

Desde este prisma, intenta ser claro dentro del rigor y la dificultad que encierra el tema. No obstante, caben un par de críticas, referidas a cuestiones metodológicas: por un lado, el manejo de fuentes en ocasiones se torna disperso y poco ordenado; por otro, el apartado crítico adolece de fuentes perfectamente prescindibles y de algunas ausencias a tomar en consideración. Estas carencias (todo investigador tiene las suyas) las suple con ingenio e inteligencia, unida a una pasión por el tema que suena casi a religión civil.

José Antonio SANTOS
 Universidad Rey Juan Carlos
 (Madrid, España)

AA.VV.

Virtue Jurisprudence

Ed. C. Farrelly & L.B. Solum, New York, Palgrave-MacMillan, 2011, 268 pp.

Es casi un lugar común la afirmación de que el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo, luego de la crisis y pérdida de hegemonía del ius-positivismo en la década del '60, se ha fraccionado en una serie de posiciones diversas y competitivas, que debaten entre sí activamente y proponen versiones alternativas acerca de la naturaleza del derecho, su justificación racional y la posibilidad de su conocimiento y articulación práctica. Una de estas corrientes, que ha adquirido en nuestros días notoriedad y ha comenzado a difundirse fuera de su patria de origen, los Estados Unidos, es la autodenominada Jurisprudencia de Virtudes (*Virtue Jurisprudence*). En el libro que ahora se comenta, dos de sus principales representantes e impulsores, Lawrence B. Solum y Colin Farrelly, han reunido y comentado nueve ensayos representativos de las diferentes dimensiones que ha ido adquiriendo esa nueva orientación.

El libro comienza con una extensa Introducción, redactada por los editores, en la que se presenta esa orientación del pensamiento jurídico como una de las formas de continuidad con la Tradición Central de Occidente, junto con la Nueva Escuela de Derecho Natural y otras direcciones de reflexión filosófico-jurídica. Para los autores de esa Introducción, la teoría jurídica contemporánea ha estado dominada por el paradigma instrumentalista de, entre otros, el realismo norteamericano, el Movimiento de Estudios Crítico-Jurídicos (*Critical Legal Studies Movement*, CLS) y el Análisis Económico del Derecho (AED), para los cuales el derecho es un *mero medio* para alcanzar objetivos políticos,

ideológicos, sociales o económicos. Pero también por el paradigma normativo propuesto por los consecuencialistas o los deontologistas, es decir, por utilitaristas como Lyons y Scanlon o neo-kantianos como Korsgaard o Rawls.

Frente a estos modelos, que han dominado la teoría jurídica de los países anglosajones durante tres décadas, la corriente de la *Virtue Jurisprudence* propone una dirección radicalmente alternativa, que viene a resultar de la aplicación de una renovada ética de las virtudes (*Virtue Ethics*) al ámbito de los problemas jurídicos. Esta teoría, que sus autores llaman también teoría *aretai-ca* (en inglés *aretaic*, del griego *areté*-virtud, excelencia) del derecho, parte de la premisa fundamental de que el *telos* o fin propio del derecho es la promoción del perfeccionamiento humano. Esto contradice claramente la afirmación de la teoría del derecho predominante, según la cual la función exclusiva y excluyente del derecho es la de prevenir aquellas acciones que dañen los bienes o invadan los derechos de los demás. “La jurisprudencia de virtudes –escriben estos autores– está naturalmente inclinada al punto de vista de que el derecho debe promover y sostener las condiciones materiales y sociales que harían posible que todos y cada uno de los individuos alcance el más alto nivel de actividad funcional humana que es consistente con un nivel de actividad funcional similar para los demás”.

En armonía con esa afirmación, para la teoría *aretai-ca* del derecho el fin propio del derecho no es el de satisfacer las preferencias de los sujetos o el de proteger un cierto grupo de derechos individuales, sino más bien el de promover la realización (*flourishing*) humana, en el sentido de hacer posible a los seres humanos llevar adelante vidas plenas y logradas. Esto significa que los conceptos fundamentales de la filosofía jurídica no han de ser “bienestar”, “eficiencia”, “autonomía” o “igualdad”, sino más bien los de virtud y excelencia. En este sentido, la jurisprudencia de virtudes es una orientación de la teoría jurídica que pretende realizar un giro, que ya ha sido realizado por una importante corriente de la filosofía moral, inspirado en gran parte por las ideas de Elizabeth Anscombe, y que representa un renovado compromiso con la excelencia humana como concepto normativo, y que rechaza el programa reductivo, tanto del consecuencialismo, como de el deontologismo de raíz kantiana.

Para Farrelly y Solum, la filosofía jurídica contemporánea se encuentra en serios problemas, sobre todo por la irresoluble disputa entre el consecuencialismo y la doctrina de los derechos individuales, por una parte, y entre el escepticismo e instrumentalismo del realismo norteamericano y el formalismo

deontologista de autores como Dworkin y Fiss. Frente a esta situación, si la ética de las virtudes ha resuelto muchos de los problemas de la teoría ética, su aplicación al campo del derecho servirá seguramente para superar esas antinomias e insuflar nueva vida a la teoría del derecho, haciéndola más consistente y completa. Y los autores se proponen realizar esta inserción de la ética de virtudes en el derecho a través de un estudio de la teoría del juzgamiento o de la decisión judicial centrada en la noción de virtud.

En el marco de esa teoría del juzgamiento jurídico, afirman que existen algunas virtudes de los jueces que no son objeto de discusión, especialmente si se centra la atención en sus vicios opuestos, según el conocido *dictum* aristotélico según el cual, en el orden práctico, es más fácil conocer las realidades partiendo de las situaciones defectivas o negativas que captarlas de un modo positivo y centrado en las perfecciones. De este modo, proponen una nómina de virtudes judiciales, contraponiéndolas a los correspondientes vicios, que conforman las cualidades personales que se esperan y ambicionan de los magistrados y que ordenan su actividad a la resolución adecuada de los diferendos jurídicos. Entre estas virtudes, los autores enumeran la incorruptibilidad y la sobriedad, el coraje, la firmeza de carácter y la imparcialidad, la diligencia y el cuidado, la inteligencia práctica y la studiosidad. El desarrollo de las exigencias de estas virtudes resulta realmente una joya de agudeza y penetración por parte de los autores.

Y en lo que respecta a los restantes capítulos, corresponde destacar el elaborado por Robert P. George, “La tradición central-Su valor y sus límites”, en el que se destaca que, en la Tradición Central Moral de Occidente, una política fuerte y un derecho sensato deben estar comprometidos con la ayuda a las personas para que vivan una vida mejor. No obstante –sostiene George– para esa tradición una cantidad significativa de obligaciones morales están por principio fuera del alcance del derecho, en especial las que necesitan de la acción libre y gratuita para realizarse en cuanto tales, como sucede por ejemplo con los actos de gratitud. Y precisa que, aunque el derecho no pueda hacer a los hombres morales de un modo directo –como no es posible obligar a los hombres a realizar bienes estrictamente morales– el estado puede desempeñar un papel formativo haciendo a los hombres morales *de modo indirecto*. Por lo tanto el derecho es un medio necesario, pero nunca suficiente, para establecer y mantener una ‘saludable ecología moral’. Las normas morales –concluye– ayudan a formar el marco de comprensiones y expectativas que son necesarias en cada comunidad.

Por su parte, en su trabajo sobre “Prudencia, benevolencia y negligencia: ética de las virtudes y derecho de daños”, Heidi L. Feldman sostiene que tradiciones de pensamiento como el kantismo, el utilitarismo y la economía de bienestar, hacen hincapié en la autonomía individual, la maximización del placer y la satisfacción de las preferencias. En cambio –sostiene– la tradición de la ética de la virtud es un modo de aproximación preocupado en aquello que da valor a las vidas de los hombres y por lo tanto tiene un especial interés en un ámbito más amplio de intereses, necesidades, aspiraciones y actividades. Y a continuación, en su colaboración sobre “Jueces de carácter”, Suzanna Sherry afirma que una institución no democrática sino basada en la idoneidad como la judicatura, sólo puede justificarse sobre la base de la virtud ética e intelectual de sus integrantes.

Al hablar sobre el “Liberalismo cívico y el modelo dialógico de la revisión judicial”, Colin Farrelly retoma el tema del carácter no democrático de la revisión judicial en las cotes de apelación, que conduce a una tensión entre el principio democrático de autogobierno y el republicano de gobierno limitado, concluyendo que esa tensión sólo puede superarse desde la perspectiva de la jurisprudencia de virtudes. Y en su trabajo sobre “Una explicación centrada en la virtud de la equidad y el gobierno de la ley”, Lawrence B. Solum afirma que la tensión entre un derecho de normas y uno de equidad sólo puede resolverse reconociendo el valor de ciertas virtudes, como la prudencia, para la resolución adecuada de los casos jurídicos concretos.

En la segunda de sus contribuciones, “Justicia natural: una explicación aretaica de la virtud de legalidad” (*lawfulness*), el mismo Solum sostiene que la justicia es una virtud natural, no en el sentido de espontánea, ya que se trata de una virtud adquirida, sino de que tiene a su cargo perfeccionar y afinar la inclinación natural del hombre a la vida en sociedad. En este sentido, defiende una visión de la justicia en continuidad con la doctrina tradicional del derecho natural, asumiendo y desarrollando la enseñanza acerca de que “las normas defectivas no son propiamente derecho”. En los dos capítulos siguientes, Anthony Duff y Kyron Huigens debaten inteligentemente acerca del sentido y alcances de la doctrina aristotélica de la retribución penal, poniendo en evidencia la actualidad de varias de las afirmaciones del Estagirita en ese ámbito. Finalmente, en el ensayo de Rosalind Hursthouse “Two Ways of Doing the right Thing”, se desarrolla la afirmación de que un jurista completo y excelente no sólo debe cumplir con sus deberes éticos estrictos, sino que, además, los juristas íntegros deben hacer lo correcto de un modo virtuoso. Hacer esto no es fácil, concluye, pero nadie dijo nunca que ser excelente fuera fácil.

Del breve recorrido que se ha realizado a través del contenido del presente volumen, se puede extraer fácilmente la conclusión de que se trata de una contribución oportuna e importante a la renovación actual del pensamiento jurídico. En efecto, la filosofía jurídica contemporánea se encuentra –como lo evidencian Farrelly y Solum– atrapada entre las garras, ya sea del reduccionismo instrumentalista o del deontologismo autonomista. Ambas visiones son parciales y contrarias: la primera conduce necesariamente a la negación de los derechos morales, y la segunda a su desfundamentación. Por ello, la ética y la jurisprudencia de virtudes superan a las doctrinas alternativas tanto en completitud como en fuerza explicativa y justificatoria: al orientar el pensamiento práctico hacia el bien humano y articularlo por medio de virtudes –tanto del carácter como de la inteligencia– alcanza una justificación racional fuerte del derecho y la moral, a la vez que hace posible la actualización de ese bien con la eficacia y el dinamismo que proporcionan los hábitos operativos.

Queda, no obstante, una precisión por hacer: los representantes de la *virtue jurisprudence* reconocen bien la necesaria función de las virtudes éticas y dianoéticas para la realización efectiva del bien humano; sin ellas, resulta prácticamente vano cualquier intento de configurar la vida de los hombres conforme a su bien propio. Pero es necesario recordar que, al menos en el contexto de la Tradición Central de Occidente, siempre se ha distinguido entre el punto de vista de la moral personal y el estrictamente jurídico. Conforme a este último, no es necesaria la intención virtuosa para la realización del orden puramente legal, sino que basta con la realización externa de las conductas debidas para que ese orden resulte actuado o consumado. Esto está correctamente expresado en el título de un libro de Juan Vallet de Goytisolo: “De la virtud de justicia a lo justo jurídico”: es decir, es posible realizar lo establecido por el derecho –lo “justo jurídico”– sin necesidad de virtud ética personal.

Pero esto es así en un nivel principial o doctrinal; por el contrario, en el orden social concreto no se alcanzará nunca un orden social justo sin la contribución de la virtud ética de los integrantes de la comunidad. Dicho de otro modo: si bien en el plano ideal es posible distinguir entre virtud y derecho, en el nivel existencial concreto no habrá orden jurídico que se realice efectivamente sin la contribución de la virtud de justicia de los sujetos implicados. Existe, por lo tanto, una innegable *continuidad* entre la ética y el derecho; un orden jurídico sin ninguna virtud en quienes le están sujetos, será una cáscara vacía que nunca alcanzará su realización en el plano de la conducta vivida

concreta. Esta distinción de niveles no resulta claramente establecida por los autores del presente libro –quizá sólo en el capítulo de Robert P. George– pero por lo demás, se trata de un valioso intento de renovar la teoría jurídica sobre bases más sólidas y exhaustivas. En definitiva, estamos en presencia de una obra destinada a contribuir a la renovación virtuosa, a la vez que radical, del pensamiento jurídico de nuestros días.

Carlos I. MASSINI-CORREAS
Universidad de Mendoza-Argentina