

Virtudes judiciales sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho*

MANUEL ATIENZA

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante

A la memoria de Genaro R. Carrió

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RAZONES DE UN OLVIDO. III. QUIÉNES Y CÓMO SON LOS JUECES. IV. MODELOS DE JUEZ. V. EN BUSCA DE UN CONSENSO: VALORES JURÍDICOS Y VIRTUDES JUDICIALES. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII: BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como supongo les ocurre a otros filósofos del derecho, siento una cierta inquietud cada vez que soy invitado a participar en mesas redondas con juristas de diversas especialidades y se espera que uno aborde el tema en cuestión —en este caso, el de la selección y formación de jueces— “desde la perspectiva de la filosofía del derecho”. Tal inquietud deriva de la imagen no muy clara —y no siempre acertada— que, me parece, suelen tener los juristas teóricos y prácticos sobre lo que cabe esperar de un iusfilósofo. Simplificando mucho las cosas, diré que, a veces, se recurre a la filosofía del Derecho como un mero ornato cultural (en el fondo, más bien inútil, aunque en ocasiones puede ser provechosamente “utilizado” en labores de legitimación) y en cambio, otras veces, como una especie de “instancia superior” que permite ver más allá y más profundamente de lo que harían los simple juristas. Creo que estas dos imágenes del filósofo del Derecho —desenfocadas por defecto o por exceso— se conectan por paradójico que pueda parecer, con la misma tendencia a identificar la iusfilosofía con el Derecho natural y a éste con el tipo de ideología —una mezcla de formalismo metodológico, conservadurismo político y absolutismo moral— que, durante mucho tiempo, se transmitió en las facultades de Derecho españolas, precisamente bajo este mismo rótulo.

Pues bien, como lo sugiere ya la referencia a la “virtud” presente en el título de mi trabajo, aquí trataré de situarme en término medio entre los dos extremos anteriores. Y a fin de lograrlo, voy a elegir una perspectiva no tan abstracta que nos proporcione una visión excesivamente difuminada de la realidad, pero, al mismo tiempo, suficientemente distante —y amplia— como para generar críticas y, quizá también, alternativas.

* Este trabajo es una reelaboración de la intervención del autor en la II Conferencia de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, organizada por el Consejo General del Poder Judicial y celebrada en Madrid en octubre de 1997.

En concreto, mi exposición girará en torno a cinco preguntas que guardan entre sí un cierto orden lógico, en el sentido de que la contestación a cada una de ellas conduce a plantearse una nueva pregunta, hasta llegar a la última respuesta que podría verse como una propuesta alternativa.

II. LAS RAZONES DE UN OLVIDO

La primera cuestión a plantearse es, lisa y llanamente, la siguiente: ¿Cómo es posible que, tratándose de un problema de semejante importancia, se haya reflexionado relativamente tan poco sobre él? Si casi todos estuviéramos de acuerdo en que “el derecho” es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican¹ o, por lo menos, en que no cabría hablar de un buen Derecho con malos jueces, ¿a qué se debe el hecho de que en España nos hayamos preocupado tan poco por la formación y selección de nuestros jueces? Obviamente, habría alguna excepciones que hacer², pero la realidad es que ni la doctrina jurídica ni los propios jueces ni la opinión pública en general se han (pre)ocupado mucho de la cuestión.

En el caso de la doctrina jurídica (lo que solemos llamar también dogmática o ciencia jurídica), la explicación, me parece a mí, deriva del modelo muy formalista de dogmática jurídica que ha sido dominante —aún lo es— en nuestra tradición y que ha llevado a separar muy tajantemente a esta disciplina de la sociología y de la política del derecho. A ellos se suma la tendencia a ver en la dogmática jurídica más una “ciencia” que trata de construir un sistema, que una técnica encaminada a la resolución de problemas prácticos. Y el resultado ha sido la propensión a incurrir en verdaderas “deformas ideológicas”, al plantearse —e intentar resolver— problemas que en realidad no lo eran, o que estaban mal enfocados (el mejor ejemplo sigue siendo el de las “naturalezas jurídicas”) y a dejar de lado —o, por lo menos a relegar— otros de gran importancia práctica. Así, los dogmáticos del Derecho Penal suelen considerar que la parte “noble”, verdaderamente científica, de su disciplina la constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega quizá a su cenit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención, y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: como si pudiera estudiarse el estudio del delito, de la pena y de su ejecución! Y, en forma semejante, los procesalistas parecen haber otorgado su favor a la elucidación de ciertas nociones en las que se asienta la “ciencia procesalista” (las de jurisdicción, proceso y acción), en detrimento de la “parte orgánica” del Derecho procesal, bajo la cual, en principio, caería el tema de selección y formación de los jueces. En ambos casos, pues, los juristas teóricos tienden a desentenderse de aquellas cuestiones sociológicas, éticas y políticas, y a las que no parecen considerar como objetos de verdadero interés científico.

1 Van CAENEGAN, Raoul. *I signori del diritto*. Milán: Giuffrè, 1991, p. 1261.

2 Véase, por ejemplo, AUGER, Clemente. “La formación y selección del personal judicial”. En: *Documentación española*, núms. 45 y 46, mayo-junio de 1985; AROZAMENA, Jerónimo. “Sistema español de formación judicial. La carrera judicial”. En: *Documentación Administrativa*, núm. 210-211, mayo-septiembre de 1987, pp. 269-306; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *Sistemas Jurídico y formación de jueces y abogados*. Barcelona: PPU, 1995 y, sobre todo, ARLET, José Luis. *Jueces, política y justicia en Inglaterra y en España*. Tesis de doctorado (inédito) 1997.

Por lo que se refiere a los jueces (quienes no parecen haber discutido mucho sobre el problema en general, aunque sí sobre concretos procesos de selección), la explicación parece tener bastante que ver con el corporativismo de la profesión y con el hecho de que los jueces españoles han constituido, hasta fecha muy reciente, un estamento sumamente homogéneo desde el punto de vista de su ideología y de su extracción social. Así (tomos los datos de una conocida obra de José Juan Toharia)³, en 1972 no había ni un solo juez que fuera hijo de obrero, y sólo había una mujer juez; en 1984, sólo el 4% de los jueces tenía un origen obrero, y las mujeres jueces habían llegado a superar el 11% de la profesión; pero en ambas fechas, aproximadamente la cuarta parte de los jueces eran hijos de jueces, abogados, notarios y otros profesionales del derecho. Y, por lo que se refiere a la ideología, es elocuente el hecho de que los cambios a la composición interna de la judicatura (ni la república ni el franquismo ni la democracia efectuaron ninguna verdadera “purga” en la carrera), lo cual, en el caso de regímenes autoritarios como el franquismo, sólo se puede tener una explicación: no era necesario ejercer ningún control político desde el exterior, porque existía una autorregulación interna (vinculada, obviamente, con el origen social antes recordado). Nada de extraño, por ello, que el juez español se haya considerado tradicionalmente a sí mismo como un funcionario (en el extremo, como un sacerdote) que se limita a aplicar las normas dictadas por el legislador (verdadera plasmación de la ley natural o de la ley eterna para quienes, en otro tiempo, gustaban de comparar al juez con el sacerdote). Y, para asegurar, la pervivencia de ese tipo de juez, nada mejor tampoco que un sistema de oposiciones, controlado además por los propios jueces, y dirigido simplemente a comprobar que se poseen ciertos conocimientos técnico-jurídicos o, aún más simplemente, que se conoce cuál es el Derecho vigente que ha de ser aplicado.

Todo ello, como es obvio, ha cambiado de manera bastante radical en los últimos años. El estamento judicial es mucho más heterogéneo, no sólo desde el punto de vista social, sino también geográfico y sexual (o “de genero”, como ahora se dice): la espectacular irrupción de las mujeres en la carrera judicial no es todavía un fenómeno muy visible en las instancias superiores de la judicatura, pero, obviamente, es sólo cuestión de tiempo. El pluralismo ideológico se patentiza a través de la diversidad de asociaciones judiciales. Y los cambios sociales, ideológicos y jurídicos sobrevenidos han hecho que el anterior modelo de juez haya dejado, simplemente, de resultar funcional. En este sentido, la promulgación de la Constitución vino a significar el acta de defunción de ese modelo, como desde entonces resultó claro para muchos. García de Enterría —y es sólo un ejemplo— escribió, en el prólogo de un libro dedicado a la historia jurídica y judicial estadounidense⁴: “Me parece evidente que de la Constitución tendrá que derivar una pérdida del legalismo y que el juez va a adquirir una responsabilidad nueva que en buena medida va a hacer de él un protagonista mucho más relevante de nuestra vida jurídica de lo que hasta ahora se le ha permitido”. Y Clemente Auger, en el trabajo antes mencionado⁵, arrancaba precisamente de la “necesidad inexcusable” de solucionar el problema de la selección, la formación y el perfeccionamiento del personal al servicio

3 TOHARIA, José Juan. *¡Pleitos tengas! (...) Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987.

4 SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Traducción de E. Alonso, prólogo de E. García de Enterría. Madrid: Civitas, 1980, p. 14.

5 AUGER, Clemente. Ob. cit., nota 2, p. 199.

de la justicia. “Ahora —señalaba— se mantiene la necesidad de ir al encuentro del juez constitucional, ahora se reconoce la función política del juez y el resultado político de la decisión judicial y su pretensión de plena eficacia. Se reconoce que la independencia del juez ha de configurarse como ámbito de libertad del mismo, donde su preparación técnica y ética, donde su vocación o inclinación profesional le permitirán llegar a ser el juez distinto previsto como tal en la Constitución”.

En resumen, cabría decir que, hasta hace poco, el problema de la selección y formación no se lo habían planteado los jueces españoles, simplemente porque no era percibido por ellos como un problema. Ahora ya es percibido como tal, pero parece que aún no ha llegado el momento —o la ocasión— para una discusión a fondo del mismo.

Por lo que se refiere a la opinión pública, parece claro que, hasta hace también muy poco tiempo, la figura del juez se les aparecía a los españoles como algo lejano e impersonal, como la encarnación de un poder que podía infundir temor, pero que resultaba estrictamente ajeno, cuando no incomprensible: la idea de discutir como seleccionar a los jueces y qué tipos de cualidades deberían éstos poseer, no podía estar —consideraciones políticas aparte— en la lista de los intereses de la opinión pública. No hace falta recordar que el fenómeno de los “jueces estrella” es muy reciente y que, con anterioridad, los jueces españoles no gozaban de mucha popularidad, ni siquiera dentro del mundo del derecho. Si en los años setenta y primero de los ochenta se hubiera hecho una encuesta (cosa que ignoro) entre estudiantes de la facultades de derecho, se habría llegado, creo yo, a la conclusión de que prácticamente nadie conocía el nombre de algún juez español, notable por su labor en cuanto juez (dejando, pues, de lado posibles conexiones familiares o de amistad). En nuestra cultura jurídica, el Derecho ha sido encarnado por la figura —generalmente anónima— del legislador, y quizá también, de algún teórico del Derecho especialmente destacado. Pero la figura del juez ha sido relegado a un papel secundario —y bastante “invisible”—, lo que, en cierto modo, se corresponde con un sistema de “Derecho continental” basado en la primacía de la ley, del código, cuyo sentido —al menos originariamente— fue el de establecer un bastión frente a la arbitrariedad de los jueces. Resulta interesante recordar —como muestra de la aversión hacia los tribunales y hacia los jueces con que inicia el Derecho del “nuevo régimen”— que la Revolución francesa abolió por ley las facultades de Derecho (en 1793) e introdujo en las escuelas públicas lecciones elementales de Derecho para crear “ciudadanos virtuosos” que no necesitan acudir a los tribunales⁶. Nosotros, quizá más realistas —y pesimistas— hemos aceptados que los tribunales eran un mal necesario, cuando no una maldición⁷. Y, de manera bien “contrarrevolucionaria”, hemos encerrado el estudio del Derecho en las facultades universitarias (¿no es extraño que en las recientes polémicas sobre el estudio del latín, el griego, la filosofía o la historia en el bachillerato nadie haya reivindicado el del derecho?), produciendo así una cultura jurídica con muy pocos contactos hacia el exterior. Un cierto remedio para este aislamiento podría procurar el jurado, cuya justificación (dejando a un lado el hecho de su consagración constitucional) debería verse, me parece a

6 Van CAENEGAN, Raoul. Ob. cit., nota 1, p. 1351.

7 TOHARIA, José Juan. Ob. cit., nota 1.

mí, más que en su contribución a producir decisiones más justas o a “legitimar” la administración de justicia, en la labor de pedagogía jurídica que supone.

III. QUIÉNES Y CÓMO SON LOS JUECES

Parece, pues, probable que la respuesta a la anterior pregunta haya que encontrarla en el carácter fuertemente formalista de nuestra cultura jurídica, junto con el tradicional corporativismo judicial y una opinión pública escasamente activa. Pero entonces, la siguiente pregunta que surge es esta: ¿de qué manera se seleccionan y forman los jueces en otros sistemas jurídicos y, en particular, en aquellos con las características muy opuestas al nuestro, es decir: poco formalistas, no corporativistas y con una opinión pública preocupada por quiénes y cómo son los jueces?

Van Caenegán⁸ en un interesante estudio dedicado al tema, ha señalado que, tradicionalmente, la judicatura fue una profesión nada abierta y muy poco representativa desde el punto de vista social: sus miembros procedían mayoritariamente de la aristocracia o de la pequeña nobleza. Y esto vale también para el caso de Inglaterra (a pesar de una cierta idealización del “juez inglés”), donde la judicatura se independizó del poder político mucho antes que en el continente, pero sus jueces no fueron en absoluto más “populares”, al menos desde el punto de vista de su extracción social⁹. En términos generales, Van Caenegán distingue tres sistemas de selección: a) nombramiento por la máxima autoridad política; b) elección popular; c) formación de una casta judicial, a la que se ingresa por razones de nacimiento o por procedimientos de cooptación. En su opinión, “en la vieja Europa prevaleció, formalmente hablando, el nombramiento por parte del soberano pero, en realidad, la elite judicial y profesional tuvo por lo general el control de la situación” (p. 129). Y, por lo que se refiere a momentos más recientes, lo que se encontraría, tanto en relación con los países europeos como con estados Unidos, sería una mezcla de estos tres sistemas, aunque con notables diferencias en cuanto al peso de cada uno de ellos. Así, mientras que en Europa sigue teniendo una gran importancia el tercero de los sistemas (obviamente, con modificaciones no banales: los requisitos para ser cooptado no pueden ser otros —en nuestros Estados constitucionales— que el mérito y la capacidad), la situación en los Estados Unidos es notablemente distinta. Por un lado, el primero de los sistemas tiene una indudable importancia, ya que los jueces federales y los miembros de la Corte Suprema son nombrados por el presidente, con la intervención del Senado; además en muchos Estados son los gobernantes quienes nombran a la magistratura. Por otro lado, el elemento democrático tiene un mayor peso que en Europa, no sólo por la importancia del jurado, sino por el hecho de que en algunos Estados los jueces son elegidos por el pueblo. Y finalmente, el elemento oligárquico —típico de la tradición europea— es allí prácticamente inexistente: el único rastro que podría encontrarse de cooptación es que las asociaciones de abogados presentan informalmente una lista de candidatos (que no tiene valor vinculante) al presidente o a los gobernantes.

El caso de los Estados Unidos parece ser, pues, de especial interés para nosotros: no es sólo que el sistema de selección de sus jueces sea el más opuesto al nuestro, sino que la cultura jurídica presenta allí también unos rasgos opuesto a los que —como

8 Van CAENEGAN, Raoul. Ob. cit., nota 1.

9 Cfr. ARLET, José Luis. Ob. cit., nota 2, pp. 29 y ss. y pp. 335 y ss.

hemos visto— parecen haber determinado que no nos hayamos ocupado mucho de ese problema. Veámoslo brevemente.

Por lo que se refiere al carácter poco formalista de la cultura jurídica de los Estados Unidos, hay un simple dato que resulta elocuente. El autor allí considerado como principal representante del formalismo jurídico es nada menos que Christopher C. Langdell, esto es, el jurista que, desde Harvard, revolucionó la enseñanza del Derecho en su país (a partir, más o menos, de 1870), introduciendo el *case method* y método socrático. Como muy acertadamente ha observado Pérez Lledó¹⁰, aunque la concepción de Langdell puede efectivamente considerarse formalista en diversos sentidos (por un lado, el *case method* buscaba en realidad la sistematización del derecho, aunque fuera a partir del estudio de casos concretos que operaban como una especie de material “en bruto”, por otro lado, el método trataba de aislar el estudio del Derecho tanto del mundo del ejercicio profesional como de las demás disciplinas sociales), sin embargo, vista desde el prisma europeo —y más todavía desde el español— sus reformas no nos parecen nada formalista: “Al fin y al cabo —escribe Pérez Lledó— el *case method* por el énfasis en las sentencias concretas de los jueces más que en las reglas generales y abstractas del Derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrinales; en la discusión participativa en las aulas en lugar de la pasividad y el dogmatismo de la lección magistral; en la formación metodológica y en la capacidad argumentativa jurídica en lugar de simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas”¹¹.

El no-corporativismo judicial resulta también bastante patente. Como prueba de ello puede servir —además de los antes indicado— una de las conclusiones a las que llega Bernard Schwartz¹², cuando examina la historia del Derecho estadounidense a través de la biografía —y de la obra práctica— de los que considera como los “diez mejores jueces”. Schwartz señala que Earl Warren (considerado hoy en día como el número dos de la lista y que —como se sabe— fue quien presidió la Corte Suprema de ese país en el periodo más innovador de su historia: los años 50 y 60) había sido, antes de ser nombrado por el presidente Eisenhower, básicamente un político (gobernador de un estado). Y que, de los diez de la lista, sólo Holmes podía considerarse como un juez de carrera, aunque, desde luego, un juez muy especial; de él se escribió que “era un hombre de mundo a la vez que un filósofo e, incidentalmente, un jurista”¹³; como se ve, características que probablemente le habrían impedido convertirse en juez en un país como España.

Y por lo que se refiere al interés que en la opinión pública despierta el nombramiento de los jueces —en particular, los de la Corte Suprema—, bastará con remitir el debate que tuvo lugar hace poco más de una época —en 1987— con ocasión de la “nominación” de Robert Bork por el presidente Reagan, y que dio lugar a una amplia literatura, dentro e incluso fuera de los Estados Unidos. “Tras dos meses de activa

10 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “La enseñanza del derecho en los Estados Unidos”. En: *Doxa*, N.º 12. 1992, pp. 41-93; ídem, *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996.

11 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “La enseñanza del derecho en los Estados Unidos”. En: *Doxa*, Ob. cit., nota anterior, p. 75.

12 SCHWARTZ, Bernard. Ob. cit., nota 4.

13 Ídem, p. 581.

campaña (cuestiones callejeras, espacios en radio y televisión, búsqueda de apoyos políticos, gran actividad de los *lobbies* más importantes) comienzan las audiencias el 15 de septiembre de 1987. El procedimiento —explica Miguel Beltrán— consiste en que el candidato se somete a ellas ante la Comisión de Asuntos judiciales del Senado, Compuesta por 14 miembros, y éste eleva una recomendación —no vinculante— al Pleno, que es quien se pronuncia en última instancia”¹⁴. En este caso, las audiencias —que prácticamente duraron un mes— fueron retransmitidas por numerosas cadenas de televisión y suscitaron un enorme interés y apasionamiento por parte de la opinión pública; en las mismas participaron políticos y juristas que debatieron con el candidato sobre numerosos problemas y, en particular, sobre la interpretación de los derechos fundamentales de los individuos; concluyeron el 13 de octubre, con una recomendación negativa de 19 votos contra 5, que venía a reflejar el temor de un amplio sector de la opinión pública a que el nombramiento de ese juez tuviese efectos negativos respecto al futuro de derechos constitucionales polémicos, como el aborto, la eutanasia, determinados aspectos de la libertad de la expresión, etcétera. El contraste con lo que hasta ahora ha ocurrido en nuestro país explica la pregunta que, de manera retórica, formula Alonso García comentando la situación: “¿sabe alguien en España qué pensaban acerca del derecho, la política, la moral, la sociedad, la vida(...) algunos de los candidatos llegados después a magistrados de nuestro Tribunal Constitucional?”¹⁵.

IV. MODELOS DE JUECES

La contestación a las dos anteriores cuestiones lleva a distinguir dos modelos de juez (en cuanto “tipos ideales”) que operan en los diversos sistemas jurídicos de los Estados constitucionales y que se corresponden con dos características concepciones del derecho: la formalista y la realista. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que la imagen que el juez formalista tiene del Derecho y de su función se resume en las siguientes afirmaciones¹⁶: 1) el Derecho es básicamente un sistema general de normas, obra del legislador, y que, por tanto, preexisten al juez; el Derecho tiende a identificarse así con la ley, pero ésta no es vista simplemente como producto del legislador histórico, sino más bien del legislador racional; 2) el Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta por cada caso: un supuesto no regulado explícitamente —o regulado insatisfactoriamente— puede, sin embargo, resolverse dentro del sistema, merced a la albor de los científicos del Derecho —y de los propios jueces— y que consiste en “desarrollar” los conceptos creado por el legislador, 3) en consecuencia, la función del juez es la descubrir el Derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear derecho. Por el contrario, los rasgos que definirían al juez realista sería los siguientes: a) el Derecho es una realidad dinámica, *in fieri*; obra no tanto del legislador, cuanto del juez; b) el Derecho tiene un carácter abierto, indeterminado: el juez no puede realizar su tarea de resolver los casos que se le presentan sin salirse del sistema, esto es, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral, y c)

14 BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Prólogo de E. García de Enterría. Madrid: Civitas, 1989, p. 30.

15 Ídem, p. 16.

16 Sigo de cerca la caracterización presentada por CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965; Ídem, *Algunas palabras sobre la palabra de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

la función del juez, al menos en un aspecto muy importante, consiste en crear nuevo derecho, y no simplemente en aplicar el ya existente.

Si ahora nos preguntáramos cuál de esos dos modelos de juez (caracterizados de manera inevitablemente tosca) se adecua mejor al Derecho de las sociedades democráticas del presente, la respuesta no sería, me parece a mí, muy clara. Por un lado, el juez formalista (más o menos, una idealización de los jueces que operan en los sistemas de Derecho continental) parecería satisfacer, en mayor medida que el segundo (“típicamente”, el juez de la cultura angloamericana), dos requisitos centrales del estado de derecho: el imperio de la ley —expresión de la voluntad popular— y la división de poderes. Sin embargo, por otro lado, el modelo realista parece superior en cuanto permitiría dar cuenta mejor de la complejidad de la labor judicial que los formalistas tienden a simplificar excesivamente; en relación, por ejemplo, con la fundamentación de las decisiones judiciales, la teoría clásica del silogismo judicial —una típica construcción del formalismo jurídico— no es falsa, pero sí insuficiente: la justificación de las decisiones judiciales no es sólo cuestión de lógica¹⁷. De manera que, cabría concluir, si los jueces siguieran sin más el modelo formalista —que, “en abstracto”, parecería preferible—, podríamos encontrarnos con decisiones que no satisficieran nuestra expectativas de justicia.

Naturalmente, la dificultad —o imposibilidad— de optar simplemente por alguno de los anteriores modelos no es, en principio, un problema irresoluble. Así, el positivismo contemporáneo en la teoría del Derecho —representado por autores como Hart o Carrió— vendría a sostener una concepción intermedia con respecto a las dos anteriores, aunque quizá más inclinada hacia el lado del realismo. Ese “realismo moderado”, y tal como lo ha presentado, por ejemplo, Carrió¹⁸, se caracterizaría por: a) negar el carácter cerrado del derecho; las normas jurídicas se expresan en un lenguaje natural que posee ciertos “defectos congénitos”, como la vaguedad: los términos y conceptos jurídicos no puede definirse de manera precisa, esto es, además de zonas claras de aplicación (y de no aplicación) existe siempre, al menos potencialmente, una “zona de la penumbra”, imposible de cerrar *a priori* por el legislador; b) dividir los casos que tienen que resolver los jueces en casos fáciles (supuestos que caen en la zona de claridad de aplicación de las normas) y en casos difíciles (los que caen en la zona de la penumbra): respecto de los primeros, que son la mayoría, la labor de los jueces consiste tan sólo en descubrir (en las palabras de la ley) un sentido preexistente, esto es, en aplicar reglas; pero respecto de los segundos se trata, en sentido estricto, de decidir, esto es, el caso no puede resolverse sin utilizar un criterio (económico, valorativo, etcétera) que no estaba previamente en las reglas, y c) rechazar tanto el formalismo, que no ve los problemas de la penumbra, como el realismo (extremo) que no ve más que la penumbra.

También podría considerarse como más próximo a la concepción realista (pero sin dejar de incorporar elementos formalistas) el modelo de juez propuesto por un autor “pos-positivista” como Dworkin. Como se sabe, la crítica fundamental de Dworkin al positivismo jurídico (al “modelo de las reglas” de Hart) es que el Derecho no consiste

17 Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

18 En una famosa polémica de los años sesenta que enfrentó a Genaro Carrió con el penalista Sebastián Soler; cfr. las obras de CARRIÓ. Ob. cit., nota 16.

únicamente en reglas¹⁹, sino también en principios, esto es, pautas de comportamiento que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etcétera (*policies* o directrices), y exigencia de justicia, equidad y moral positiva (principios en sentido estricto). De ahí se seguiría la imposibilidad de mantener la tesis —típicamente positivista— de la separación entre Derecho y moral y, en relación con la función judicial, la negación de la discrecionalidad judicial (en los casos difíciles). Según Dworkin, los jueces no pueden decidir de los casos creando nuevas normas, esto es, arrogándose el papel del legislador. El Derecho (de los Estados democráticos) provee —siempre o casi siempre— una única respuesta correcta para cada caso (como sostendrían los formalistas) y es tarea del juez “Hércules” (un juez ideal, dotado de “capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano”) el encontrarla²⁰. Obviamente, en esta labor juegan un papel de gran importancia las argumentaciones de carácter económico, político y, especialmente, ético que, por lo demás, no podrían distinguirse netamente de las de carácter estrictamente jurídico. Un rasgo común de la teoría del Derecho post-positivista (en donde cabría incluir a autores como MacCormick, Raz, Alexy o Nino, además del propio Dworkin) consiste en sostener la tesis de la unidad del razonamiento práctico y, en consecuencia, de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación ética.

En fin, los autores que se mueven dentro de la corriente de “crítica” del Derecho han propuesto también en ocasiones (cuando la radicalidad de su crítica no llega a extremos de escepticismo incompatible con la elaboración de cualquier teoría; de todo hay) un modelo de juez distinto tanto del formalista como del realista. Es el caso, por ejemplo, de François Ost²¹, quien distingue tres modelos de juez que simboliza con tres personajes mitológicos. Júpiter, Hércules y Hermes; los dos primeros se corresponderían con la modernidad, y el tercero sería la alternativa posmoderna. Así, la figura de Júpiter representa el modelo “clásico” del derecho, visto en forma de pirámide o de código; el Derecho aparece como algo proferido “desde arriba” (desde lo alto del Olimpo), que adopta la forma de ley y traduce (a términos jurídicos) las exigencias del Estado liberal de Derecho del siglo XIX. Y el semidiós Hércules (“que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acabar por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo”²²) encarnaría el mundo realista, el del Derecho jurisprudencial, que plasmaría las exigencias del Estado social o asistencial del siglo XX.

Ahora bien, estos dos modelos (o cualquier combinación que pudiera hacerse de ambos) resultan insatisfactorios para dar cuenta de la complejidad del “Derecho posmoderno”, que Ost caracteriza mediante los siguientes rasgos: multiplicidad de actores jurídicos (el protagonismo no lo tienen ya el sólo el juez y el legislador, sino también las asociaciones, los particulares, etcétera); existencia de numerosas instancias (supraestatales, autonómicas, del mundo de los negocios, etcétera); y variedad de tipos de

19 Prescindo aquí de que la caracterización de esa concepción por parte de Dworkin sea o no correcta; sobre eso, *cfr.* CARRIÓ, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*. Cuadernos de Crítica. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.

20 *Cfr.* DWORKIN Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de M. Guastavino. Prólogo de A. Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1984.

21 OST, François. “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”. En: *Doxa*, N.º 14. 1993, pp. 169-194.

22 Ídem, p. 170.

normas (normas de fin, principios, entre otras). La alternativa, por ella, la ve este autor en un nuevo modelo del juez que él propone representar bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses:

Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras (...) Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la arbitra a los jueces siempre recomendados. Si —añade— la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo del pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red (...) El Derecho posmoderno, o derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de dato²³.

Lo que resulta de todo esto es, pues, al existencia de una pluralidad de modelos en el plano teórico (naturalmente, hay mucho más que los anteriormente esbozados) que, seguramente, traduce una diversidad de formas de actuación judicial en el plano de la práctica. Si, por ejemplo, proyectáramos el esquemático análisis anterior a la praxis de la judicatura española, seguramente no sería difícil ilustrar cada una de esas concepciones con decisiones —y actitudes— recientes de jueces y tribunales. Me parece incluso que no habría que descartar la posibilidad de que un mismo juez o tribunal adopte uno u otro modelo, según las circunstancias. Sin duda, el modelo “realista” ha ganado posiciones en los últimos tiempos, pero es posible que la mayoría —o, al menos, muchos— de los jueces españoles sigan concibiendo su práctica, básicamente, de acuerdo a la concepción formalista (pero en forma menos extrema que antaño). Quizá no pocos se sientan atraídos por —y próximos al— modelo mixto (el de Hart y Carrió), pero, ¿Cómo negar que hay algo de cierto en las críticas dirigidas desde concepciones como las de Dworkin o el postmodernismo? En definitivamente, parecería que la situación es incierta teórica se corresponde con una notable falta de acuerdo entre los jueces —entre los jueces españoles— con respecto a asuntos fundamentales de su práctica, como el alcance del activismo judicial, los límites dentro de los cuales debe desarrollarse la interpretación de las leyes y la Constitución, la posibilidad de utilizar argumentos morales, políticos, etcétera. La “crisis” de los modelos proviene, en efecto, “no tanto de la ausencia de referencias, como de su excesiva abundancia”²⁴.

V. EN BUSCA DE CONSENSO: VALORES JURÍDICOS Y VIRTUDES JUDICIALES

El hecho de que no haya un modelo claro —y ampliamente compartido— de lo que debe ser —o de lo que debe hacer— un juez en el Estado de Derecho (esta sería la respuesta a la cuestión anterior) es, a su vez, un aspecto de la crisis jurídica y social existente en in plano más general. Si es difícil saber lo que significa ser un buen juez, se debe, al menos en buena medida, a que tampoco tenemos una idea muy clara de cómo debería ser un buen ciudadano. O, dicho de otra manera, el que no tengamos un único modelo de juez es una consecuencia más del pluralismo que también ha penetrado en la instancia judicial: la mayor representatividad social de los jueces se traduce inevitablemente en una menor homogeneidad desde el punto de vista cultural, ideológico, etcétera.

23 Ídem, pp. 171 y 172

24 Ídem, p. 169

Pero la pregunta ahora es: ¿puede un sistema jurídico funcionar en esas condiciones? Los autores posmodernos, como hemos visto, tienden a aceptar esa “complejidad” y proponen una imagen del Derecho en términos meramente comunicativos; la función del juez, como la de Hermes, no sería otra que asegurar la circulación de los discursos. ¿Pero es eso cierto? ¿Es ésa la única función que ha de desarrollar el Derecho —la comunicabilidad—, o se precisa también la traducción de los “mensajes jurídicos” en acciones destinadas a satisfacer objetivos sociales y valores morales? ¿Y no se necesita para ello contar con un consenso mínimo sobre algunas cuestiones básicas —que no afectan sólo a la inteligibilidad de los mensajes— para que la complejidad, o el pluralismo no degeneren en caos?, pero ¿cómo construir ese consenso?

Antes de sugerir una respuesta a esta última pregunta conviene insistir en que el consenso tiene más importancia en el sistema judicial que, quizá, en cualquier otro sector de la sociedad. Por ejemplo, parece claro que algún tipo de consenso, de normas o de pautas aceptadas por todos o por la mayoría, tiene que existir para que pueda florecer el arte; pero, por lo demás, el pluralismo en materia de arte no sólo no parece poner en peligro ningún valor social de importancia, sino que estimula la imaginación y la creatividad de la gente. Que son valores típicamente artísticos. En el extremo opuesto estaría la judicatura: sin una práctica constante y (relativamente) uniforme en la práctica de las normas por parte de los jueces, ni siquiera cabría hablar de sistema jurídico. La diversidad de soluciones judiciales ante casos idénticos o semejantes crea un estado de incerteza —de inseguridad jurídica— que es considerado como disvalioso no sólo por quienes suscriben una ideología de signo conservador. De ahí la importancia que se atribuye, en la teoría del derecho, al problema de la unidad de las fuentes o del ordenamiento; o la existencia de instituciones que, como la casación, tienen como finalidad la unificación de la “doctrina legal”. Todo lo cual, por cierto, debería llevar a considerar con mayor cautela de lo que a veces se hace la posibilidad de trazar analogía entre la interpretación artística (por ejemplo, la interpretación literaria) y la interpretación jurídica²⁵. En definitiva, los fines del Derecho no podrían lograrse si los jueces no aplicasen las normas en forma (relativamente) homogénea, esto es, de manera que sus decisiones resulten, al menos hasta cierto punto, anticipables.

Y el problema es que, en nuestros Estado de Derecho contemporáneos, como consecuencia de los factores de complejidad ya señalados (además del pluralismo ideológico y cultural, el aumento constante de las materias reguladas jurídicamente y, en consecuencia, de las cuestiones sometidas a decisión judicial, la proliferación de principios estándares normativos muy abiertos, etcétera), esa uniformidad está en peligro. ¿Qué hacer entonces para asegurarla? ¿A qué podría recurrirse para alcanzar ese necesario consenso mínimo?

Una posible vía de solución la proporciona el propio Derecho objetivo, al imponer como normativamente vinculante para los jueces —y no sólo para ellos— las normas constitucionales y, en particular las que consagran los derechos fundamentales de los individuos²⁶. Sin embargo, por esa vía, el consenso que se logra es vital, pero, en diversos

25 Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

26 La obligatoriedad de la Constitución, sin embargo, no puede derivarse de la propia Constitución, esto es, del derecho positivo, sino de una norma metajurídica: la norma fundamental o regla de reconocimiento; sobre esto cfr. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

aspectos, insuficientes. Como todos sabemos, las Constituciones contemporáneas —y, en particular, la nuestra— son Constituciones “de consenso” que, precisamente por ello, contienen valores y principios no siempre fácilmente armonizables entre sí. Esa intrínseca ambigüedad hace que, al menos en los casos difíciles, la solución tenga que provenir necesariamente —se sea o no consciente de ello— de alguna de las teorías y políticas que resultan compatibles con la Constitución y que llevan a interpretar en una u otra forma el Derecho vigente.

La otra posible vía de solución —no alterativa, sino complementaria respecto de la anterior— se mueve, podríamos decir, en un plano subjetivo: busca el consenso, no en ciertos valores comunes a los jueces, sino en ciertas virtudes judiciales, en ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizá posean— los jueces.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, basada en la obediencia a las normas, sino en la formación del carácter, en la educación de los sentimientos para disponer de las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. Según MacIntyre²⁷, en nuestras sociedades contemporáneas ya no es posible el discurso ético —el discurso de las virtudes—, pues para ello se necesitaría poseer una noción común y compartida del bien del ser humano, lo cual dejó de existir la Ilustración y la “ética” del individualismo basada en el principio de la autonomía. Su proyecto consiste, por ello, en tratar de reconstruir cierto tipo de asociaciones o comunidades que otorguen unidad de fines a la vida de los seres humanos y permitan que surjan de nuevo las correspondientes virtudes.

Ahora bien, esa contraposición que tanto remarca MacIntyre, entre ética individualista o liberal y ética comunitarista, entre ética de los deberes y ética de las virtudes, quizá admita algún tipo de conciliación. Ésta última es, por ejemplo, la tesis defendida por Victoria Camps²⁸. Según ella, el discurso de las virtudes sigue teniendo sentido en nuestras sociedades, pero siempre que se refiera ámbito público, no al ámbito privado. “La vida buena —escribe— tiene como fin la felicidad, la cual puede entenderse de dos maneras: como felicidad individual, en cuyo caso no hay normas generales para alcanzarla, o como felicidad colectiva, esto es, como justicia, y ahí sí que la ética tiene mucho que decir. En el ámbito de vida privada —añade— todo está permitido, no hay normas, salvo la de respetar y reconocer la dignidad del otro con todas sus consecuencias” (p. 20). Sin embargo, en el de la vida pública sí que existen ciertos fines comunes que ella identifica con los valores de libertad e igualdad, los cuales son realizables en el marco de una democracia representativa. Ahora bien, si esto es así, entonces “ha de ser posible hablar de unas prácticas, y de unas actitudes, de unas disposiciones coherentes con la búsqueda de la igualdad y la libertad para todos” (p. 20), y a esas disposiciones es a lo que llama “virtudes públicas”: la justicia, la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia y la profesionalidad.

Lo que aquí se trataría de ver es si ese planteamiento puede trasladarse también al campo judicial y hablar, en consecuencia, de “virtudes judiciales”, que vendrían a ser, respecto del juez, lo que las virtudes públicas son respecto del ciudadano. Es importante, por ello, insistir en que no se trata, de ninguna manera, de entrar en la vida privada del juez en cuanto individuo, sino de fijar cómo debe ser el juez en cuanto órgano público,

27 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Traducción de A. Valcárcel. Barcelona: Crítica, 1987.

28 CAMPS, Victoria. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa-Calpe, 1990, colección Austral.

en cuanto titular de uno de los poderes —quizá el mayo— del Estado, y en la medida en que ejerce ese poder. Por lo demás, lo que aquí voy a decir no pasa de ser un simple bosquejo que necesitaría, sin duda, de un desarrollo mucho mayor. Los puntos que me parecen esenciales vienen a ser los siguientes.

5.1. Qué significa “buen juez”

En primer lugar, conviene recordar que los que nos había traído hasta aquí era la necesidad —y las dificultades— de contar con un modelo de juez que contuviese ciertos rasgos comunes a todas las diversas formas de ser un buen juez; esto es, quizá no podamos —o no tenga sentido— proponer un único modelo de juez, pero los diversos modelos tendrían que coincidir en alguna propiedades comunes, pues, en otro caso, la administración de justicia no podría funcionar adecuadamente. Ahora bien, el concepto de “buen juez” (como el de “buen profeso”) no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos²⁹. Un buen juez —me parece que en esto todos estamos de acuerdo— 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—³⁰ 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.

5.2. Qué son las virtudes

MacIntyre ofrece una definición de virtud (“parcial y provisional”) que puede servirnos como punto de partida para descubrir cuáles pueden ser las virtudes judiciales. Según él, “una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes”³¹. Las virtudes necesitan pues, de una práctica, de una comunidad, donde pueda haber bienes internos. Veamos lo que esto quiere decir con algún ejemplo.

Supongamos que un recién licenciado en Derecho decide abrir un bufete de abogado con el propósito de ganar, en un lapso más o menos breve suficiente dinero como para poder dedicarse a la literatura, que constituye su verdadera vocación. Si él concibe su trabajo en cuanto abogado en términos puramente instrumentales, entonces no adquirirá las virtudes del abogado: podrá llegar a ser un técnico habilidoso, ganar

29 Sobre la independencia e imparcialidad como notas definitorias de los jueces (en el estado de derecho), *cfr.* AGUILO, Joseph. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Fisonomía*. N.º 6, 1997.

30 Sobre el fenómeno de la corrupción judicial puede verse ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del estado de derecho”. En: Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.) *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997; AUGER, Clemente. “La justicia ante el fenómeno de la corrupción”. En: Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.) *La corrupción política*, citado en esta nota: MÁLEM, Jorge. *Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción*, inédito. 1997.

31 MACINTYRE, Alasdair. Ob. cit, nota 27, p. 237.

fama y dinero (bienes externos), pero no habría contribuido a desarrollar los bienes internos de la abogacía. Ahora bien, imaginemos que en el ejercicio de la profesión, comienza a encontrarse, de cuando en cuando, con casos que le interesan —y en los que trabaja— no —o no sólo— por obtener un beneficio económico de cualquier otro tipo, sino por la satisfacción que le producen en sí mismos considerados, esto es, por puro “interés profesional”. Nuestro abogado habría descubierto entonces los que son bienes internos a esa práctica, y estaría probablemente en vías de pasar de ser simplemente un buen abogado, a un abogado bueno, virtuoso. MacIntyre piensa que cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, puede ser una práctica, de manera que no habría inconveniente, por ejemplo, en hablar de la práctica de un juego como el fútbol: Di Stefano o Maradona (la vida privada —conviene insistir en ello— no entra aquí en juego) serían probablemente candidatos a ser considerados como virtuosos del fútbol, modelos del futbolista excelso: para ellos, el fútbol parece haber constituido mucho más que un simple *modus vivendi*, pues habrían sido capaces de captar la belleza que en sí mismo encierra el juego y de encontrar satisfacción en el hecho mismo de jugar bien, extraordinariamente bien.

Por tanto, una práctica —en el sentido señalado— supone no sólo la existencia de bienes internos a la misma, sino también de ciertos modelos de excelencia: “los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica”³². Ahora bien, cualquiera que sea nuestro punto de vista moral privado o los códigos particulares de nuestra sociedad, las prácticas no podrían subsistir sin las virtudes de la justicia, el valor y la honestidad³³; estas últimas son componentes necesarios de cualquier práctica que contenga bienes internos y modelos de excelencia” (p.238). Por tanto, puesto —como parece razonable hacerlo— que el ejercicio de la judicatura —no la judicatura en cuanto institución— puede ser una de las prácticas sociales, las virtudes de la misma tendrían que ser un desarrollo o una especificación de las anteriores”.

5. 3. *Las virtudes del juez*

Esas cualidades o rasgos de carácter que estamos buscando tendrían, pues, que referirse, no tanto al juez técnicamente competente, cuanto al juez vocacional; además, tendrían que ser independientes —por lo menos, relativamente independientes— de la ideología política y de las concepciones morales que cada juez puede suscribir. Pero ¿existe tal cosa —se me preguntarán—? Me parece que sí y que, además, no es anda difícil lograr un consenso al respecto; dicho en otra forma, ese consenso ya existe.

Por ejemplo, MacCormick³⁴, al exponer los criterios de racionalidad que han de guiar al juez en su tarea de justificar las decisiones, indica una lista de las propiedades, además de la capacidad argumentativa y —obviamente— el conocimiento del Derecho vigente, que debería poseer un juez: buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía. Dudo que alguien pudiera discutir

32 *Ibídem*.

33 El gol que Maradona metió con la mano en el mundial de México sería un serio obstáculo al anterior juicio, salvo que pensemos —como el propio jugador afirmó en alguna ocasión— que se trató de la “mano de Dios”.

34 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1978.

la pertinencia de todas estas virtudes, aunque seguramente —como es mi caso— se le ocurriera añadir alguna a la lista.

Me parece que si se confronta ese elenco con el tradicional de las virtudes cardinales o fundamentales (tradición, por cierto, que no comienza con el cristianismo, sino con Platón), hay una que parece estar ausente: la de templanza. Aristóteles daba, en la *Retórica*, esta definición de templanza: “es una virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la medida en que la ley manda; desenfreno es lo contrario”³⁵. Pues bien, me parece que, trasladada al ámbito judicial, la virtud de la templanza podría llamarse autorrestricción y, en mi opinión, es, junto a las otras, de importancia fundamental: es la cualidad que debe disponerse al juez a usar moderadamente el —extraordinario— poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicios de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etcétera³⁶.

5. 4. El juez prudente

Si se reflexiona sobre la anterior lista de las virtudes judiciales (que —como decía— no hay por qué considerar tampoco como un elenco cerrado), creo que se llega con cierta facilidad a la conclusión de que hay una de ellas que ocupa un lugar de especial importancia y que, en cierto modo, viene a suponer una especie de síntesis de todas las otras. Se trata de la virtud de la prudencia, pero entendida no tanto —o no sólo— en el sentido que hoy atribuimos a la expresión, sino en el de la *frónesis* aristotélica. Para Aristóteles —como explica MacIntyre— la prudencia (la *frónesis*) no tiene ninguna conexión particular con la cautela o con el interés propio, sino que es la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las instituciones particulares³⁷.

En un par de artículos relativamente recientes, Anthony Kronman³⁸ ha efectuado un análisis de lo que debería entenderse por prudencia o sabiduría práctica, que me parece particularmente penetrante. Lo que dice se refiere al jurista en general pero, obviamente, no hay ninguna dificultad de aplicarlo a los jueces.

La prudencia, según él, sería, desde luego, una virtud intelectual, pero no sólo eso, ya que para ser prudente no basta con poseer habilidad dialéctica, capacidad discursiva o argumentativa. Por otro lado, la prudencia implica algún tipo de intuición, pero no se reduce tampoco a la mera intuición, pues una característica suya es el ejercicio de la deliberación, de la reflexión: el juicio prudente es, necesariamente, un juicio reflexivo. La prudencia sería más bien, una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y

35 ARISTÓTELES. *Retórica*. Ed. de A. Tovar. Madrid: Instituto de estudios Políticos, 1971, I, 9. 15.

36 Dicha virtud se corresponde con lo que MARTENS (“sur les loyautés démocratiques du juge”. En: *La loyauté. Mélanges E Cexhe*. Bruselas: Larcer, 1997) llama “modestia”.

37 MACINTYRE, Alasdair. *Historia de la ética*. Traducción de R. J. Walton. Barcelona: Paidós, 1981, p. 80; ARISTÓTELES. *Ética a Nicómano*. Traducción de M. Araujo y J. Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. 1141b1-1142a.

38 KRONMAN, Anthony T. “Practical Wisdom and Professional Character”. En: *Social Philosophy and Policy*, N.º 4, 1986; idem, “Living in the Law”. En: *The University of Chicago Law Review*, N.º 54, 1987.

la experiencia del mundo. Y lo que permita que pueda llevarse a cabo esa síntesis es la facultad de la imaginación en la que, a su vez, pueden distinguirse dos aspectos. Uno es el aspecto que podría llamarse estético; es la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema. El otro aspecto de la imaginación tiene carácter moral, y consta, a su vez, de dos elementos: la simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban *gravitas*. Eso no tendría nada que ver con el “desprecio olímpico”, sino más bien con el adagio romano “nada humano me es ajeno” que, en opinión de Kronman, muestra expresivamente en qué ha de consistir esa combinación de simpatía y distancia. En conclusión, las cualidades que constituirían el carácter profesional del jurista (y, por tanto, del juez) serían, para Kronman: “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”³⁹.

5. 5. *Cómo evaluar las virtudes*

Me parece obvio que cuando enjuiciamos las actuaciones de un juez (insisto: del juez en cuanto juez, en cuanto órgano público, no su vida privada), tenemos en cuenta, de alguna forma, todas las anteriores virtudes. Por ejemplo, tiene perfecto sentido decir que el juez A no incurría en ninguna causa de recusación o abstención para ocuparse del asunto W, pero que, sin embargo, un juez prudente se habría retirado del mismo. O que la ley autorizaba al juez B a dictar una orden de detención contra X, pero que no debería haberla dictado. O que el juez C ejerció, en efecto, su derecho a la libertad de expresión cuando sobre el caso Y opinó de determinada forma, pero que hubiese sido mejor que guardara silencio. O que la decisión del juez D en el caso Z no iba en contra el Derecho vigente, pero, sin embargo, no era la mejor posible o la que hubiese debido tomar. El reproche, en todos estos casos, no proviene de que se hayan infringido normas jurídicas, sino de que esos jueces no se habrían comportado como lo habría hecho un juez modélico.

Si esto es así, si existe —como yo lo creo— una exigencia de que el juez sea virtuoso, entonces una cuestión importante es la de cómo controlar —o si cabe controlar— la falta (o la existencia) de virtud. Por razones que me parecen obvias descarto que ello pueda —o deba— hacerse mediante mecanismos disciplinarios. Quedan, sin embargo, otras posibilidades de actuación, pues las “virtudes” podrían no hacerse en la selección o en la promoción de los jueces.

A decir verdad, cuando los jueces se seleccionan entre personas que carecen de experiencia práctica en el derecho, lo que podría controlarse no sería propiamente la existencia de virtudes, sino de ciertas cualidades, sin las cuales no parece probable que puedan surgir luego —en el ejercicio de la práctica— las virtudes. La utilización de test psicológicos podría jugar aquí algún papel, aunque seguramente mínimo: no parece que fuera razonable utilizarlos más que como método para excluir a candidatos con rasgos de personalidad muy marcados (que, es de suponer, pocos poseerían). De manera que

39 KRONMAN, Anthony T. “Practical Wisdom and Professional Character”. En: Ob. cit., nota anterior, p. 232.

las virtudes tendrían que hacerse jugar cuando se trata de proporcionar a los jueces a puestos superiores o de elegir para esos puestos a profesionales del Derecho que hayan tenido la oportunidad de desarrollar los rasgos de carácter a los que antes se aludía. Por supuesto, no es asunto precisamente sencillo establecer quiénes y cómo deberían valorar que en efecto se poseen tales virtudes. No es difícil imaginar, además, cuáles pueden ser los principales inconvenientes: que se invada la vida privada de los candidatos, que se efectúe un juicio más político que propiamente profesional, que la inevitable discrecionalidad que han de tener quienes tomen la decisión se transforme en mera arbitrariedad, amiguismo, etcétera. Pero quizá no haya por ello que renunciar a elaborar un posible sistema que elimine —o, al menos, minimice— esos inconvenientes.

5. 6. *Cómo se adquiere las virtudes*

Vinculada con la anterior cuestión está la de si puede enseñar —y hasta qué punto— a ser virtuoso. Un asunto, desde luego, peliagudo, pero sobre el que quizá quepa decir algo con sentido.

En primer lugar, parece claro que, de ser posible tal enseñanza, no podría tener carácter teórico; las virtudes son hábitos que sólo pueden adquirirse mediante la práctica, mediante la experiencia. Por eso .como ya sabía Aristóteles—⁴⁰, pueden existir “niños-prodigio” en cálculo matemático, pero no en prudencia; sin una amplia experiencia no se puede, simplemente, ser prudente.

En segundo lugar, aunque haya, probablemente, quien es capaz de volverse virtuoso en las condiciones más adversas, parece razonable pensar que la existencia de ciertas instituciones y de ciertos modelos de conducta —de jueces ejemplares— estimula en otros el desarrollo de las virtudes. De ahí que renunciar a proponer algún modelo de juez tenga consecuencias muy graves, como las tiene también un tipo de enseñanza del Derecho que, en España, ha pasado de ser simplemente errado a ser también (tras los nuevos planes de estudio) errático. Tiene razón, en ese sentido, Kronman, cuando señala que el “método socrático” contribuye a desarrollar ciertas virtudes (como, por ejemplo, la imaginación)⁴¹, lo que, desde luego, no puede decirse ni de las clases magistrales ni del método para la presentación de oposiciones.

Finalmente, creo que en la enseñanza de las virtudes judiciales, en el cine y, sobre todo, la literatura podría jugar un papel de cierta importancia. Las relaciones entre el Derecho y la literatura (incluyendo tanto las obras literarias como la crítica literaria y la teoría de la literatura) son muy variadas y han dado lugar, en los últimos tiempos, a

40 En la *Ética* a Nicómano (cit., nota 37, 1142^a) escribe Aristóteles: “Señal de lo dicho es que los jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos, y sabios en cosa de esa naturaleza, y, en cambio, no parece que puedan ser prudentes. La causa de ello es que la prudencia tiene por objeto también lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, porque es la cantidad de tiempo lo que produce la experiencia. Uno podría preguntarse también por qué un niño puede indubitadamente ser matemático y no sabio. Ni físico. ¿No será porque los objetos matemáticos son el resultado de una abstracción mientras que los principios de los otros proceden de la experiencia, y de cosas así los jóvenes hablan sin convicción, mientras que les es patente ser de los primeros?”.

41 KRONMAN, Anthony T. “Practical Wisdom and Professional Character”. Ob. cit., nota 38, pp. 227 y ss.

toda una corriente de teoría de derecho⁴². Puede ser de interés, por ejemplo, mostrar las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico (aunque tampoco conviene, como antes señalaba, llevar la analogía más allá de ciertos límites). O entre los esquemas narrativos presentes en la literatura y en los antecedentes de hecho de las sentencias. O bien —éste es el punto que aquí interesa— mostrar de qué manera la literatura puede ser de utilidad en la justificación de las decisiones judiciales, esto es, en qué forma puede contribuir a la formación del carácter que se necesitaría tener para ser un buen juez.

En un libro reciente, Marta Nussbaum⁴³ defiende precisamente la tesis que la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer. La autora no niega la importancia de la argumentación racional (y, en particular, de la racionalidad económica) para la justificación de las decisiones judiciales, pero considera que las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian. Su interés se dirige, de manera particular, hacia la novela realista, y analiza, como prototipo del género *Tiempos difíciles*, de Charles Dickens. En su opinión, en la propia estructura de ese tipo de novelas existiría algo así como un elemento igualitario, en cuanto que podría decirse que los diversos personajes están a disposición de cualquier lector; habría también una apelación a la imaginación, a la fantasía, a la capacidad de “vivir otras vidas”; y, en definitiva, a la empatía, a ponerse en el lugar de otro, a ser capaz de entender otras circunstancias, aunque resulten muy ajenas a nuestras experiencias reales. Nussbaum termina mostrando de qué manera la existencia o no de esa “empatía emocional” se refleja en las decisiones (y fundamentaciones) de algunos casos judiciales difíciles.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La última cuestión a plantear es la de cómo aplicar —o se cabe aplicar— lo anterior al modelo español de selección y formación de los jueces. Desde luego, es sumamente arriesgado pretender decir algo al respecto desde fuera de la judicatura, como es mi caso. Seré, por ello, extremadamente sintético, aunque soy consciente de que uno puede equivocarse mucho diciendo muy poco. Pero en fin(...)

Mi impresión es que el modelo de selección de los jueces que se está aplicando en España en los últimos años es, en términos generales y consideradas todas las circunstancias, adecuado, por más que existan problemas en su aplicación que derivan, en buena medida, de ciertas deficiencias “estructurales”: ningún modelo de selección —de jueces o de cualquier otra cosa— puede funcionar bien si no existe lo que podría llamarse una cultura de la objetividad y del reconocimiento del mérito ajeno. Pero parece razonable que, en su mayoría, los jueces españoles sean reclutados mediante un sistema de oposiciones libres al que puede presentarse cualquier licenciado en derecho; una buena prueba de que eso promueve —seguramente en mayor medida que cualquier otro procedimiento— que los candidatos sean, de

42 Cfr. POSNER, Richard A. *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press, 1988; ídem, *The problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

43 NUSSBAUM, Martha. *Justicia poética*. Traducción de C. Gardini. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

hecho, seleccionados por sus méritos y capacidades, la ofrece el hecho de que el porcentaje de mujeres que ingresa en la judicatura sea muy superior al que lo hace, por ejemplo, en la abogacía: no parece que ellos pueda deberse únicamente a una cierta “propensión” femenina hacia una profesión (la judicatura) en la que —según lo dice— la “agresividad” y otros rasgos de carácter “típicamente” masculinos cuentan menos que en otras (como la abogacía)⁴⁴.

Como también que el sistema ofrezca, limitadamente ciertas “ventajas” a quienes ya trabajan en la administración de justicia, aunque no sea como jueces. Que se dé algún valor a la experiencia en la judicatura o al prestigio obtenido en el ejercicio de alguna otra profesión jurídica. Y que se trate de fortalecer la escuela judicial: ¿no cabría pensar incluso en la posibilidad de un sistema “mixto” en el que la escuela cumpliera también una cierta función de selección?

El mayor déficit se produce, en mi opinión, en el aspecto propiamente de la formación (que, obviamente, está íntimamente conectado con el anterior). Es cierto que el marco general de la cultura jurídica en nuestro país no facilita la “formación” de los jueces que de alguna forma se entrevé tanto en el temario de las oposiciones como en el plan de estudios de la escuela judicial o en los cursos de formación no es —creo yo— plenamente satisfactorio. Desde luego, debe reconocerse el esfuerzo (que se refleja en los planes de estudio de la escuela) por superar el formalismo jurídico en dirección hacia un cierto realismo⁴⁵. Pero quizá esto no sea suficiente.

Una conclusión que podría extraerse de todos los análisis anteriores es la idea de que para ser un buen juez no basta con corner el Derecho positivo; eso, por sí solo, no garantiza que sea capaz de alcanzar soluciones adecuadas y de justificarlas satisfactoriamente. Esto último requiere no sólo “estar al día” con respecto a los cambios legislativos, conocer la práctica jurisprudencial, algunas disciplinas “auxiliares” (como la criminología), o ciertas técnicas de gestión (como la informática). Se necesita, además de todo eso, poseer una extensa cultura general (incluida la cultura “de ciencias”: piénsese, por ejemplo, en los problemas de prueba)⁴⁶. Y sobre todo, me parece, una buena formación teórica. Puede sonar a paradoja, pero no hay nada más práctico que la buena teoría; para los jueces: que la buena teoría jurídica. Ahora bien, las disciplinas que constituyen el núcleo de la teoría contemporánea del Derecho están prácticamente ausentes de los programas de formación; yo no he visto al menos que en los mismos se haga mucha referencia a los problemas de interpretación, de argumentación o de ética.

Lo cual, por cierto, me lleva a terminar mi exposición por donde la había empezado. Se me pedía que tratase el tema de la selección y formación de los jueces desde la perspectiva de la filosofía del derecho, y termino proponiendo, en cierto modo, un modelo de juez filósofo. A algunos les parecerá un despropósito, pero yo podría darles el nombre de no poco grandes jueces que han sido también eminentes filósofos del derecho.

44 Cfr. LAUTRANN, Rüdiger. “Mujeres y hombres en la sociología del derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas”. En: Bergalli, R. (ed.) *El derecho y sus realidades*. Barcelona: PPU, 1989.

45 Esta tendencia se advierte también en el reciente Libro Blanco sobre la justicia, cuyas referencias al problema de la selección y formación de los jueces me parecen llenas de buen sentido.

46 Cfr. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generale*. Milán: Giuffrè, 1992.

Sin ir más lejos, el de mi entrañable amigo y maestro a cuya memoria he dedicado estas páginas: Genaro Carrió.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILO, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Fisonomía*, núm.6, 1997.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del estado de derecho*, en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- Aristóteles, *Ética a Nicómano*, trad. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- , *Retórica*, ed. de A. Tovar, Madrid, Instituto de estudios Políticos, 1971.
- Arozamena, Jerónimo, "Sistema español de formación judicial. La carrera judicial", *Documentación Administrativa*, núm. 210-211, mayo-septiembre de 1987.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Auger, Clemente, "La formación y selección del personal judicial", *Documentación española*, núm. 45-46, mayo-junio de 1985.
- , *La justicia ante el fenómeno de la corrupción*, en La-porta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- Arlet, José Luis, *Jueces, política y justicia en Inglaterra y en España*, tesis de doctorado (inédita).
- Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional* (prólogo de E. García de Enterría), Madrid, Civitas, 1989.
- Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrida, Espasa-Calpe, 1990, colección Austral.
- Carrió, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabra de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- , *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de Crítica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.
- , *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-doPerrot, 1965.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
- , *Los derechos en serio*, trad. De M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1984.
- Kronman, Anthony, "Living in the Law", *The University of Chicago Law Review*, núm. 54, 1987.
- , "Practical Wisdom and Professional Character", *Social Philosophy and Policy*, núm 4, 1986.
- Lautrann, Rüdiger, "Mujeres y hombres en la sociología del derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas", en Bergalli, R. (ed.), *El derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, 1989.

- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, trad. de R. J. Walton, Barcelona, Paidós, 1981.
- , *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987.
- Málem, Jorge, *Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción* (inédito).
- Martens, Paul, “sur les loyautés démocratiques du juge”, *La loyauté. Mélanges E Cexhe*, Bruselas, Larcer, 1997.
- Nussbaum, Martha, *Justicia poética*, trad. de C. Gardini, Barcelona, Andrés Bello, 1997.
- Ost, François, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”, *Doxa*, núm. 14, 1993.
- Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- , “La enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, *Doxa*, núm. 12, 1992.
- Posner, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988.
- , *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990.
- Schwartz, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. de E. Alonso, prólogo de E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 1980.
- Taruffo, Michele, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generale*, Milán, Giuffrè, 1992.
- Toharia, José Juan, *¡Pleitos tengas!... Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987.
- Van Caenegem, Raoul, *I signori del diritto*, Milán, Giuffrè, 1991.
- Vásquez Sotelo, José Luis, *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, Barcelona, PPU, 1995.

