un papel de poca importancia en la reflexión moral, como Kant, para quien esta virtud es un amor inteligente o hábil hacia uno mismo. Dice, por ejemplo, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* que "(...) Ahora bien, la habilidad en la elección de los medios para el mayor bienestar propio se puede denominar prudencia en el sentido más estricto".¹⁰⁶

Ya en la tradición clásica, la importancia de esta virtud ha sido señalada claramente por Pieper al establecer que "(...) la prudencia es la 'madre' y el fundamento de las restantes virtudes cardinales: justicia, fortaleza y templanza; que, en consecuencia, sólo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo,

¹⁰⁴ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, 9, a. 2.

¹⁰⁵ El *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación* se refiere a dos más: profesionalismo y excelencia. Sin duda dos características relevantes pero que pueden quedar incluidas en las anteriores.

fuerte y templado".¹⁰⁷ A tal grado expone el realce que llega a afirmar sin reparos que un hombre sólo puede ser calificado como bueno cuando ha sido prudente. De este modo, la prudencia ocupa así un lugar preponderante en la reflexión de los hábitos buenos. En este sentido, no se cometería ningún error si se afirmara que sin prudencia el resto de las virtudes simplemente no se podrían explicar.

La afirmación anterior encierra una idea especialmente importante, ésta es el hecho de considerar en una estrecha relación la conjunción de todas las virtudes. Así, no se debe entender aislado el ejercicio de una en detrimento de otras, sino que en una labor de interconexión, todas configuran al hombre moral. Lo que se quiere decir con esto es que cuando uno se ejercita en una de las virtudes, se está, en el fondo, ejercitando a la vez en todas las demás.¹⁰⁸

a) La prudencia como deliberación (Primera acepción)

Siendo la prudencia parte de la razón práctica, lo mismo que el resto de las virtudes anunciadas, rige la actividad humana hacia un fin, y su objetivo será el modo de orientar dicha acción hacia lo que el hombre *debe* realizar para hacerse bueno. De parte del hombre se exige por tanto la realización de una acción que lo conduzca y oriente en la consecución de un fin, de un bien, o de ciertos bienes humanos considerados como buenos, que en el caso del derecho, sería la determinación de lo que es justo en el caso concreto.

Esta es la idea en la que Aristóteles insiste a lo largo de todo el libro VI de la *Ética Nicomaquea* al establecer que: "Lo propio del prudente parece ser el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuáles son buenas para la salud o el vigor corporal, sino cuáles lo son para el bien vivir en general".¹⁰⁹ Y refiriéndose a aquellos que han de ser llamados prudentes señala que: "La prueba de ello es que llamamos prudentes con relación a alguna cosa a los que calculan bien lo conveniente a cierto fin que no es objeto del arte. Y así, podría decirse en general que el prudente es el que sabe deliberar".¹¹⁰

¹⁰⁶ KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición bilingüe y trad. cast. De J. Mardomingo, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 161-162. Sobre este mismo argumento, *cf.* AUBENQUE, P., "La prudencia en Kant", en *La prudence chez...*, *op. cit.*, pp. 212-240.

¹⁰⁷ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, 6ª ed., Rialp, Madrid, 1998, p. 33.

¹⁰⁸ *Cfr.* GÓMEZ ROBLEDÓ, A., *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, F.C.E., México, 1996, pp. 202-208.

¹⁰⁹ *EN. VI, 5*, 1140a 25-28.

¹¹⁰ *Ibid.*, 1140a 28-30.

Con las anteriores ideas como antecedentes, el Estagirita termina por definir la prudencia diciendo que ésta es "(...) un hábito práctico verdadero, acompañado de razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre".¹¹¹ Este es el mismo sentido que le atribuye en la *Retórica*, en ésta, la prudencia será definida por el Estagirita como: "virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan a la felicidad".¹¹²

Sobre la misma estela señalada por Aristóteles, la tradición realista, pero ahora con Tomás de Aquino, retomara la idea anterior y explicara que la prudencia es, en un primer momento, *deliberación*, la que partiendo de ciertos supuestos llega a una conclusión: "es propio de la prudencia deliberar, juzgar y ordenar los medios para llegar al fin debido (...)".¹¹³ Según esto, la prudencia se encargaría de establecer y prescribir lo que es recto. Si esta idea es trasladada al ámbito del derecho, la prudencia sería el establecer, prescribir, en una palabra, determinar lo que es justo y debido a quien le corresponde.

b) La prudencia como prevención (Segunda acepción)

El mismo Aquinate citando a San Isidoro explicará también una segunda acepción, que podríamos decir es complementaria de la anterior. Prudente "significa como ver a lo lejos; es ciertamente perspicaz y prevé a través de la incertidumbre de los sucesos".¹¹⁴ La prudencia se refiere así a tener una posición anticipada, que se traduce en la precaución y protección de las eventualidades que puede uno enfrentar. Por eso, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino llegan a concluir que la prudencia no es sino *el ejercicio de la recta razón en el obrar bien*.

Con base en lo que se ha reseñado, se pueden establecer al menos dos ideas básicas por las que consideramos el significado de la prudencia. En un primer momento, por esta virtud, la persona, a través de una deliberación recta, determina aquello que en el caso concreto es bueno, lo que es justo.¹¹⁵ El juez prudente sería entonces aquel que ha de deliberar para después tomar la mejor decisión posible, no sólo

¹¹¹ *Ibid.*, 1140b 1-5.

¹¹² ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366b 21-23.

¹¹³ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, 10.

¹¹⁴ *Ibid.*, II-II, q.47. a.1.

¹¹⁵ "La prudencia natural es un hábito adquirido por la repetición de los actos, los cuales van modelando al sujeto, capacitándolo para que, de un modo cuasi natural, evite el mal, siga el bien y lo realice lo más perfectamente posible. Por tanto, no es una cualidad innata, sino que su adquisición requiere deliberación ponderada, discreción adecuada, entrega generosa y asidua, diligencia solícita, circunspección minuciosa, y toda una serie de actitudes que, como cortejo armónico, acompañan y posibilitan sus funciones". DE PAZ, H., "Introducción al tratado de la prudencia", en *Summa Theologiae*, III, 3ª ed., B.A.C., Madrid, 1998, p. 383.

deseando el buen fin, sino también los medios que conduzcan a él. De este modo debe considerar todas las circunstancias del caso para eventualmente decidir. La prudencia así es como dice Comte-Sponville, "sabiduría de la acción, para la acción, en la acción".¹¹⁶

En segundo lugar, la virtud de la prudencia parece decir igualmente adelantarse a las cosas futuras, aquellas que están por venir. Es así una forma de anticipación razonada de los peligros, dificultades y contrariedades que se le pueden acercar al ser humano. Esta consideración del futuro la hace ser una virtud que prevé y calcula. Así pues, "es una virtud presente, como toda virtud, pero preventiva o anticipadora. El hombre prudente está atento no sólo a lo que acontece, sino también a lo que puede acontecer: está atento y presta atención".¹¹⁷ Así, el juez prudente debe poner todas sus capacidades, técnicas y profesionales, para prever alguna contingencia extraordinaria futura.

c) La prudencia en la labor judicial

En esta misma tradición realista, esta virtud se presenta al menos en las siguientes etapas de la labor del juzgador: i) deliberando; ii) juzgando, y iii) ordenando.¹¹⁸ Las dos primeras representan el aparato cognoscitivo de la prudencia y la tercera el aspecto ordenativo de la misma.¹¹⁹ Pasemos a explicar, en forma general, cada uno de estos momentos.

¿Sobre qué ha de deliberar el juez? ¿cuál sería la base de su deliberación? Es claro que será sobre el problema concreto, sobre el conflicto sometido a su consideración. Así, en un primer momento, es necesario deliberar para saber si hay realmente un conflicto que amerite entrar al análisis detenido y reflexivo por parte del juez. El bien deliberar se reflejaría, entonces, discerniendo si existe o no el problema jurídico. Aquí el juez prudente entra al análisis del caso concreto, ubicando perfectamente el dilema jurídico, y comprobando la existencia de la *litis* en cuestión, para ello es necesario resaltar y distinguir aquellos hechos que son relevantes para el derecho, de aquellos otros que no lo son.

En un segundo momento, una vez identificado el problema, el juez debe saber cuál es el bien que se debe preservar, que hay que resguardar. Para ello ha de poner en juego toda su experiencia jurídica, su conocimiento sobre el Derecho y la justicia, y evidentemente sus hábitos. En este punto, se trata de focalizar

¹¹⁶ COMTE-SPONVILLE, A., *Petit traité des grandes vertus...*, op. cit., p. 42.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 43.

¹¹⁸ Cfr. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q.47. a.10.

¹¹⁹ Cfr., PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op. cit., p. 45.

el «bien» o lo «justo», convirtiéndose así en una búsqueda y ubicación de ese bien. Esto se ve claramente en el terreno jurídico, en éste, el bien está representado por lo que es suyo de cada cual, en definitiva, por lo que constituye el objeto de la justicia. Para que se pueda emitir un juicio, y en consecuencia actuar u ordenar, se requiere antes tener un conocimiento objetivo de la realidad, como regla objetiva del obrar y del bien que requiere ser preservado. “Mediante la prudencia, —dice María del Carmen Platas— la razón práctica juzga qué es lo justo en el caso concreto, evalúa cada elemento que compone un acto humano, integrando lo universal y lo particular; es decir, considerando tanto la clase jurídica imputada al acto cometido como las circunstancias y el fin que motivó al justiciable a cometerlo”.¹²⁰

En tercer lugar, y después de ambas etapas, el juez debe tomar una decisión, debe dictar una sentencia, la cual en el fondo tiende al otorgamiento, restitución y en definitiva a hacer realidad la «determinación» de lo justo o la sanción aplicable en el caso de una infracción o delito.¹²¹ Junto a esto último se encuentra también la elección de los medios más idóneos para hacer efectiva su decisión. No sería prudente un juez que proponga, para el cumplimiento de la sentencia, unos medios tan irracionales que no se cumpla realmente con la sentencia.

Es, finalmente, la manera en *cómo* se resuelve el asunto, de *cuándo* debe ser dada la respuesta, y de saber también sobre *cuáles* serán los medios más idóneos para poder llevarla a efecto.

Respecto a lo anterior, la misma tradición realista nos enseña que una buena deliberación requiere además de la concurrencia de dos requisitos más: una buena memoria y docilidad de carácter. La primera sería aquella facultad por la cual el hombre guarda el recuerdo de las cosas tal como acontecieron realmente, sin falsear dicho recuerdo. Y la segunda es “saber-dejarse-decir-algo”,¹²² por quien, siendo también un hombre virtuoso, tiene igualmente una mayor experiencia en la resolución de asuntos análogos. Por eso es claro que quien no tenga una buena memoria y tampoco sea una persona dócil de carácter para dejarse aconsejar, difícilmente podría llegar a ser un hombre prudente.

Si un juez prudente es aquel que con una visión de futuro delibera sobre lo que es bueno hacer ante un problema planteado, entonces tal deliberación presupone igualmente una capacidad argumentativa.

¹²⁰ PLATAS PACHECO, Ma del C., “Prudencia y justicia: exigencias de la ética judicial”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 21, México, 2006, p. 204 ss.

¹²¹ Un análisis de las etapas por las que ha de pasar el razonamiento de un juez prudente en, ADAME GODDARD, J., “La justicia del juez: juzgar bien”, en *ibid.*, pp. 115-125.

¹²² PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, *op. cit.*, p. 49.

Parece lógico que siendo una virtud, y por tanto parte de la razón práctica, el juez tenga que llevar a efecto una confrontación de posiciones y argumentaciones para justificar su postura. Así, también la deliberación del juez prudente tendría que ser una meditación ponderada y discursiva.

Sobre esto último, también convendría decir que la prudencia del juez exige igualmente una cierta intuición sobre la solución o posibles soluciones al problema planteado. Es claro que esta intuición no parte de cero o de la nada, la respuesta (s) que intuitivamente puede proponer el juez tiene previamente un conocimiento sobre el Derecho, la justicia y las leyes. En dicha respuesta (s), sin duda juegan un papel importante el resto de las virtudes y el ejercicio que de ellas se ha hecho.

Esta idea no está lejos de la realidad. Así, diferentes Códigos de Ética recogen parte de las anteriores proposiciones, por ejemplo, el *Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba* en la parte relativa a las *Reglas funcionales*, numeral 3.13 señala al respecto: "El magistrado en el ejercicio de su función efectúa la deliberación prudente y equilibrada, valorando argumentos y contrargumentos dirigidos a la consecución de la justicia aplicable al caso concreto".¹²³

Un juez prudente también es un hombre discreto de las cosas que conoce de las partes en conflicto y del problema mismo. Dice por ejemplo el *Código de Córdoba* antes referido en la misma parte de las *Reglas funcionales* que el juez prudente evita "(...) en todo momento adelantar opinión sobre la controversia, o referirse a ésta en circunstancias que amenacen la reserva correspondiente, muevan a suspicacias o lo expongan a recomendaciones o solicitudes indebidas".¹²⁴

Un juez prudente es también un hombre entregado a su trabajo, el cual desarrolla en forma generosa y asidua, pues dicha labor ha de ser llevada a cabo con diligencia atenta y puntual. Así, por ejemplo, Kronman, citado por Atienza, ha señalado que la prudencia del juzgador se vería reflejada en un "conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos".¹²⁵

¹²³ El Código de Ética se puede consultar en la parte del anexo documental del libro ROOS, R. E. y WOISCHMIK, J., *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005, p. 203.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ ATIENZA, M., "Virtudes judiciales...", *op. cit.*, p. 142.

Una última cosa conviene decir. El ejercicio de la prudencia por parte del juez no se agota sólo en él, tal virtud tiene un reflejo necesariamente social. De modo que no sólo persigue al bien propio y personal en el crecimiento individual de las virtudes, sino también el bien de los demás miembros de la sociedad. El Aquinate, en la *Summa Theologiae* II-II cuestión 47 a. 10, expresa claramente esa extensión social de la prudencia a la que denomina política: "Por consiguiente, dado que es propio de la prudencia deliberar, juzgar y ordenar los medios para llegar a un fin debido, es evidente que la prudencia abarca no sólo el bien particular de un solo hombre, sino el bien común de la multitud".¹²⁶ Presentándose así un reflejo social de la virtud prudencial.

2. La virtud de la justicia en la labor del juez

Aristóteles en el libro V de su *Ética a Nicómaco* dijo de la justicia que ésta es la virtud perfecta, y que "(...) ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos".¹²⁷ Más tarde, la misma importancia de esta virtud la enunciará Tomás de Aquino al señalar en la II-II cuestión 58, en su artículo 3 de la *Summa Theologiae*, que "(...) ya que la justicia rectifica las operaciones humanas, es notorio que hace buena la obra del hombre; y, como dice Tulio en *De offic.*, por la justicia reciben principalmente su nombre de bien, de ahí que, como allí mismo dice, en ella está el mayor brillo de la virtud".¹²⁸

Efectivamente, un hombre sólo puede ser llamado bueno si es un hombre justo. Así, junto con la prudencia, la virtud más significativa que ha de distinguir al juez es precisamente la de la justicia, es decir, aquel hábito por el que ha de ejercitarse en la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo que le es debido. A esta tarea se debe en definitiva la labor del juez, y en ella contiene toda su labor como profesionalista. No existe ningún tratado sobre deontología jurídica ni tampoco hay un sólo código de ética que no coloquen a la justicia como la más importante virtud que ha de cultivar y caracterizar al juzgador. Sin ella, la labor del juzgador simplemente no tendría sentido ni razón de existencia.

En el caso particular del *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, dicha relevancia es destacada precisamente como la preocupación más importante del Poder Judicial. Por ejemplo, este documento señala en su presentación, fracción III, "Es un derecho de los justiciables que la administración de justicia sea impartida por jueces con autoridad moral que garanticen una justicia accesible, pronta, completa, imparcial y previsible, (...)".¹²⁹ Y sus comentaristas reconocen que "(...) un buen juez busca la equidad

¹²⁶ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II; q.47. a. 10.

¹²⁷ *EN*, V, 1, 1129b 28-29.

¹²⁸ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II; q.58. a. 3.

¹²⁹ *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación...*, op. cit., pp. 5-6.

dentro del derecho y este es precisamente el punto nodal de la cuestión: hablar hoy de ética equivale a hablar de justicia, ya que las relaciones armónicas entre las personas sólo pueden constituirse cuando se respeta lo que a cada uno le corresponde, conforme al principio de que todos somos iguales en dignidad".¹³⁰

Si la historia de la humanidad ha señalado algo de manera imperiosa es que la tarea más importante de una sociedad es la de saber cómo se ha de establecer o restablecer el orden roto por la injusticia. Cómo saber, por ejemplo, respetar o restituir los derechos humanos a quien es su titular; dar el justo castigo a los delincuentes y criminales; establecer la responsabilidad de un sujeto que cumplió con una orden injusta; reconocer como legítimo derecho del pueblo oponerse a un sistema autoritario y antidemocrático; discernir a quién corresponde la patria potestad del menor cuando hay un divorcio de por medio, o cuándo una huelga de trabajadores es válida o inválida, etcétera. Todo esto le corresponde al juez al discernir y aplicar la justicia.

a) Kelsen y su extraña visión de la justicia

Sin embargo, y a pesar de que lo anterior se presenta como evidente, no todos los estudiosos del derecho han reconocido el papel nodal de la justicia, ni tampoco están dispuestos a aceptarla como protagonista de la labor judicial. La prueba más palmaria de lo afirmado es el pensamiento kelseniano, el cual dejó de lado el estudio serio de tan importante virtud. Por esta razón, es necesario, antes de explicar lo que esta virtud representa en el trabajo del juzgador, hacer algunas precisiones de carácter epistemológico. Éstas tienen que ver con la necesidad de objetar la tesis defendida por Kelsen y de su imprecisa explicación sobre la justicia.

Para el profesor vienés, la respuesta a la pregunta ¿qué es la justicia?, no puede, racionalmente, solventarse. Colocado desde una perspectiva relativista, Kelsen considerará a ésta como un valor relativo, determinado sólo por el contexto espacio temporal de una sociedad específica. Es un ideal irracional, una de las ilusiones eternas del hombre, pero nunca un principio esencial del Derecho, y menos un criterio orientativo en el trabajo del juzgador.¹³¹

Sin embargo, algo bueno hemos de reconocerle a Kelsen; el haber llevado a sus últimas consecuencias su relativismo, pues no se deben olvidar las palabras del autor de la *Teoría Pura del Derecho* al justificar

¹³⁰ MARROQUÍN ZALETA, J., M., "Presentación del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación", en *Ética Judicial...*, op.cit., p. 23.

¹³¹ Cfr., KELSEN, H., *What is justice?* University of California Press, Berkeley, 1971. Hay una edición al castellano a cargo de A. Calsamiglia, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 47 y 59.

jurídicamente el régimen dictatorial nazi: "Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho".¹³² Los propios postulados científicos en los que el profesor vienés basó su *Teoría Pura del Derecho* impedían acceder a un conocimiento objetivo de la justicia, y por supuesto a una explicación racional de ella. Sin embargo, hoy es factible afirmar que ni la ciencia puede reducirse a los postulados defendidos por Kelsen y la tradición que él resume, ni la inteligencia humana está imposibilitada para conocer lo suyo de cada quien en un caso particular.¹³³ Las críticas hechas desde la filosofía en general han demostrado la existencia de otros patrones epistemológicos como los de carácter fenomenológico, interpretativo, argumentativo, lingüístico, etcétera. Y en el caso del derecho, el reconocimiento a nivel de razón práctica de la vinculación necesaria entre derecho y moral.

b) La justicia es igualdad

Ahora bien, retomando la misma pregunta que se había hecho Kelsen, conviene precisar el significado exacto de la expresión justicia. La justicia, nos dice Tomás de Aquino, recogiendo la tradición aristotélica y romana, "(...) es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho".¹³⁴ Esta definición, que en mi opinión es mucho más precisa y categórica que la expuesta en el *I.I.10 del Digesto*, establece dos características distintivas que es necesario señalar: por una parte, la virtud de la justicia implica cierta igualdad. En diferentes partes de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles repite esta idea al señalar que: "(...) lo justo será lo igual. Y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio."¹³⁵ La consecuencia lógica de lo anterior es reconocer que algo no puede ser igual a sí mismo, sino en relación a otro, de modo que si bien la justicia implica en un primer momento una igualdad, dicha noción lleva implícita ser siempre en relación a otro. En el caso del juez, lo anterior significa que éste ha de dar, devolver, restituir, entregar, etcétera, un bien de la misma especie y cantidad que el perdido o sustraído.

¹³² Citado por Garzón Valdés, E., en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.), "Introducción", en *Derecho y Filosofía*, 3ª ed., Fontamara, México, 1999, p. 8.

¹³³ Una interesante y rigurosa crítica a los postulados científicos de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en: ERRAZURIZ MACKENA, C., *La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, principalmente capítulo VI. Cfr. tb., RODRIGUEZ MANZANERA, C., *Los postulados de la Teoría Pura del Derecho*, Tesis doctoral, en prensa, UNAM, 2004, *passim*. Remitimos al estudio de ambos trabajos pues en ellos están planteadas en forma detallada las inconsistencias epistemológicas de la tesis kelseniana.

¹³⁴ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q, 58 a 1.

¹³⁵ *EN*, V, 3, 1131a 14.

c) La justicia es alteridad

La segunda nota significativa de la justicia, ya apuntada anteriormente, es la de ser una virtud en relación a otro. ¿Qué significa esto? Su explicación es relativamente sencilla, significa que la justicia ha de referirse siempre a una persona distinta de mí, de modo que la relación básica de la justicia es la de establecerse entre sujetos diversos. Por eso, el sentido estricto de la virtud de la justicia exige siempre la concurrencia de al menos dos sujetos. Josef Pieper lo ha señalado muy bien al establecer que "La justicia enseña que hay otro que no se confunde conmigo, pero que tiene derecho a lo suyo. El individuo justo es tal en la misma medida en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que le corresponde".¹³⁶ De este modo, un buen juez, es decir, un juez que se ejercita en la virtud de la justicia será aquel que en el caso particular pone en práctica el hábito de dar real y objetivamente el derecho, lo suyo que a cada persona le corresponde, devolviéndoselo, restituyéndoselo, entregándoselo, etcétera.

A esta segunda característica, Hervada le ha llamado alteridad, es decir, es una virtud de una relación social, significando que lo que tiene razón de bien, de recto, de bueno o de virtuoso, es el equilibrio o armonía, o sea, la proporción entre dos o más sujetos. Es "(...) la armonía entre personas, que viene determinada por la proporción de las personas respecto de una cosa: que se dé justamente el derecho del otro".¹³⁷ La justicia no es amor o libertad, aquí las relaciones si bien son yo-tú, dependen de la subjetividad del otro. La justicia se ordena al otro en cuanto se le reconoce ser titular de cosas, bienes o derechos que son suyos, para establecer o restablecer el orden justo.¹³⁸ ¿Dónde está la igualdad? La igualdad está en los sujetos y en las cosas. Así, "la justicia –dice el propio Hervada– tiene por término al otro según una relación de proporción o armonía, que es igualdad".¹³⁹

Ahora bien, la misma tradición aristotélica ha reconocido dos tipos de igualdad: la aritmética y la geométrica. La primera se da en la comparación entre las cosas debidas entre personas que se toman como iguales. Por su parte, la igualdad geométrica es donde lo que la persona recibe de la colectividad, es igual, proporcionalmente, al fin de la acción distributiva de bienes por parte del Estado.

Estas dos igualdades expresan dos tipos de justicia: una justicia correctiva o conmutativa, y una justicia distributiva o proporcional. La primera se da entre las personas, y se refiere a la relación de deuda surgida

¹³⁶ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op. cit., p. 100.

¹³⁷ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 143.

¹³⁸ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

por el intercambio de bienes, principalmente, aunque también en las relaciones surgidas por los daños sufridos y cometidos entre las personas. La distributiva, en cambio, se refiere a lo que la colectividad debe o adeuda al individuo. En ambas, la idea de deber, lo adeudado o su derecho es capital. Mientras en la primera lo adeudado se da entre las personas, en la segunda es la colectividad la que adeuda al individuo, las relaciones en esta segunda no son entre las personas, ya que su objeto es lo adeudado por la sociedad a las personas, a través de distintos criterios.¹⁴⁰

En la explicación general sobre la justicia, y al lado de las características de igualdad y alteridad, se ha de dejar claro que el dar a cada uno lo suyo supone necesariamente tener en consideración un dato precedente: la existencia previa de un derecho, es decir, para que haya justicia debe existir con antelación un derecho previamente establecido que se constituye en propiedad de alguien por medio de un título. Desde aquí, entonces, la justicia es un acto segundo y el derecho entonces se convierte en objeto de la justicia.

Ahora bien, ¿qué es lo debido, lo adeudado, el *suum* de la fórmula ulpiana, o su derecho de la traducción castellana? Lo adeudado aquí ha de entenderse no sólo una cosa o un bien, como podría ser el caso de la propiedad, sino también ha de considerarse una acción. Por poner un ejemplo, en el campo del derecho civil se ve esto con mucha claridad, pues muchas veces lo debido a un hombre a veces se encuentra establecido por el contrato, o por las promesas, o por la disposición legal, etcétera. Y en el supuesto de los bienes no tangibles como los derechos humanos, en la naturaleza misma del hombre. En realidad, toda la explicación sobre el derecho y la justicia se sintetiza en saber que la causa de lo debido a otra persona se funda en la naturaleza propia del ser humano. Dice Pieper que "no será posible mostrar el fundamento del derecho ni, por tanto, de la obligación de justicia, mientras no se tenga una concepción del hombre y de su naturaleza".¹⁴¹

La breve explicación teórica que sobre la justicia se ha dado no se queda sólo en un enunciado especulativo o teórico; en el ámbito deontológico, el juez cuenta con algunos lineamientos básicos para saber si está actuando apegado a la justicia o a la injusticia. Santo Tomás, por ejemplo, se hace una pregunta que suele ser frecuente en las lecciones de deontología judicial, dice el Aquinate: "¿Es lícito al juez juzgar contra la verdad que conoce, aunque lo haga basándose en las pruebas aducidas en contrario?".¹⁴² El propio filósofo se responde estableciendo algunas reglas generales. Una primera es la obligación que tiene el juez de

¹⁴⁰ Para un análisis explícito de los criterios de distribución puede verse: SALDAÑA, J., "La filosofía política en Tomás de Aquino", en *Los imprescindibles de la ética y de la política (siglo V a. C.-siglo XIX d. C.)*, Fac. de Filosofía-UNAM, 2006, pp. 107-133.

¹⁴¹ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op. cit., p. 95.

¹⁴² TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II q. 67, a. 2.

llevar a efecto su labor no en base a su arbitrio. "El buen juez nada hace a su arbitrio, sino que falla según el derecho y las leyes. Esto es, juzgar según lo que se alega y se prueba en juicio. Luego el juez debe juzgar conforme a estas pruebas y no según su propio arbitrio".¹⁴³

Resulta especialmente significativo darse cuenta cómo para la mentalidad tomista, igual que lo fue antes para los jurisperitos romanos y para el propio Aristóteles, el juez no ha de tomar en consideración sólo las leyes a la hora de juzgar, sino que enuncia, en primer lugar, al Derecho; es decir, "lo justo", "lo debido o adeudado", como criterio primario a la hora de juzgar. En este punto, la mentalidad moderna difiere radicalmente de la del doctor angélico, pues la fuente primaria que ha de ser tenida en consideración cuando se juzga es sólo la ley, y aquellas otras fuentes que estén de acuerdo con ésta.

Una segunda propuesta que el Aquinate hace al juzgador es la de allegarse siempre de la información necesaria para formular su sentencia, es decir, debe ser un juez informado. Ahora bien, la información referida tiene que ser no según lo que él conoce como persona particular, sino sólo como persona pública. Pero el conocimiento lo obtiene el juez de dos fuentes: una común y otra particular. La común son las leyes públicas, «contra las que no debe admitir prueba alguna». Y la particular son las «pruebas, los testigos y otros testimonios legítimos», que pueda juzgar por información que obtenga como persona privada.¹⁴⁴ De aquí, se entiende entonces la afirmación que el Aquinate hace a propósito de la formación de la conciencia del juzgador: "el hombre, en lo concerniente a su propia persona, debe formar su conciencia por medio de su propia conciencia; mas en lo que pertenece a la potestad pública, debe formar su conciencia según lo que pueda averiguar en el juicio público (...)".¹⁴⁵

Una última cosa conviene comentar sobre la forma en la que ha de llevarse la carrera judicial, la cual no es tratada dentro de la explicación de la virtud de la justicia, sino en los deberes del abogado, aunque sin duda es posible hacerlo extensivo a la labor del juzgador. Es el tema que tiene que ver con el decoro de la persona en los tribunales. Aquí el juez debe guardar pundonor y respetabilidad. Tal decoro se pierde por diversas razones. Dos son las que se pueden enunciar: i) cuando se está ligado a otros deberes que no son los enteramente relacionados a los de la administración de justicia, esto es, cuando un juez se encuentra en contubernio con otros intereses distintos de los que exige su profesión, y, ii) cuando estos profesionales no son dignos, es decir, son «infames» o «condenados por alguna causa grave».

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ *Cfr. Ibidem.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*

3. El ejercicio de la fortaleza en la labor del juzgador

Una de las virtudes más importantes que han de ser cultivadas igualmente por el juzgador es la virtud de la fortaleza. Ésta tiene como antecedente la prudencia y la justicia, y sin ellas, la fortaleza, no puede ser explicada. Como ha escrito Pieper "sin prudencia y sin justicia no se da la fortaleza; sólo aquel que sea prudente y justo puede además ser valiente; y es de todo punto imposible ser realmente valiente si antes no se es prudente y justo".¹⁴⁶ Y su relación se establece señalando que mientras la prudencia y la justicia se encargan de concretar el bien, en el caso del derecho, de "determinar" lo justo, la virtud de la fortaleza se encarga de cuidarlo, protegerlo, resguardarlo.

¿Qué significa la fortaleza como virtud? El rasgo principal de la fortaleza consiste en reconocer primero que el ser humano, desempeñe la función que sea, está expuesto a sufrir un daño, un mal, en definitiva, que es un ser vulnerable y que puede verse afectado en algún sentido en su integridad, física y emocional. De modo que un hombre es fuerte si reconoce, en primer lugar, ser vulnerable.

Ahora bien, la vulnerabilidad en la fortaleza se refleja en el temor de ser agredido injustamente, sufriendo un daño o un dolor por la defensa de un bien. Así, se es fuerte cuando, aceptando el riesgo de sufrir ese daño, se defiende el bien, lo justo o la verdad. Ya Aristóteles había señalado que uno de los requisitos esenciales para llegar a ser un hombre virtuoso o bueno es que la acción humana sea obrada con firmeza, es decir, "que actúe con ánimo firme e inmovible".¹⁴⁷

De lo antes dicho, varias ideas pueden servir para explicar la fortaleza del juzgador. La primera y fundamental es que un juez sólo puede ejercitarse en la virtud de la fortaleza si antes ha conocido el bien, y en caso de su profesión, lo justo. Una vez conocido y perseguido éste, la fortaleza del juzgador se mostraría protegiendo dicho bien o lo justo para que no sufra ningún deterioro. En este sentido, es fundamental para explicar la virtud de la fortaleza el reconocimiento y la pertenencia del "bien". Sin un bien objetivo, sin aquello que es justo, no puede existir la fortaleza; sólo en la posesión del bien objetivo, o en la consideración de éste como lo justo, objetivamente hablando, se puede ejercitar tal virtud. Como lo ha señalado Pieper, "Sin la 'cosa justa', no hay fortaleza".¹⁴⁸ Por su parte, Tomás de Aquino llegará a afirmar que por "un bien el fuerte se expone a los peligros de la muerte".¹⁴⁹

¹⁴⁶ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op.cit., p.191.

¹⁴⁷ EN, II, 4, 1105a34.

¹⁴⁸ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op.cit., p. 196.

¹⁴⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II; q 125, 2, ad.2.

Por lo que respecta al juez, el bien es lo justo en el caso concreto. Así, la fortaleza de éste, se da primero en el reconocimiento del bien o lo justo, y después en la protección que haga del mismo ante los eventuales daños o males que pueda sufrir. La fortaleza, en definitiva, no es sino resistir a la iniquidad e injusticia. Por eso el juez debe actuar siempre con ánimo imperturbable, siendo igualmente valiente, incorruptible y vigoroso en su labor. Esto último no se ha de confundir con la temeridad o la osadía, vicios estos con los que generalmente se identifica erróneamente la fortaleza.

La explicación doctrinal de los anteriores argumentos se encuentran en la teoría del realismo jurídico clásico –para utilizar la expresión acuñada por Villey y Hervada–. Así, Tomás de Aquino ofrece dos sentidos de la expresión fortaleza. El primero supone una firmeza de ánimo en abstracto. Si se entiende así, “(...) es virtud general o más bien condición de toda virtud, ya que, según el Filósofo, para la virtud se exige obrar firme y constantemente”.¹⁵⁰ En una segunda acepción, la fortaleza puede igualmente entenderse “(...) en cuanto implica una firmeza de ánimo para afrontar y rechazar los peligros en los cuales es sumamente difícil mantener la firmeza”.¹⁵¹

La primera acepción hace referencia al requisito o condición que tiene como antecedente cualquier práctica de la virtud. Esto es, firmeza o fortaleza y constancia. Ningún acto podría ser calificado como virtuoso si no se hiciera con ánimo firme, donde difícilmente podría dudarse. Un juez, cuando se esfuerza por ser fuerte en su profesión, rechazará cualquier tipo de injerencia que lo pueda hacer vacilar en su actuación.

Lo anterior se refleja de manera más clara en la comprensión que de la fortaleza, en sentido estricto, ofrece el Aquinate. En éste, la fortaleza ayuda a resistir los ataques de los vicios, pues quien se ha mantenido firme en situaciones difíciles, estará mejor preparado para resistir otras que ofrecen menor problema. Así, la fortaleza ayuda a la voluntad a eliminar los obstáculos que pueden confundirla a seguir la razón. De ahí que el mismo Aquinate afirme que “(...) es necesario que la virtud que llamamos fortaleza sea la que conserve la voluntad del hombre en el bien racional contra los males mayores: ya que quien se mantiene firme ante ellos, lógicamente resistirá los males menores, pero no viceversa; y también es propio del concepto de virtud tender a lo máximo”.¹⁵²

En la vida judicial los peligros son muchos y de muy variada especie, sin embargo, el que representa mayor desgracia es sin duda el de la muerte. Un buen juez será aquel que se mantenga firme en su

¹⁵⁰ *Ibid.*, II-II, q. 123, a. 2.

¹⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵² *Ibid.*, a. 4.

actuación ante los peligros que dicha labor implica, incluso los que eventualmente puedan poner en riesgo su vida. De ahí que el Aquinate, hablando de la guerra justa en sentido particular, afirme sin cortapisa alguna que la fortaleza se demuestra, por ejemplo, "(...) cuando el juez, o incluso una persona privada, no se aparta del juicio justo por temor a la espada inminente o cualquier otro peligro, aunque le acarree la muerte".¹⁵³

Un ejemplo de la idea general de fortaleza en la labor del juez es resumida muy bien en el *Código de Ética de la Provincia de Santa Fe*, Argentina, el que se refiere a ella en el artículo 3 numeral 15, al señalar: "El juez debe guiarse por la conciencia clara de su alta responsabilidad y, consiguientemente, adoptar las decisiones que correspondan no obstante el riesgo que ellas conllevan".

4. La templanza como virtud esencial del juzgador

Otra de las virtudes que poco suele mencionarse, siendo por mucho una de las más importantes en la labor judicial, es la virtud de la templanza, la cual indica la moderación de "(...) los apetitos y el uso excesivo de los sentidos, sujetándolos a la razón".¹⁵⁴ Esta es la noción central que la tradición realista explica al tratar la templanza. Tomás de Aquino, por ejemplo, dirá que ésta "(...) aparta al hombre de aquello que le atrae en contra de la razón (...)", como son, por ejemplo, los bienes sensibles y corporales, no porque éstos sean malos en sí, sino cuando éstos no se encuentran sometidos a la razón, o van en contra de ella. Dice el doctor Angélico: "La oposición de estos bienes a la razón radica en el hecho de que el apetito sensitivo los busca de un modo irracional".¹⁵⁵

Con la templanza sucede lo mismo que con la fortaleza, no se busca tanto hacer el bien, concretar lo justo, porque esta función ya fue hecha por la prudencia y la justicia, sino conservar tal bien, proteger y resguardar lo justo. Ésta tiene como objetivo primario mantener la tranquilidad del espíritu humano. Su finalidad es, así, poner orden en el interior del hombre, el cual muchas veces se oscurece por las inclinaciones más fuertes y elementales de la existencia humana: el comer, el beber y la inclinación sexual. "La templanza se opone a toda perversión del orden interior, gracias al cual subsiste y obra la persona moral. Cuando las fuerzas mismas de conservación, de verificación y perfeccionamiento del yo quieren producir la destrucción, se inicia la batalla entre la templanza y la inmoralidad, disputándose el derecho de

¹⁵³ *Ibid.*, a. 5.

¹⁵⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 1957.

¹⁵⁵ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q 141 a. 4.

imponer cada una sus leyes".¹⁵⁶ Comprendida así la templanza se convierte en un requisito esencial para poder juzgar bien.

Estos bienes sensibles y corporales son fundamentalmente, como hemos dicho, los placeres del comer, del beber y los sexuales.¹⁵⁷ Éstos no deben ser considerados *per se* negativos, sino que han de ser controlados por la virtud de la templanza. De este modo, un juez, para juzgar con acierto ha de ser un hombre templado en dichos apetitos y placeres. La adicción, por ejemplo, a ciertas sustancias suele ser muy recurrente. Y todos sabemos que vicios como el alcoholismo hacen perder el sentido de sí mismo, y en el caso de los jueces, pueden llevarlos a decidir sin un conocimiento pleno del caso, colocando a las partes en una situación desfavorable. Es claro que esto no sucedería si el juez fuera un hombre templado en sus apetitos.¹⁵⁸

En la actividad judicial es recurrente encontrar ejemplos prácticos que reflejan muy bien cuándo la vida privada de los jueces y las prácticas viciosas que en ellas llevan a efecto, afecta de manera determinante la función jurisdiccional. Varios de estos ejemplos los ha hecho notar Jorge Malem, y yo expongo aquí sólo algunos de ellos.

Por ejemplo, se sabe de jueces que tienen fuertes problemas con el alcohol y con las drogas. Sobre el tema del alcoholismo se conocen casos de jueces que suelen llegar ebrios a las sesiones colegiadas, y las más de las veces tales reuniones son suspendidas por el inconveniente estado en el que se encuentra el juez en cuestión.¹⁵⁹

Se conocen también jueces que si bien no aparentan estar bajo los efectos de alguna sustancia, sufren ya una adicción permanente, por lo cual se encuentran afectados en sus facultades físicas y mentales. Estas personas no pueden ser buenos jueces, pues ya han perdido el control sobre sí mismos necesario para juzgar bien.

Otro ejemplo es el del juez que lleva una vida sexual incontrolada, poco ortodoxa, o que simplemente sus prácticas son reprobadas por la sociedad donde ejerce su labor profesional. De este modo, se conocen

¹⁵⁶ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, *op.cit.*, p. 228.

¹⁵⁷ *Cfr.*, TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q 141 a. 4.

¹⁵⁸ Para estos y otros ejemplos *Cfr.* MALEM, J., "La vida privada de los jueces", en *La función judicial. Ética y democracia...*, *op. cit.*, pp. 163-179.

¹⁵⁹ Una reflexión sobre la forma en que afecta el problema del alcohol en el ámbito de la administración de justicia federal en: TODOPÓ HERNÁNDEZ, C. H., "Algunas causas éticas de responsabilidad administrativa en el sistema jurisdiccional federal", en *Reforma Judicial* 7, México, 2006, pp. 148-156.

jueces que suelen asistir a lugares donde hay prostitución, homosexual o heterosexual, o que constantemente están haciendo proposiciones sexuales (aunque éstas sean veladas) a la gente que trabaja en su entorno; o que se reúne con ciertas personas para ver películas pornográficas, etcétera. Aquí, sin duda, se pone en juego no sólo la templanza del hombre que juzga, sino también la independencia en la toma de decisiones. Se entiende entonces que a pesar de que la vida sexual de los jueces debe ser un ámbito reservado a la intimidad de las personas, se acepta también que en el caso particular de estos servidores públicos, el ámbito privado del juez adquiere un cariz diferente y hasta público.¹⁶⁰

De modo que, como en el alcoholismo, la lujuria desordena la moral del hombre, dando lugar entonces a una ceguera de espíritu que imposibilita a la persona para distinguir correctamente los bienes humanos. El intemperante sexual no tiene un espíritu sereno, necesario para poder juzgar con detenimiento. La lujuria "(...) paraliza y aniquila más tarde la capacidad de la persona en cuanto ente moral, que ya no es capaz de escuchar silencioso la llamada de la verdadera realidad, ni de reunir serenamente los datos necesarios para adoptar la postura justa en una determinada circunstancia".¹⁶¹ Así, el juez lujurioso difícilmente podrá, en la reflexión y ponderación del asunto que está tratando, llevarlo a efecto serenamente, tratará el problema jurídico en forma dispersa y de manera ligera. En el juicio, este juez no podrá ponderar los pro y contras de la situación concreta. Y a la hora de juzgar lo hará con los vicios y errores que no ha podido anular en la reflexión ni en el juicio.

Es muy difícil que las partes en el proceso, o la sociedad misma, puedan tener confianza en jueces que incurren en las prácticas antes referidas. Creo que se puede aceptar entonces que estos apetitos y pasiones, no estando sujetos a la virtud de la templanza, no pueden ayudar a tener un buen derecho en la sentencia del juez. Es todo lo contrario. Un juez con esos vicios acarreará el desprestigio personal y el de todo el Poder Judicial. Por eso se exige que el juez se ejercite en la virtud de la templanza, la que como señala el Aquinate: "(...) no sólo procura que no se opongan a la salud y al bienestar del cuerpo, sino que no *vayan contra el bien*, es decir, contra la honradez humana, ni *sobrepasen los medios*, es decir, que no sean superiores a las propias posibilidades económicas".¹⁶²

¹⁶⁰ El ejemplo de la mujer lesbiana me parece especialmente esclarecedor: "Se puede pensar en el caso de una mujer que ya siendo estudiante de la facultad de derecho forme parte de las asociaciones universitarias de gay y lesbianas haciendo pública su sexualidad no heterosexual. Que en su profesión como abogado siempre hubiera defendido a colectivos lésbicos no sólo en los tribunales sino también en numerosos y diferentes foros: en la prensa escrita, a través de la televisión, impartiendo conferencias, etcétera. En todas sus manifestaciones deja constancia de su apoyo decidido hacia las asociaciones de homosexuales y a la necesidad de su reconocimiento jurídico. Y que luego de acceder al puesto de juez, tiene que decidir un asunto que trata sobre el cierre de determinados locales donde se fomenta el asociacionismo homosexual. ¿Estaría esta persona en condiciones de decidir con imparcialidad?". MALEM, J., "La vida privada de los jueces", en *La función judicial. Ética y democracia*, op. cit., p. 172.

¹⁶¹ PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, op. cit., p. 240.

¹⁶² TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q 141 a. 4.

5. La independencia como primera virtud específica de la labor judicial

Después de haber tratado en forma general el tema de las virtudes cardinales, y del importante papel que éstas juegan en la labor jurisprudencial, estamos en condiciones de abordar aquellas que la doctrina, y buena parte de los códigos de ética o documentos análogos, denominan "judiciales".

Una de las virtudes que más se mencionan como específicas y propias en la labor del juzgador es la de la independencia judicial. Ésta, como se sabe, no se encuentra en la nómina de las virtudes cardinales explicadas hasta ahora. Sin embargo, la propia tradición realista nos ofrece los argumentos necesarios para dar una justificación racional de ésta. Así, se puede afirmar taxativamente que la independencia judicial es, principalmente, la autonomía de conciencia del juez en cuanto tal. Comprendida la conciencia como aquel dictamen o juicio de la razón práctica que establece la conformidad del acto humano (razón y voluntad) con el bien, o lo justo, objetivamente hablando, en el caso específico que le toca resolver.

Lo anterior nada tiene que ver con la falsa idea de que un juez es independiente cuando sentencia basado en los dictados de una conciencia puramente subjetiva. En rigor, la independencia es la exacta correspondencia que existe entre razón y voluntad del juzgador, y un dato objetivo del bien, o de lo justo, en el caso planteado. Es la conformidad de una acción (la de juzgar) con una regla objetiva (lo justo) lo que hace al juez ser realmente independiente.

Son premisas fundamentales para comprender la noción anterior las siguientes. En primer lugar, se ha de reconocer que la razón (guía de la acción) del juez es recta, está bien formada y ofrece el dictamen de licitud o ilicitud de tal acción. En segundo lugar, es necesario también el reconocimiento de una realidad objetiva de las cosas, esto es, el bien en sentido objetivo, o lo justo en el caso del Derecho; "(...) si no existe esa realidad objetiva —dice Hervada—, no hay el término de contraste para hablar de verdadero y falso",¹⁶³ en el caso particular del ámbito jurídico, de lo justo y de lo injusto. De no ser así, la conciencia del juez sería pura subjetividad y su independencia pura arbitrariedad.

La realidad confirma plenamente ambos supuestos. En primer lugar, el juez, cualquiera que éste sea, debe ser una persona con una razón recta, bien formada, precisamente por eso es por lo que es elegido como tal, por tener la disposición de obrar el bien, de concretar realmente la justicia. Hasta ahora no se ha conocido ningún caso en que alguien sea nombrado juez sabiendo de antemano que no hará justicia.

¹⁶³ HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 69.

En segundo lugar, parece igualmente claro que sin un referente objetivo (lo justo, o su derecho), el juez no sólo no tendría ningún criterio para decidir, sino que en cualquier caso lo haría arbitrariamente, exponiéndose a todo tipo de rechazo, igual de su propio gremio de juristas que de la sociedad en general.

Expuesto lo anterior quisiera hacer un breve comentario a la explicación que ofrece el profesor Joseph Aguiló de esta virtud que él denomina «principio» en un trabajo titulado "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", publicado en el número 6 de la revista *Isonomía*.¹⁶⁴

En la parte que considero sustancial, el profesor Aguiló piensa que una de las deformaciones que se suele tener a la hora de hablar de independencia del juez es la de asimilar ésta con la autonomía. Señala en la parte conducente:

Muchas veces se oye decir que es independiente el juez que actúa desde la 'propia convicción', aproximando –creo indebidamente– la independencia a la autonomía. La propia convicción, la autonomía, puede justificar al sujeto moral; pero me parece claro que no tiene sentido interpretar el poder normativo del juez como un poder para que el sujeto titular del mismo pueda realizar su autonomía.¹⁶⁵

En mi opinión, el referido autor tiene razón en la anterior afirmación. El papel del juez como figura institucional no debe servir para realizar su propia autonomía, cuando ésta es comprendida como puras convicciones personales basadas en un interés individualista. Sin embargo, la expresión autonomía no sólo tiene el significado que el referido profesor le atribuye, existe otro significado de ésta. Es el reseñado arriba: el de reconocer que el juez es realmente autónomo y por tanto independiente cuando es orientado por la recta razón al juzgar y reconoce una regla objetiva (lo justo de cada quien), que será lo que finalmente le lleve a tomar una decisión. Esto es lo que hace a un juez ser realmente independiente. La autonomía, por tanto, en este caso, es esa correspondencia entre la razón y voluntad rectas, y el reconocimiento y aceptación de lo justo de cada quien como dato objetivo.

Lo anterior se comprende mejor si se explica que por la expresión "lo justo" queremos decir exactamente "Derecho" (en sentido amplio, no sólo el expuesto en sentido normativo) aquello que corresponde a cada quien. De modo que un juez será independiente si hay esa exacta correspondencia entre la razón

¹⁶⁴ Cfr. AGUILÓ, J., "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en *Isonomía*, No. 6, México, 1997.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 76

recta y el Derecho como lo justo, y si el juzgador falla con base en ese Derecho. Desde esta perspectiva parece entonces que no existe ningún inconveniente en aceptar la explicación que el profesor Aguiló ofrece de lo que es la independencia del juez, al señalar que ésta es un deber del juzgador y un derecho del ciudadano. En el caso del juez, éste se traduce en obedecer al Derecho, y en el caso del ciudadano, en ser juzgado desde el Derecho.

Ahora bien, cualquier elemento que interfiera en esa correspondencia, proveniente del mundo exterior y de sus factores sociales, incluyendo, por supuesto, los que pueden esgrimir las propias partes, pero también los provenientes del mundo interno, o de las "convicciones personales" del propio juez, atentarían o vulnerarían dicha independencia. Esta es la idea que servirá en el código mexicano para explicar después la independencia, imparcialidad y objetividad del juzgador.

6. La imparcialidad como segunda virtud específica del juzgador

La imparcialidad trata —dice Aguiló— "(...) de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso".¹⁶⁸ Se entiende así como una especie de la independencia, pero ahora referida específicamente a las influencias o móviles que pueden provenir del interior mismo del proceso judicial, e influir en la deliberación y resolución definitiva a la que el juez llegue.

La conciencia moral del juzgador reflejada en su razonamiento prudencial, ha de estar inmune de cualquier influencia o motivo externo que provenga del proceso mismo. De este modo, el juez ha de evitar que tales factores puedan llegar a determinar de manera sustancial y definitiva en su decisión final. No se quiere decir con esto que el juez no valore en forma personal lo positivo o negativo de las acciones de las partes; por ejemplo, ¿cómo se puede ser neutro cuando se encuentra ante un violador o un secuestrador?; el derecho en sí mismo es un acto de valoración, sino que tales valoraciones no pueden ser tan radicales que afecten de manera determinante su decisión, al no ajustarse a la aplicación del derecho. Así, el juez imparcial es el que, guiado por esa conciencia recta, resuelve el problema apeándose a lo señalado por el Derecho.

El derecho procesal suele señalar como expresiones de la imparcialidad del juez las recusaciones y las abstenciones. Ambas figuras se invocan por las partes, o por el mismo juzgador, cuando existe un impedimento legal o moral por el cual el juez se encuentra impedido para conocer el asunto. Así, el parentesco, la amistad íntima o enemistad manifiesta, el interés personal en el asunto, o el que pueda tener su cónyuge, o

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 77.

algún familiar cercano, etcétera, son impedimentos que suelen presentarse en el desarrollo del proceso, y ante los cuales el juez debe tomar las medidas necesarias para recusarse o abstenerse de conocer el asunto.

7. La objetividad como tercera virtud específica del juez

Probablemente la virtud más compleja a tratar sea la de la objetividad. Es relativamente sencillo darse cuenta cuándo se está delante de una violación a la independencia e imparcialidad del juzgador, pero no lo es tanto saber cuándo se está delante de una contravención a la objetividad, ya que ésta se da en el ámbito interno de la persona. La objetividad como virtud judicial es la actitud que ha de asumir el juez para rechazar las influencias o motivos que en su fuero interno puedan conducirlo a tomar una decisión que esté más apegada a dichas motivaciones que al Derecho. Criterios como la búsqueda de algún tipo de reconocimiento, sea personal o profesional, la defensa de las ideologías políticas, sentimientos o convicciones religiosas, deben ser rechazados si se pretende ser objetivo.

Lo anterior, plantea problemas de consideración, ¿cómo dejar de lado rasgos tan importantes de la personalidad de un juez a la hora de redactar una sentencia? Se habían señalado anteriormente (en el caso de la imparcialidad) las dificultades que plantea tomar distancia del problema mismo y de las partes en éste involucradas, ¿cómo mantener ahora distancia cuando se está delante de un violador o un secuestrador, de un traficante de drogas? Pues si esto ofrece especiales problemas, los mismos se agudizan en el caso de la objetividad.

En mi opinión, esta virtud plantea la relación que existe entre la conciencia del juzgador y el problema jurídico que ha de resolver. Aunque sea reiterativo se ha de insistir en que la expresión conciencia no ha de entenderse aquí como un dictamen subjetivo, sino como aquel juicio de la razón práctica sobre la conformidad de la acción humana y lo que es justo, entendido este último en sentido objetivo. Así, la objetividad como virtud del juzgador será esa correspondencia entre la conciencia del juez y el derecho de cada cual. Una conciencia bien formada, que tiene como antecedente igualmente una razón también adecuadamente fundada, sólo puede emitir un juicio sobre lo que es suyo de cada quien, como regla objetiva, independientemente de cualquier factor interno o personal que pueda influir para desviar su decisión.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Sobre el tema de objetividad como principio moral del juzgador, me he detenido un poco más en: SALDAÑA, J., "La objetividad como principio moral en la labor judicial", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 21, ..., *op. cit.*, pp. 215-234. Igualmente, dentro de la poca pero interesante bibliografía reciente *cf.* HIGUERA CORONA, J., "Objetividad y conciencia moral: un enfoque desde la perspectiva filosófica, referido al ámbito de la judicatura federal", en *Ibid.*, pp. 135-149.