

*Diálogos Jurídicos 2017. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo es una revista doctrinal de Derecho en la que tienen cabida todas las disciplinas jurídicas a través, por una parte, de los artículos/estudios tradicionales. Pero, por otra parte y porque el Derecho es diálogo, discusión, debate, el producto de la comunidad de los juristas, del razonar intersubjetivo y no de simples monólogos, Diálogos Jurídicos aspira a que, precisamente, el diálogo, el encuentro, la discusión y el debate sean sus señas distintivas. Por eso, y para presentar y discutir sus propuestas, traemos a sus páginas a los más prestigiosos juristas.*



THOMSON REUTERS

C.M. 70555

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

2

# DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

2

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

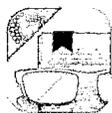
Director: José María Roca Martínez  
Subdirectora-Coordinadora: Leonor Suárez Llanos



Universidad de  
Oviedo

THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**

Primera edición, 2017



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks  
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Leonor Suárez Llanos (Dir.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISSN 2445-2688  
Depósito Legal: NA 633/2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

## CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ  
*Universidad de Oviedo*  
**Director**

LEONOR SUÁREZ LLANOS  
*Universidad de Oviedo*  
*Subdirectora-Coordinadora*

MARCOS LOREDO COLUNGA  
*Universidad de Oviedo*  
*Secretario*

RAÚL BOCANEGRA SIERRA  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*Derecho Administrativo*

SILVIA DÍAZ ALABART  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*Derecho Civil*

EDUARDO SERRANO GÓMEZ  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*Derecho Civil*

RICARDO CHUECA GONZÁLEZ  
*Universidad de la Rioja*  
*Derecho Constitucional*

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO  
*Universidad de Alcalá de Henares*  
*Derecho Eclesiástico*

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ  
*Tribunal Constitucional*  
*Derecho Financiero y Tributario*

RAFAEL ARENAS GARCÍA  
*Universidad Autónoma de Barcelona*  
*Derecho Internacional Privado*

JAUME FERRER LLORET  
*Universidad de Alicante*  
*Derecho Internacional Público*

ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO  
*Universidad Autónoma de Madrid*  
*Derecho Mercantil*

ÁNGEL SANZ MORÁN  
*Universidad de Valladolid*  
*Derecho Penal*

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ  
*Universidad Pompeu Fabra*  
*Derecho Procesal*

ALFONSO MURILLO VILLAR  
*Universidad de Burgos*  
*Derecho Romano*

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO  
*Universidad de León*  
*Filosofía del Derecho*

LOURDES SANTOS PÉREZ  
*Universidad de Salamanca*  
*Filosofía del Derecho*

MARGARITA SERNA VALLEJO  
*Universidad de Cantabria*  
*Historia del Derecho*

### Miembros honoríficos:

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO

## ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN .....	15
<b>ARTÍCULOS</b>	
<b>VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO .....</b>	<b>19</b>
<i>Amalia Amaya</i>	
LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL DERECHO COMÚN .....	37
<i>Carmen Florit Fernández</i>	
DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES .....	61
<i>Juana María González Moreno</i>	
DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO ...	83
<i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	
LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA .....	107
<i>Miguel Rodríguez Blanco</i>	
NOVEDADES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL PROBLEMA DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS .....	133
<i>Ángel José Sanz Morán</i>	
LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950) .....	151
<i>Marta Frieria Álvarez</i>	

## TRABAJOS FIN DE GRADO Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER

EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS .....	177
<i>Marta Alvarado Herrero</i>	
LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONA- RIOS DEL ESTADO .....	195
<i>Pablo Alvargonzález Fernández</i>	
DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA .....	217
<i>Patricia García Majado</i>	
EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO. ESPECIAL REFERENCIA A LA DEFENSA PREVENTIVA .....	245
<i>Beatriz González Minguela</i>	
LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN .....	267
<i>María Rodríguez López</i>	

## DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS

DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO ....	295
<i>Alejandro Huergo Lora y Javier García Luengo</i>	
DIÁLOGO ENTRE ANTONIO MARTÍN VALVERDE Y JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	307
<i>Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia</i>	
ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE) .....	315
<i>Benjamín Rivaya y Elías Díaz García</i>	

## CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA OBRA «LA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE LA JUSTICIA SOCIAL» DE LA PROFESORA EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN (IUSTEL, 2016, 217 PÁGS.) .....	337
<i>Alejandra Boto Álvarez</i>	

# VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

AMALIA AMAYA  
UNAM

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. VIRTUD Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LOS CASOS DIFÍCILES.
- III. VIRTUDES, DILEMAS MORALES Y PRUEBA.
- IV. ESBOZO DE UNA TEORÍA DE LAS VIRTUDES PARA JUECES Y JURADOS.
- V. VIRTUDES, TEORÍA DE LA PRUEBA Y ÉTICA JURÍDICA.

### I. INTRODUCCIÓN

La noción de virtud ha jugado un papel importante en la epistemología contemporánea en los últimos años.<sup>(1)</sup> Desde una perspectiva basada en virtudes, se han desarrollado diversas aproximaciones a problemas tradicionales en epistemología tales como la definición de justificación y de conocimiento. También se han utilizado las herramientas de la teoría de la virtud para atacar otros problemas que no se han considerado centrales en epistemología tradicional como, por ejemplo, la estructura de la deliberación, la sabiduría, el entendimiento o las dimensiones sociales y políticas del conocimiento, enriqueciéndose así significativamente los temas objeto

---

(1) Para una introducción a la epistemología de la virtud, véase GRECO, John, «Virtues in Epistemology», en MOSER, Paul, *The Oxford Handbook of Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2002; BATTALY, Heather, «Virtue Epistemology», *Philosophy Compass*, vol. 3, núm. 4, 2008; KVANVIG, Jonathan, «Virtue Epistemology», en PRITCHARD, Duncan y BERNECKER, Sven, *The Routledge Companion to Epistemology*, New York, Routledge, 2010. Algunas colecciones de artículos sobre epistemología de la virtud son las siguientes: AXTELL, Guy, (ed.), *Knowledge, Belief, and Character*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000; FAIRWEATHER, Abrol y ZAGZEBSKI, Linda, (eds.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2001; STEUP, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001; BRADY, Michael y PRITCHARD, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; DEPAUL, Michael y ZAGZEBSKI, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology*, Oxford, Clarendon Press, 2003. Algunos textos centrales de la epistemología de la virtud contemporánea se encuentran compilados en FERNÁNDEZ, Miguel Ángel y VALDÉS, Margarita (eds.), *Normas, virtudes y valores epistémicos*, IIF-UNAM, México, 2011, pp. 179-325.

de estudio de la disciplina.<sup>(2)</sup> La tesis fundamental de la epistemología de la virtud es que los agentes epistémicos y las comunidades, en vez de las creencias, son el objeto central de evaluación epistémica. Esta tesis implica un cambio importante en la dirección del análisis epistémico: la epistemología de la virtud explica las propiedades normativas de las creencias en términos de las virtudes intelectuales de los agentes, en lugar de hacerlo al revés, como es habitual en las teorías de la justificación y el conocimiento de corte no aretaico.

El análisis aretaico de la normatividad epistémica no es un fenómeno aislado sino que aproximaciones aretaicas se han desarrollado recientemente en distintas disciplinas, en ética, desde luego (donde el giro aretaico es previo al de epistemología), pero también en política y en derecho.<sup>(3)</sup> Distintas ramas substantivas del derecho se han examinado desde una perspectiva aretaica, entre otras, derecho penal, derecho del trabajo, justicia militar, derecho del medio ambiente, bioética, contratos, propiedad intelectual y derecho constitucional.<sup>(4)</sup> En filosofía del derecho, la repercusión en algunas áreas ha sido también notable, como en cuestiones de argumentación jurídica o de ética jurídica.<sup>(5)</sup> Sin embargo, el impacto de la epistemología de la virtud en la epistemología de la prueba jurídica ha sido relativamente marginal.<sup>(6)</sup> Esto es desafortunado ya que hay buenas razones por las cuales la epistemología de la virtud puede ser un marco prometedor para abordar cuestiones relativas a la prueba jurídica.

(2) Véase, para esta distinción, BAEHR, Jason, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 10-11.

(3) Para una introducción a las aplicaciones de la teoría de la virtud a la teoría política, véase, LEBAR, Mark, «Virtue and Politics», RUSSELL, Daniel C., *The Cambridge Companion to Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. AMAYA, Amalia y HO, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012 y FARRELLY, Colin y SOLUM, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008 son colecciones de ensayos que discuten diversas aplicaciones de la teoría de la virtud a la teoría del derecho.

(4) Una bibliografía detallada sobre las diversas aplicaciones de la teoría de la virtud a distintas ramas del derecho substantivo se puede encontrar en AMAYA, AMALIA, «Virtudes y Filosofía del Derecho», en FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol.3, México, IJ-UNAM, 2015, pp. 16-17.

(5) Para aproximaciones aretaicas a la argumentación jurídica, véase SOLUM, Lawrence, «Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging», en BRADY, Michael y PRITCHARD, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; AMAYA, Amalia, «The Role of Virtue in Legal Justification» en AMAYA y HO, *op. cit.*, AMAYA, Amalia, «Virtud y razón en el Derecho», GONZÁLEZ DE LA VEGA y LARIGUET, (eds.), *Problemas de Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2013 y MICHELON, Claudio, «Practical Reason in Legal Decision-Making», en AMAYA y HO, *op. cit.* La literatura sobre ética de la virtud y ética jurídica es extensa. Una introducción a la misma con referencias se puede encontrar en AMAYA, *op. cit.*, 2015, sección IV.

(6) Acerca del papel de la virtud en la argumentación acerca de los hechos en el Derecho, véase AMAYA, Amalia, «Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding» *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, núm. 3, 2008; AMAYA, Amalia, *The Tapestry of Reason*, Hart Publishing, Oxford, 2015, HO, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008; HO, Hock Lai, «Virtuous Deliberation on the Criminal Verdict» en AMAYA and HO, *op. cit.*, HADDAD, Pedro, «La virtud de la humildad y sus aportes a la actividad probatoria», *Quaestio Iuris*, vol. 8, 2015 y HADDAD, Pedro, «Epistemic Virtue and Acceptance in Legal Fact-Finding», *Teoría Jurídica Contemporánea*, en prensa, 2016.

En primer lugar, una aproximación aretaica a los problemas probatorios no reduce la buena práctica jurídica al seguimiento de reglas.<sup>(7)</sup> Al igual que no hay ningún conjunto de reglas que sea suficiente para determinar la acción que es moralmente correcta en una determinada situación de elección, tampoco parece posible determinar mediante un conjunto de reglas qué creencias son epistémicamente valiosas. En segundo lugar, la epistemología de la virtud nos permite dar cuenta de valores epistémicos tales como la sabiduría, el entendimiento o la intuición que son, sin duda, centrales en el contexto del razonamiento acerca de los hechos en el Derecho.<sup>(8)</sup> En tercer lugar, las emociones ocupan un lugar natural en una epistemología de la virtud dado que la virtud es, desde Aristóteles, no sólo una disposición a actuar de manera apropiada sino también a tener una respuesta emocional adecuada.<sup>(9)</sup> Por ello, una aproximación a la prueba jurídica basada en virtudes está bien equipada para integrar adecuadamente los aspectos cognitivos y emocionales de los argumentos probatorios. En cuarto lugar, una aproximación a la epistemología jurídica de corte aretaico pone al frente un ideal según el cual los jueces y otros actores epistémicos que operan en el contexto del derecho no sólo tienen el objetivo de evitar conductas prohibidas sino que aspiran a actuar de una manera epistémicamente valiosa.<sup>(10)</sup> Por último, los conceptos aretaicos son «gruesos», en la terminología, bien conocida, de Bernard Williams, que no sólo permiten expresar una evaluación epistémica positiva o negativa (por ejemplo, justificado, injustificado, racional o irracional) sino que también ofrecen información acerca de la manera en la que el agente epistémico actuó de manera adecuada o inadecuada.<sup>(11)</sup> Estas razones, en mi opinión, hacen de la epistemología basada en virtudes un marco teórico atractivo para abordar los problemas relativos al razonamiento probatorio en el Derecho.

Ahora bien, ¿qué tipo de epistemología de la virtud es un buen punto de partida para desarrollar una aproximación a la epistemología jurídica basada en virtudes? Se pueden diferenciar dos grandes corrientes dentro de la epistemología de la virtud: la epistemología de la virtud responsabilista y la confiabilista.<sup>(12)</sup> Según la epistemología de la virtud confiabilista, las virtudes intelectuales son facultades cognitivas confiables, tales como la percepción, la intuición y la memoria.<sup>(13)</sup>

(7) Véase J. GRECO, «Virtues and Rules in Epistemology», en A. FAIRWEATHER y L. ZAGZEBSKI (eds.), *Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 21.

(8) ZAGZEBSKI, *op. cit.*, pp. 22-23.

(9) Acerca de las relaciones entre emoción y virtud en Aristóteles, véase R. HURSTHOUSE *On Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1999, capítulo 5; SHERMAN, Nancy, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989, capítulo 2 y STARK, Susan, «Virtue and Emotion», *Noûs*, vol. 35, 440-455, 2001.

(10) ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 28 y 253 y AUDI, Robert, «Epistemic Virtue and Justified Belief», en FAIRWEATHER y ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 95.

(11) WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 128-130, 140-142, and 150-152.

(12) Para esta distinción, véase AXTELL, Guy, «Recent Work on Virtue Epistemology», *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 34, núm. 1, 1997; y BATTALY, Heather, *op. cit.*

(13) SOSA, Ernest, *Knowledge in Perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 y *A Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Conforme a la epistemología de la virtud responsabilista, las virtudes intelectuales son rasgos de la personalidad o cualidades de carácter análogas a las virtudes morales como, por ejemplo, la apertura de mente, la perseverancia o la humildad intelectual.<sup>(14)</sup> Mientras que la epistemología de la virtud confiabilista tiene su origen en las primeras epistemologías externistas, la responsabilista está asociada con las teorías internistas del conocimiento y de la justificación. Cabe señalar que también se han defendido en la literatura versiones mixtas, que combinan elementos confiabilistas y responsabilistas.<sup>(15)</sup> Sin necesidad de negar que la teoría de la virtud confiabilista pueda ser de interés para la epistemología de la prueba en el derecho, mi interés principal es desarrollar una teoría de la prueba basada en la teoría de la virtud responsabilista, de corte aristotélico, para el derecho. Esta aproximación me parece más productiva en cuanto que las virtudes, así entendidas, son disposiciones que están bajo nuestro control y por cuyo desarrollo y ejercicio podemos, por lo tanto, ser responsables.

Hay otra distinción importante en epistemología de la virtud, la diferencia entre versiones débiles y versiones fuertes, que es también relevante a la hora de diseñar una aproximación aretaica a la prueba jurídica.<sup>(16)</sup> Según las versiones débiles, lo que la persona virtuosa hace es el mejor criterio para determinar lo que es correcto. En las versiones fuertes, un acto es correcto porque es el acto que una persona virtuosa haría. En este sentido, hay distintos papeles que puede jugar la virtud en la epistemología de la prueba jurídica. La virtud puede desempeñar un papel epistémico –como ocurre en las versiones débiles– de manera que el agente virtuoso está mejor situado para llegar a una conclusión justificada acerca de los hechos pero la justificación de la misma depende de factores distintos de la virtud o un papel constitutivo –como en las versiones fuertes– de tal modo que la justificación se define en términos de virtudes.<sup>(17)</sup> Dentro de las versiones fuertes, es también posible diferenciar distintas versiones según que la virtud se considere como una condición necesaria y suficiente de la justificación, condición necesaria pero no suficiente de la justificación o como una condición de fondo de la justificación.<sup>(18)</sup> En este trabajo, no me comprometo con ninguna versión específica –débil o fuerte– de la teoría de la virtud. El objetivo es contribuir en alguna medida a explorar la potencial aplicación de la epistemología de las virtudes (responsabilista) al ámbito del derecho y lo que sostengo en este trabajo es compatible con distintas versiones de la misma.

(14) Vid. CODE, Lorraine, *Epistemic Responsibility*, Hanover y Londres, University Press of New England, 1987 y MONTMARQUET, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993. La defensa más detallada y sistemática de una teoría del conocimiento y de la justificación epistémica basada en un modelo moral de virtudes intelectuales es la ofrecida por ZAGZEBSKI, *op. cit.*, 1996.

(15) Vid. GRECO, John, *Achieving Knowledge: A Virtue-Theoretic Account of Epistemic Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

(16) Véase BAEHR, *op. cit.*, 2011, p. 9-13.

(17) Véase AMAYA, Amalia, «The Role of Virtue in Legal Justification» en Amaya y Ho, *op. cit.*

(18) Véase BAEHR, Jason, «Four Varieties of Character-Based Epistemology», *Southern Journal of Philosophy*, vol. 46, 2008.

En una aproximación aretaica a la epistemología jurídica, el concepto central es, por supuesto, el concepto de virtud. De nuevo, hay una diversidad de concepciones de virtud vigentes en la literatura. Conforme a un primer modelo, generalista, de virtud, el virtuoso se caracteriza por tener un conocimiento del sistema de principios y reglas morales y epistémicas.<sup>(19)</sup> Este modelo parece asumir, incorrectamente, que el conocimiento debe tener forma proposicional. Además, este modelo parece ignorar la insuficiencia de cualquier sistema normativo para determinar la acción o creencia correcta, que es, precisamente, lo que motiva, en primer lugar, la adopción de epistemologías y éticas de la virtud, frente a las más tradicionales teorías deontológicas o consecuencialistas. Frente a este modelo se erige el que es, posiblemente, el modelo prevalente en la literatura, a saber, el modelo perceptual.<sup>(20)</sup> Conforme a este modelo, la virtud consiste en una capacidad de detectar los rasgos particulares del caso concreto y ver correctamente qué es lo que es debido hacer en una situación particular<sup>(21)</sup>. Este modelo, aunque atractivo, adolece de un problema que, en el contexto jurídico, lo torna inviable: la construcción de la sensibilidad perceptual que caracteriza al virtuoso como una intuición de «ver» en lo correcto parece ser incompatible con el requisito, básico, de publicidad que deben cumplir las decisiones en el contexto jurídico.<sup>(22)</sup> El modelo de virtud como «conocimiento de expertos» rechaza justamente esta interpretación intuicionista de las capacidades perceptuales del virtuoso y sostiene que el virtuoso –como el experto– tiene la habilidad de discernir las razones relevantes que se dan en un caso concreto y proporcionar las justificaciones correspondientes.<sup>(23)</sup> Esta concepción de virtud me parece la más idónea para construir una concepción aretaica de la epistemología jurídica en cuanto que nos permite dar cuenta de las dimensiones perceptuales del razonamiento probatorio sin socavar la naturaleza pública del mismo.

La virtud, así entendida, es necesaria para poder resolver satisfactoriamente los casos difíciles y trágicos que se presentan en ocasiones en el contexto del razonamiento probatorio, tal y como trataré de mostrar en las secciones segunda y tercera. En la cuarta, trataré de esbozar una teoría de la virtud para jueces y miembros del jurado, examinando los rasgos de carácter que son particularmente relevantes para la determinación de los hechos en el Derecho. Concluiré, en la sección quinta, con algunos comentarios acerca las implicaciones que tiene para el derecho probatorio la inserción del concepto de virtud como un concepto central en una teoría de la argumentación acerca de los hechos en el Derecho.

(19) R. HURSTOUSE, «Practical Wisdom: A Mundane Account» *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 106, núm. 1, 2006.

(20) *Ibid.*

(21) Vid. MCDOWELL, John, «Virtue and Reason», *Mind, Value and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

(22) Vid. AMAYA, 2012, *op. cit.*, pp. 59-60.

(23) Véase WALLACE, R. Jay, *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 253-258.

## II. VIRTUD Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LOS CASOS DIFÍCILES

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles es, sin duda, fundamental en la teoría de la argumentación jurídica, que se ha ocupado, de manera central, de los problemas relativos al razonamiento acerca de las premisas normativas en el Derecho. Esta distinción, sin embargo, también me parece altamente relevante para el desarrollo de una teoría del razonamiento probatorio en el derecho. Es posible distinguir, conforme a la bien conocida clasificación de MacCormick, entre cuatro tipos de casos difíciles: los casos que presentan «problemas de interpretación», «problemas de relevancia», «problemas de clasificación» y «problemas de prueba».<sup>(24)</sup> Mientras que los dos primeros tipos de casos conciernen a la premisa normativa del silogismo judicial, los dos últimos se refieren a la premisa fáctica. Me parece que esta clasificación es muy útil para analizar los tipos de casos difíciles que se presentan ante jueces y jurados. No obstante, a diferencia de MacCormick, me parece importante notar que la determinación de los hechos del caso no sólo requiere, en ocasiones, resolver problemas de clasificación y prueba sino también problemas de interpretación así como problemas de relevancia. Son cuatro, por lo tanto, los tipos de casos difíciles que tienen que enfrentar, a veces, los jueces y jurados para arribar a conclusiones fácticas justificadas.

En primer lugar, la determinación de los hechos en algunos casos es difícil debido a problemas de interpretación del derecho. Entre los problemas interpretativos que enfrentan jueces y miembros del jurado se encuentra la interpretación de los estándares de la prueba, particularmente, en Derecho penal. La determinación de cuándo se ha satisfecho el estándar de «más allá de toda duda razonable», «prueba plena» o «convicción íntima» requiere que jueces y jurados se embarquen en un difícil ejercicio interpretativo. Estos estándares tienen, además, una naturaleza contextual, de modo que es necesario, para poder determinar si se han satisfecho o no, evaluar qué cuenta como razonable o como convicción íntima en el caso particular, a la luz de los costes que tendría un error en este caso, las consecuencias normativas que se siguen de la decisión y la importancia de lo que está en juego.<sup>(25)</sup> Los casos en los que no es posible diferenciar entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, como los casos de negligencia, también presentan problemas de interpretación. De nuevo, para poder determinar si se satisfacen los estándares de «cuidado debido» es preciso tomar en consideración las circunstancias particulares del caso.<sup>(26)</sup> Por último, la aplicación de estándares importantes que deben informar el juicio tales como «equitativo», «justo», «proporcional» o «adecuado» requieren determinar qué cuenta como tal en el caso particular.

En segundo lugar, jueces y jurados enfrentan, de manera paradigmática, problemas de prueba, es decir, problemas relativos a la interpretación de los hechos del caso. El

(24) MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 65-67 y cap. V.

(25) LILLQUIST, Erik, «Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability», *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, 2002-2003.

(26) MARDER, Nancy, S., «The Myth of the Nullyfying Jury», *Northwestern Law Review*, vol. 93, 1998-1991, p. 910.

trabajo inferencial en el que deben embarcarse jueces y jurados requiere la interpretación de diferentes elementos de prueba así como la evaluación de distintas hipótesis acerca de los hechos disputados a la luz de las pruebas disponibles, interpretación que puede ser extremadamente complicada en algunos casos específicos.

En tercer lugar, la determinación de los hechos en el derecho también exige resolver, en ocasiones, problemas de clasificación, es decir, determinar si los hechos probados cuentan como casos de la categoría normativa relevante recogida en la norma aplicable en el contexto de las circunstancias específicas del caso. ¿Es, por ejemplo, un bolígrafo un «arma oculta» para los efectos de atribuir responsabilidad penal? Esto dependerá, de nuevo, de los particulares del caso – como los casos de JT en Holanda, en el que JT fue acusado de asesinar a su madre penetrando su cerebro a través del ojo con un bolígrafo o el caso de Jason Webster, condenado por asesinar a Rebecca Love, apuñalándola repetidamente con un bolígrafo ponen tristemente de manifiesto.<sup>(27)</sup>

Por último, jueces y jurados también tienen que enfrentar problemas de relevancia a la hora de determinar los hechos. El problema, en relación a los hechos, no es el de determinar si hay o no en el sistema jurídico elementos normativos relevantes, sino cuáles son los elementos fácticos relevantes a la hora de describir los hechos del caso. Aun cuando las normas guían, de manera central, el proceso de descripción, la determinación de la constelación de hechos relevantes no se encuentra totalmente determinada por la norma aplicable al caso. Baste pensar, por ejemplo, en la asimetría de poder en el lugar de trabajo en los casos de acoso sexual que, hasta sólo recientemente, se ha incorporado explícitamente en las normas que regulan este tipo de delitos.<sup>(28)</sup>

En todos estos casos, la virtud del juzgador –juez o miembro del jurado– es necesaria para razonar adecuadamente acerca de los hechos. La toma de decisiones en estos casos requiere una sensibilidad particular para apreciar los rasgos relevantes del caso y determinar, a la luz de las circunstancias particulares, cuál es la mejor interpretación de los del derecho y de los hechos, el mejor modo de clasificar los mismos y cuáles son los hechos relevantes para la descripción del caso. La virtud, entendida como la capacidad de detectar las razones específicas que se derivan de los rasgos particulares del caso es, por lo tanto, necesaria para poder resolver de manera satisfactoria los problemas relativos a la determinación de la premisa fáctica en los casos difíciles.

Además de ser necesaria para resolver los casos difíciles, la virtud es también necesaria para determinar, en primer lugar, si un caso es o no difícil. Es decir, la posesión y el ejercicio de la virtud parece también necesaria para detectar cuándo un caso, aparentemente fácil es, no obstante, difícil. La persona virtuosa tiene la capacidad de ver que, en algunos casos, aun cuando la interpretación de los hechos y del derecho parezca clara y la clasificación y descripción de los mismos sea aparentemente sencilla es necesario ir más allá del sentido literal de las normas aplicables o de la más obvia interpretación,

(27) Véase, MALSCH, M., y NIJBOER, J. F., (eds.), *Complex Cases*, Amsterdam, Thela Thesis, 1999 y *Yorkshire Post*, 28 January 2008.

(28) NUSSBAUM, Martha C., 2000, «Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior», BURTON, Steven (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge University Press, Cambridge, p. 78.

descripción o clasificación de los hechos y tratar el caso como un caso difícil. Permítaseme ilustrar estos casos por medio de un ejemplo de ficción, el caso descrito en la película, ya clásica, *Doce hombres sin piedad*, en la cual un joven estadounidense de origen hispano es acusado de asesinar a su padre a puñaladas.<sup>(29)</sup> El caso parece claro: el acusado no tiene ninguna coartada, el cuchillo que supuestamente pertenece al acusado se encuentra en la escena del crimen y varios testigos oyeron a la víctima gritar, vieron cómo se cometía el asesinato y cómo el acusado salía corriendo. El caso es tan fácil que once de los doce miembros del jurado votan inmediatamente en contra del acusado. Sin embargo, un miembro del jurado tiene la capacidad de detectar que las circunstancias del caso (como el hecho de que es un caso de pena de muerte, que el acusado pertenece a una minoría racial en contra de la cual es altamente probable tener prejuicios, que el acusado carece de los recursos necesarios para contratar a un buen abogado defensor, etc.) son tales que es necesario considerar distintas interpretaciones de los hechos y cuestionarse algunos aspectos del mismo antes de poder estar en condiciones de analizar la situación probatoria con un grado de detalle adecuado a la gravedad del caso. Como este ejemplo pone de relieve, una especial sensibilidad a los particulares del caso es esencial para poder poner en entredicho la naturaleza aparentemente fácil de un caso y embarcarse en el tipo de razonamiento probatorio necesario para decidir acerca de los hechos en los casos difíciles.

La virtud no es sólo necesaria para identificar los casos difíciles y resolverlos adecuadamente, sino que es especialmente requerida para decidir los casos, «trágicos», en los que aun cuando la interpretación tanto de los hechos como del derecho no presenta problemas, la determinación de los hechos y las normas relevantes es clara y la clasificación de los hechos conforme a la normas aplicables es sencilla, la conclusión a la que se llega parece ser absurda o profundamente injusta.<sup>(30)</sup> La virtud, como argumentaré en la siguiente sección, nos proporciona algunas de las herramientas necesarias para tratar también adecuadamente estos casos.

### III. VIRTUDES, DILEMAS MORALES Y PRUEBA

En algunos casos, poco frecuentes por fortuna, jueces y jurados enfrentan en el ejercicio de su cargo verdaderos dilemas morales. Un dilema moral es un tipo particularmente severo de conflicto moral en el cual el agente tiene razones morales para tomar dos cursos de acción que no pueden realizarse conjuntamente. En estos casos, el agente, haga lo que haga, hará algo incorrecto moralmente. Dos rasgos adicionales caracterizan los casos dilemáticos: a) ninguna de las obligaciones morales derrota a la otra y b) cualquier decisión que se tome implica una pérdida o

(29) *Twelve Angry Men* (1957), dirigida por Sydney Lumet.

(30) Schauer diferencia entre dos tipos de casos difíciles: los que surgen de indeterminación lingüística y aquéllos en los que la respuesta que da el derecho está clara pero parece equivocada – como en los casos que yo he denominado, siguiendo la terminología de ATIENZA, como «trágicos». Vid. SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 157 y ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 251-252.

afectación de un valor fundamental, y es por esto que estos casos se pueden llamar con propiedad «trágicos».<sup>(31)</sup>

Ocasionalmente la determinación de los hechos en el derecho requiere enfrentar conflictos normativos que tienen las características mencionadas, particularmente, en los casos en los que la obligación moral de aplicar el derecho y la obligación moral de hacer justicia entran en conflicto. Este tipo de conflicto se da en dos situaciones diferentes: a) cuando la norma aplicable parece moralmente incorrecta y b) cuando aunque la norma aplicable no parezca objetable desde un punto de vista moral, la aplicación de la misma al caso concreto tiene implicaciones normativas absurdas o profundamente injustas. En estos casos, jueces y jurados tienen razones morales para fallar en contra del acusado –bien porque la norma aplicable sea inmoral o porque la aplicación de la misma al caso concreto sea problemática desde un punto de vista moral– y razones morales –derivadas de su obligación de aplicar el derecho– para fallar en contra del acusado. La virtud, a mi parecer, puede proporcionar una manera de proceder en estos casos en los que jueces y jurados deben enfrentar conflictos normativos muy serios como los que caracterizan a los casos trágicos.

¿Cómo se comportaría un juez o miembro del jurado virtuoso en los casos que presentan dilemas morales?<sup>(32)</sup> En primer lugar, el juez o miembro del jurado virtuoso se daría cuenta de que está enfrentado un caso trágico y no simplemente un caso difícil y, mucho menos, uno fácil. No pasaría desapercibido, en este sentido, al virtuoso que las circunstancias del caso son tales que la aplicación sin más de la norma a los hechos es altamente problemática.

En segundo lugar, el virtuoso trataría de encontrar una salida entre los cuernos del dilema; completamente consciente de la importancia de los valores en conflicto, trataría de encontrar el modo de evitar sacrificar la justicia en aras de respetar el derecho así como de sacrificar el derecho en pos de la justicia. Haría su mejor esfuerzo por encontrar una interpretación plausible del derecho que le permitiera evitar una condena incorrecta moralmente a la par que respetar la obligación de obedecer al derecho derivada de su cargo institucional o consideraría formas en las que los hechos pueden ser clasificados o interpretados que posibiliten tomar una decisión que es respetuosa tanto de las exigencias impuestas por la justicia como de las exigencias impuestas por el derecho.

En tercer lugar, en caso de que estuviera convencido de que no hay forma de salir de los cuernos del dilema, trataría de tomar la decisión que tuviera las consecuencias menos perjudiciales posibles. Por ejemplo, un jurado virtuoso (en algunos sistemas) tiene la posibilidad de encontrar al acusado culpable pero solicitar al juez que se im-

(31) Véase, entre otros, W. SINNOTT-ARMSTRONG, *Moral Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1988. En el contexto jurídico, véase ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas*, Oxford, Oxford University Press, 2007; LARIGUET, Guillermo, *Encrucijadas Morales*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid, 2011, MORESO, Jose Juan (ed.), *Dilemas Morales y Derecho*, *Discusiones*, vol. 8, 2001 y MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, Buenos Aires, 2007.

(32) Véase HURSTHOUSE, Rosalind, «Two Ways of Doing the Right Thing», FARRALLY y SOLUM, *op. cit.*, pp. 236-255. Véase también LARIGUET, Guillermo, «Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho y su vínculo con los dilemas morales», GONZÁLEZ y LARIGUET, *op. cit.*, pp. 201-206.

ponga la sentencia menos severa. De este modo, el jurado puede respetar su juramento pero minimizando las consecuencias que ha de sufrir el acusado. Esta fue, por ejemplo, la manera en la que procedió el jurado en el caso de homicidio de Tracy Latimer, una niña de doce años que padecía parálisis cerebral. Tracy había ya sufrido una operación en su espalda, cadera y piernas y era necesario realizar otras operaciones, tenía que ser alimentada artificialmente y sufría dolores terribles, que los doctores no podían aliviar, por lo que su padre decidió poner fin a su vida. El jurado encontró al padre culpable de homicidio en segundo grado pero recomendó que la sentencia correspondiente no se impusiera.<sup>(33)</sup>

En cuarto lugar, un miembro del jurado virtuoso tratará de evaluar los rasgos particulares del caso para determinar si el caso es tal que la nulificación del derecho es legítima o si, por el contrario, un veredicto de culpabilidad es debido, a pesar de la injusticia que el mismo pueda producir. En otras palabras, el jurado virtuoso tiene la capacidad de determinar, a la luz de las circunstancias específicas, si el uso del poder de nulificar (del que goza en algunos sistemas jurídicos) está justificado en el caso concreto.<sup>(34)</sup> Usos no virtuosos de manera incontrovertida del poder de nulificar son los casos de jurados exclusivamente blancos en casos de asesinato de afroamericanos donde el acusado es blanco. Ejemplos en los que el uso del poder de nulificar parece legítimo incluyen casos en los que la sentencia parece ser excesivamente dura – como en un caso de «three strike» en el que una persona fue sentenciada a prisión perpetua por robar un trozo de pizza– así como casos en los que los rasgos particulares del caso son tales que la aplicación de la norma aplicable parece injusta o absurda. Un ejemplo de esta última situación es el caso de Leroy Reed, un hombre de inteligencia limitada que fue acusado de poseer un arma en violación de una norma que prohibía a personas con una condena previa la posesión de armas. Reed quería trabajar y pensó que podría convertirse en detective privado haciendo un curso por correo que vio anunciado en una revista. Compró un arma y se paró en la puerta de los tribunales a esperar a que alguien lo contratara. Cuando la policía le preguntó qué estaba haciendo allí, Reed explicó sus intenciones, fue a casa a recoger su arma y la depositó en la comisaría. El jurado se preguntó si las limitaciones del acusado habían sido tomadas en cuenta por el legislador. De manera más específica, se centró en si Reed pudo «saber» que poseía ilegalmente un arma y consideró el hecho de que Reed comprara el arma como herramienta de trabajo, sus esfuerzos por emplearse y su cooperación con la policía como hechos relevantes y decidió absolver.<sup>(35)</sup>

Por último, es fundamental notar que, en los casos en los que hay un conflicto severo entre derecho y justicia, el juez o miembro de jurado virtuoso, tanto si decide a favor como en contra del acusado, tendrá la respuesta emocional apropiada. La virtud, como he mencionado antes, tiene que ver no sólo con la acción sino también con la emoción,

(33) Véase, RACHELS, James, *The Elements of Moral Philosophy*, MacGraw-Hill, New York, 2006, pp. 13-15.

(34) La nulificación del derecho por parte del jurado se considera por muchos una opción moralmente justificada al menos en algunos casos. Véase KLEINIG, John, *Ethics and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 179-184.

(35) Véase MARDER, *op. cit.*, pp. 890-897.

y al tomar una decisión en un caso trágico, el juez o miembro del jurado virtuoso experimentará pesadumbre y angustia, se dará cuenta de la importancia del valor sacrificado –tanto si es la obediencia al derecho como la justicia– y no minimizará la relevancia de la pérdida que conlleva su decisión ni se sentirá satisfecho de haberla tomado. Hay, por lo tanto, un modo característico en el que el juez o miembro del jurado virtuoso aborda los dilemas morales, lo que no significa que haya una respuesta uniforme a la pregunta acerca de qué debe hacer un juez o miembro del jurado cuando se enfrenta con un dilema moral: es necesaria la virtud para poder hacer la evaluación de los rasgos particulares del caso concreto y tomar la decisión adecuada al contexto.

#### IV. ESBOZO DE UNA TEORÍA DE LAS VIRTUDES PARA JUECES Y JURADOS

¿Cuáles son los rasgos de carácter que son virtudes en el contexto del rol de juez o miembro del jurado? De manera más específica, ¿cuáles son las virtudes necesarias para razonar adecuadamente acerca de los hechos en el derecho? En las secciones anteriores, he sostenido que la virtud es un componente necesario para determinar los hechos en, al menos, dos tipos de casos, los casos difíciles y los casos trágicos. Parece necesario ahora explicar cuáles son los rasgos de carácter que son, como se ha argumentado, cruciales para llegar a conclusiones fácticas justificadas en estos casos. No trataré de dar una lista exhaustiva de las virtudes necesarias para determinar correctamente los hechos en el derecho, sino que me limitaré a describir los tipos fundamentales de virtudes que habrían de ser incluidos en una teoría de la virtud desarrollada para jueces y jurados.

En primer lugar, los jueces deben tener un conjunto de virtudes epistémicas o intelectuales, tales como la autonomía intelectual, la humildad intelectual, la habilidad de reconocer hechos relevantes, sensibilidad al detalle, apertura de mente al evaluar las pruebas y apertura hacia las ideas de otros, imparcialidad al considerar las distintas hipótesis acerca de los hechos en litigio, evitando así realizar una evaluación sesgada o prejuiciosa de las alternativas, dedicación al seguir líneas prometedoras de investigación, sobriedad intelectual para no aceptar conclusiones de manera precipitada, valentía intelectual para atreverse a concebir alternativas que ponen en tela de juicio creencias firmes y perseverar frente a la oposición o la crítica y la habilidad de reconocer autoridades confiables.<sup>(36)</sup>

Además de virtudes intelectuales, para llevar a cabo con éxito las tareas argumentativas relativas al establecimiento de la premisa fáctica, es necesario también poseer y ejercer un conjunto de virtudes de carácter moral. Algunas de las virtudes más importantes en este sentido son las virtudes de la justicia, la imparcialidad, la templanza, la valentía y la honestidad. Jueces y jurados se embarcan en la tarea de determinar los hechos no con el objetivo de avanzar el conocimiento sino la justicia. A diferencia de otros tipos

(36) Hay diversas concepciones acerca de cuáles son las virtudes intelectuales fundamentales. Véase, entre otros, COOPER, Neil, «The Intellectual Virtues», *Philosophy*, vol. 69, 1994.; ROBERTS, Robert y WOOD, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, *op. cit.*, nota 14; ZAGZEBSKI, *op. cit.*; y MONTMARQUET, *op. cit.*, pp. 19-33.

de razonamiento epistémico, la determinación de los hechos en el derecho es una parte esencial de la administración de justicia. Por ello, la virtud de la justicia es sin duda fundamental para el razonamiento probatorio en contextos jurídicos. La imparcialidad es central en el razonamiento jurídico, incluido, desde luego, el razonamiento jurídico acerca de los hechos. Los jueces y miembros del jurado necesitan tener templanza, es decir, la capacidad de controlar sus impulsos y deseos y someterlos a la razón. La valentía para enfrentar la crítica social así como, en casos extremos, incluso amenazas físicas, es también un rasgo de carácter necesario para desarrollar las tareas asignadas a jueces y miembros del jurado. Por último, la honestidad es necesaria para tomar una decisión basada en los hechos probados y no dejarse influir indebidamente por otros factores, cediendo a presiones políticas o participando en prácticas corruptas.<sup>(37)</sup>

Es importante señalar que aunque sea conveniente diferenciar entre los rasgos de carácter que son relevantes para comportarse de manera epistémicamente virtuosa y los rasgos necesarios para comportarse de un modo moralmente valioso en el ejercicio de las funciones de determinación de hechos asignadas a jueces y jurados, la distinción entre las virtudes morales y las virtudes epistémicas no es tajante.<sup>(38)</sup> A diferencia de lo que sostuvo Aristóteles, las virtudes morales y las intelectuales o epistémicas tienen una naturaleza similar y es también parecido el modo en el que se adquieren. Tanto las virtudes epistémicas como las morales añan componentes cognitivos y emocionales y en ambos casos se adquieren mediante la imitación y la práctica. Hay, además, numerosas conexiones lógicas y causales entre las virtudes morales y las epistémicas. Por ejemplo, la virtud moral de la honestidad implica lógicamente la posesión de las virtudes intelectuales que son necesarias para obtener creencias justificadas, ya que no es suficiente para comportarse de manera honesta que uno comunique simplemente lo que cree, sino que es preciso esforzarse para asegurarse que uno tiene buenas razones para creer lo que se comunica. Como ejemplo de relación causal, podemos pensar en la envidia y la soberbia, que obstaculizan la adquisición de virtudes intelectuales como la humildad intelectual o la apertura de mente. Por último, hay virtudes que aplican de igual manera al ámbito moral y al intelectual, tales como la humildad, la autonomía y la valentía. Por lo tanto, es importante destacar que las virtudes morales y las intelectuales o epistémicas que son necesarias para llevar a buen término las tareas de argumentación acerca de los hechos en el Derecho están íntimamente entrelazadas.

En tercer lugar, el razonamiento probatorio en el Derecho es, de manera central, una parte de un razonamiento práctico, es decir, un razonamiento que concluye en una acción, la acción de rendir un veredicto, y no en un estado de conocimiento. Debido a su naturaleza práctica, la *phronesis* o sabiduría práctica es una virtud esencial para la correcta determinación de los hechos en el Derecho. Son tres las

(37) Para una discusión de algunas de estas virtudes en el contexto del rol de juez, véase, entre otros, SALDAÑA, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007; CHAPMAN, John W. y GALSTON, William A. (eds.), *Virtue, Nomos*, vol. XXXIV, New York, New York University Press, 1992.; AGUILÓ, Josep, «Independencia e imparcialidad de los jueces», *Isonomía*, núm. 6, 1997; FARRELLY, Colin y SOLUM, Lawrence, «An Introduction to Aretaic Theories of Law», FARRELLY y SOLUM (ed.), *op. cit.*, pp. 7-16; y LARIGUET, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho*, IBDeF, Montevideo y Buenos Aires, 2012.

(38) Véase ZAGZEBSKI, *op. cit.*, pp. 137-165.

funciones principales que desempeña la *phronesis* y que hacen de la misma una virtud fundamental.<sup>(39)</sup> En primer lugar, las virtudes, tal y como sostuvo Aristóteles, son medios entre un extremo de exceso y otro de deficiencia. Por ejemplo, la valentía es el justo medio entre la cobardía y la temeridad. La *phronesis* es necesaria para determinar el justo medio, en un contexto determinado, entre los extremos, que es, en último término, en lo que consiste la virtud. En segundo lugar, la *phronesis* es necesaria para mediar entre las distintas virtudes cuando éstas entran en conflicto. Por ejemplo, a veces las exigencias de la humildad intelectual pueden entrar en conflicto con las exigencias de la autonomía intelectual –como puede ser el caso de un miembro del jurado que sostiene una teoría del caso minoritaria. En estos casos, la virtud de la sabiduría práctica es necesaria para hacer el juicio de una persona virtuosa, y no simplemente, el de una persona humilde o autónoma. Por último, la virtud de la sabiduría práctica es necesaria para integrar las distintas virtudes en un solo curso de acción. Aun cuando no haya un conflicto entre las virtudes relevantes ni sea problemática la determinación del justo medio, ni la acción ni la creencia se pueden describir totalmente en términos de seguir un conjunto de procedimientos. Las creencias y acciones de los jueces y miembros del jurado no se siguen exclusivamente de las reglas de la lógica inductiva y deductiva u otros procedimientos confiables de formación de creencias sino que hay siempre un elemento de «buen juicio» en la formación de creencias acerca de los hechos en el Derecho y en la toma de la decisión correspondiente, buen juicio –más allá del seguimiento de las normas epistémicas y jurídicas aplicables– que es, justamente, lo que caracteriza a la persona con sabiduría práctica.

En cuarto lugar, al especificar las virtudes que deben poseer y ejercer los jueces y miembros del jurado es esencial atender a la dimensión institucional que tiene la determinación de los hechos en el Derecho. A diferencia de otros tipos de razonamiento epistémico, el razonamiento probatorio en el Derecho tiene lugar en el seno de un complejo entramado institucional. La determinación de los hechos en el Derecho está constreñida por un conjunto de normas jurídicas procedimentales y substantivas, que están orientadas no sólo a alcanzar la verdad sino también a proteger otra serie de valores. Por ello, los jueces y miembros del jurado han de tener, además de las virtudes morales y epistémicas –que son virtudes generales, a pesar de que se especifiquen de manera diversa en el contexto de distintos roles, como el rol de juez o jurado– lo que podríamos llamar la virtud de la fidelidad al derecho. El juez o miembro del jurado virtuoso debe mostrar una actitud de respeto hacia el derecho y una disposición a llevar a cabo la tarea de determinación de los hechos dentro de los límites impuestos por las normas jurídicas que la regulan, aplicando los estándares de la prueba adecuados al caso, tomando (en el caso de los jurados) seriamente en consideración las instrucciones del juez, ignorando el conocimiento de pruebas inadmisibles, etc. En otras palabras, tanto los jueces como los jurados virtuosos llevarán a cabo las tareas de determinación de los hechos asignadas institucionalmente adoptando lo que Hart llamó el «punto de

(39) Para una discusión de las funciones principales de la virtud de la sabiduría práctica, véase ZAGZEBSKI, *op. cit.*, pp. 211-231.

vista interno», es decir, mostrando una disposición a ajustar su conducta a las reglas que regulan la prueba en el Derecho.<sup>(40)</sup>

Por último, hay una serie de rasgos de carácter que facilitan la comunicación así como la deliberación colectiva y que son también fundamentales para el buen desempeño de las labores de determinación de los hechos institucionalmente asignadas a jueces y miembros del jurado.<sup>(41)</sup> Estas virtudes de comunicación son esenciales no sólo para comunicar el veredicto sino también, en el caso de los órganos colegiados y de los jurados, para poder llegar al consenso necesario para alcanzar un veredicto. Hay, por lo tanto, importantes conexiones entre el desarrollo de una aproximación aretaica a la prueba jurídica y la epistemología social, área de la epistemología a la que compete el análisis y estudio de estas virtudes. Otra importante aplicación de la epistemología social al desarrollo de una epistemología de las virtudes para el derecho tiene que ver con las cuestiones relativas a la atribución de virtudes a órganos colectivos –como órganos colegiados y jurados, cuestiones tales como qué queremos decir con expresiones como que el jurado fue equitativo, justo o cobarde y en qué condiciones, en su caso, es posible realizar justificadamente tales atribuciones.<sup>(42)</sup>

## V. VIRTUDES, TEORÍA DE LA PRUEBA Y ÉTICA JURÍDICA

En las secciones anteriores he sostenido que la virtud es un componente esencial en una teoría del razonamiento probatorio. De manera más específica, he argumentado que la posesión de un conjunto de virtudes (intelectuales, morales, prácticas, institucionales y de comunicación) es necesaria para llevar a cabo con éxito las tareas de determinación de los hechos por parte de jueces y jurados en los casos difíciles y los casos trágicos. Ahora bien, se podría cuestionar la relevancia la discusión anterior para el desarrollo de una teoría de la prueba que tenga la pretensión de guiar y mejorar la práctica jurídica real en la que se embarcan jueces y miembros del jurado que distan mucho de ser –al menos en su mayor parte– virtuosos. En esta última sección quisiera argumentar que, por el contrario, una aproximación aretaica al razonamiento probatorio en el Derecho, lejos de ser una idealización improductiva, tiene importantes implicaciones para la teoría y la práctica jurídica.

En primer lugar, si, como he argumentado, la posesión y el ejercicio de las virtudes es necesaria para razonar adecuadamente acerca de los hechos en el Derecho en los casos difíciles y trágicos, entonces cobra una especial relevancia la tarea de educar en virtudes a aquéllos a quienes se les va a encomendar la tarea de determinar los hechos en contextos jurídicos. En este sentido, una aproximación aretaica a la prueba jurídica

(40) HART, Herbert, L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 88-91 y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, New York, 1984, pp. 14-15 y 166-167.

(41) COOPER, *op. cit.*, pp. 465-467.

(42) Véase, LAHROODI, Reza, «Collective Epistemic Virtues», *Social Epistemology* 21 (3), 2007 y FRICKER, Miranda, «Can There Be Institutional Virtues?» TAMAR S. GLENDER y HAWTHORNE, John (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, Oxford University Press, 2010.

tiene importantes implicaciones para la educación jurídica –especialmente, la capacitación judicial– así como para la educación general –al menos en aquellos sistemas en los que está vigente la institución del jurado.

En segundo lugar, que la virtud sea un componente necesario para el buen desempeño de las tareas de determinación de los hechos en el Derecho tiene también consecuencias importantes para el diseño de los procedimientos probatorios. La teoría de la virtud, me parece, nos ofrece una perspectiva útil para evaluar las reglas procesales y de la prueba. De modo más concreto, mi sugerencia es que podemos evaluar los procedimientos de determinación de los hechos en el Derecho tratando de determinar si éstos promueven o, por el contrario, obstaculizan el análisis virtuoso de las pruebas. Es, me parece, fundamental que los procesos probatorios se estructuren de manera tal que se maximicen las posibilidades de que jueces y miembros del jurado –con independencia de que posean las virtudes en mayor o menor medida– alcancen las conclusiones acerca de los hechos en el Derecho que un agente virtuoso podría haber alcanzado.

¿Qué tan satisfactorias son las normas y procedimientos que estructuran la determinación de los hechos desde un punto de vista aretaico? Hay un conjunto de normas y procedimientos que propician la toma de decisiones virtuosa acerca de los hechos en el Derecho. Por ejemplo, el sistema adversarial –con independencia de los problemas que el mismo pueda tener– es una forma efectiva de implementar los ideales de imparcialidad, como también lo es la institución del examen cruzado de testigos. Algunos rasgos del jurado también parecen coadyuvar al análisis virtuoso de las pruebas, tales como los procesos de selección de jurados (orientados, en parte, a asegurar, en la medida de lo posible, que los miembros del jurado tengan ciertas virtudes epistémicas, como la imparcialidad, la honestidad o la autonomía intelectual así como un compromiso firme de respetar el derecho, al que me he referido antes como la virtud de la integridad o la obediencia al derecho) o las instrucciones al jurado (como la instrucción de ser imparcial, mantener una mente abierta, no dar ni recibir ningún favor de ninguna persona que pueda estar relacionada con el caso, etc.). La obligación de motivar la decisión –tanto en juicios por jurado, en algunos sistemas, como en los casos en los que la determinación de los hechos es competencia de los jueces, es, sin duda, un mecanismo que promueve de manera esencial que las tareas de argumentación acerca de los hechos en el Derecho se realicen de forma virtuosa, en cuanto que incentiva a los miembros del jurado y a los jueces a fundamentar sus decisiones en el mejor conjunto de razones disponible. El requisito de motivación también aumenta las posibilidades de que jueces y jurados sean diligentes a la hora de analizar las pruebas presentadas en juicio y consideren seriamente la posibilidad de que otras hipótesis acerca de los hechos sean mejores explicaciones de los hechos a evaluar, propiciando, por lo tanto, una actitud de imparcialidad. Este requisito también puede ser un modo efectivo de minimizar el análisis sesgado y prejuicioso de las pruebas, en cuanto que fuerza a jueces y jurados a justificar sus decisiones en base a razones que otros pueden razonablemente aceptar, así como un buen mecanismo para asegurar el respeto de las exigencias impuestas por la virtud de la integridad u obediencia al derecho, ya que las decisiones sólo pueden motivarse en base a razones aceptables conforme a Derecho.

A pesar de que es posible atribuir un fundamento aretaico a algunas de las reglas procesales y de la prueba, otras reglas y procedimientos son altamente criticables

desde el punto de vista de la teoría de la virtud. Algunos ejemplos de normas que estructuran la deliberación y decisión acerca de los hechos en el Derecho y que obstaculizan el análisis virtuoso de las pruebas son las reglas de exclusión intrínsecas –vigentes en algunos sistemas– o la instrucción según la cual el jurado no debe considerar en sus deliberaciones qué sentencia se seguiría de un fallo de culpabilidad.<sup>(43)</sup> Las reglas de exclusión intrínsecas obstaculizan el ejercicio de algunas virtudes epistémicas básicas como la virtud de la autonomía intelectual o la completitud en el análisis del material probatorio relevante. Además, son problemáticas desde el punto de vista de una ética de las virtudes, ya que el acceso a las pruebas relevantes es una condición necesaria para deliberar acerca del caso con un nivel de cuidado que refleje la preocupación y el respeto debido a las partes, que es, a su vez, una exigencia fundamental para ejercer la virtud de la justicia en un juicio.<sup>(44)</sup> Estas reglas también dificultan el razonamiento probatorio virtuoso ya que el objetivo de algunas de ellas es promover el análisis desapasionado de las pruebas, impidiendo de este modo que jueces y jurados tengan respuestas emocionales apropiadas al caso. La instrucción según la cual el jurado debe alcanzar su veredicto con independencia de la sentencia que se pueda imponer evita que el jurado tome una decisión que tome en consideración las circunstancias particulares del caso –como haría un agente virtuoso– entre las cuales se encuentra, de manera fundamental, las consecuencias normativas que se pueden seguir de la decisión.

En tercer lugar, una aproximación aretaica a la prueba puede ofrecer una guía valiosa para reformar las normas y procedimientos probatorios actuales. Por ejemplo, con vistas a promover el análisis virtuoso de las pruebas, parece necesario realizar algunos cambios en las instrucciones del jurado, como la necesidad de que los miembros del jurado conozcan las consecuencias de su decisión –discutida más arriba– o que sean informados de su capacidad de nulificar, de las circunstancias excepcionales en las que dicho poder debe ser ejercido y de las consideraciones que deben tenerse en cuenta para un uso virtuoso del mismo. Una aproximación aretaica a la teoría de la prueba también recomendaría que las instrucciones que se dan al jurado se reconfiguren de tal manera que se maximicen las posibilidades de que el jurado actúe de un modo virtuoso. Como he sostenido, algunas virtudes, como la de la imparcialidad, ya se encuentran recogidas en las instrucciones del jurado. Sin embargo, el ideal de jurado virtuoso es mucho más complejo y exigente que el ideal de imparcialidad que conforman las instrucciones actuales. Sería deseable que el juez transmitiera al jurado la complejidad de la tarea encomendada y las distintas actitudes morales y epistémicas que son necesarias para llevar a cabo su tarea adecuadamente.<sup>(45)</sup>

(43) Shannon v. United States, 512 U.S. 573 (1994) y Rogers v. United States 422 U.S. 35 (1975).

(44) Véase Ho, *op. cit.*, 2007, pp. 78-84.

(45) Para ello parece esencial tomar en consideración los estudios en psicología cognitiva. Es posible que la mejor manera de lograr que los jurados visualicen el ideal de virtud de un modo que tenga un efecto palpable en su conducta no sea mediante instrucciones directas sino mediante métodos indirectos. Por ejemplo, estudios empíricos indican que la instrucción «considera el caso opuesto» es más efectiva para lograr un juicio imparcial que exigir directamente la imparcialidad. Véase SIMON, Dan, «A Third View of the Black Box», *University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.

Otros cambios que promovería la teoría de la virtud tienen que ver con el fortalecimiento de la situación epistémica del jurado –y, en algunos sistemas, de los jueces también– en cuanto que parece necesario, en aras de maximizar las posibilidades de que tanto miembros del jurado como jueces se involucren en las actividades de investigación y deliberación acerca de los hechos de forma virtuosa, reemplazar la concepción –predominante– altamente pasiva de los mismos por una concepción más activa, por ejemplo, concediéndoles el poder de solicitar pruebas adicionales, llamar a testigos y expertos, visitar la escena del delito, interrogar testigos, realizar preguntas de clarificación al juez (en el caso de los jurados) o a las partes o discutir acerca del caso a lo largo del juicio.<sup>(46)</sup> Por lo tanto, una perspectiva aretaica no sólo tiene la capacidad de explicar algunas características prominentes de los sistemas probatorios actuales sino que también ofrece una perspectiva útil para evaluar y mejorar los mismos.

En cuarto lugar, la tesis según la cual la virtud es un componente central en una teoría de la prueba tiene importantes implicaciones a la hora de definir el objeto de estudio de la disciplina. Si, como he argumentado, para razonar con éxito acerca de los hechos en casos difíciles y trágicos es necesario tener un conjunto de virtudes, entonces la formación del carácter (moral y epistémico) es una parte fundamental de una teoría de la prueba. Cuestiones de ética judicial y de ética de jurados son, desde esta perspectiva, cuestiones que están íntimamente ligadas con cuestiones probatorias. Hay, por decirlo de otro modo, vínculos fundamentales, que parece necesario explorar, entre la teoría de la prueba y la ética jurídica. La llamada *new evidence scholarship* incorporó el estudio de la inferencia y formas de razonamiento dentro del objeto de estudio de la teoría de la prueba, que se había centrado, tradicionalmente, en el análisis de las normas y procedimientos que regulan la prueba jurídica.<sup>(47)</sup> Mi sugerencia, por lo tanto, es que continuemos ampliando el objeto de estudio de la teoría de la prueba abarcando también ahora el estudio del carácter.

Esto no implica, desde luego, abandonar la pretensión de objetividad que han de tener las determinaciones fácticas, pero sí reconocer la contribución que hacen los sujetos (virtuosos) al razonamiento probatorio y que ninguna teoría de la inferencia probatoria (por bien diseñada que esté) ni ningún conjunto de reglas de la prueba (por bien codificado que esté) es suficiente para la determinación de los hechos, sino que hace falta un cierto tipo de sujeto, con ciertas cualidades, para poder llevar a cabo con

(46) Acerca de la pasividad de los jurados en los sistemas actuales, véase DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. 89. Los jurados en el pasado, por el contrario, jugaron un rol mucho más activo, véase LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 215-216 y MARDER, Nancy S., «Juries and Technology» 66 *Brooklyn Law Review*, 2001, pp. 1263-1269. Acerca de los beneficios asociados con permitir que los jurados deliberen sobre las pruebas a lo largo del juicio y hagan preguntas, véase, respectivamente, P. L. HANNAFORD *et al.*, «Permitting Jury Discussions During Trials», *Law and Human Behavior*, vol. 24, 2000 y HEUER, Larry y PENROD, Steven, «Juror Note-taking and Question-Asking During Trials», *Law and Human Behavior*, vol. 18, 1994. Véase también JACKSON, John, «Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, acerca de la necesidad de que los jurados tengan un papel más activo.

(47) LEMPert, Richard, (1986) «The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof» 66 *Boston University Law Review*. Véase también TWining, William y STEIN, Alex, (eds.), «Introduction to *Evidence and Proof*», *Evidence and Proof*, New York, New York University Press, 1992, p. xv.

éxito las tareas de investigación y deliberación necesarias para justificar apropiadamente las conclusiones acerca de los hechos en el Derecho.

Por último, el desarrollo de una aproximación aretaica a la teoría de la prueba jurídica puede tener consecuencias no sólo para la epistemología jurídica sino también para la epistemología general. Inicié este trabajo diciendo que no se había explorado lo suficiente la potencial aplicación de la epistemología de la virtud al derecho y, en concreto, al derecho de la prueba. Uno de los campos de investigación más activos en teoría de la virtud en distintas disciplinas es el desarrollo de aplicaciones de la misma. Creo que, en este sentido, la epistemología de la prueba basada en virtudes puede ser un buen campo de estudio para evaluar la epistemología de la virtud en general y también para desarrollar la misma –en el mismo sentido en el que aproximaciones aretaicas a problemas de ética aplicada han resultado ser vitales para el desarrollo de versiones contemporáneas de ética de la virtud<sup>(48)</sup>.

(48) Véase AXTELL, Guy and OLSON, Philip, «Recent Work in Applied Virtue Ethics», *American Philosophical Quarterly*, vo. 49 (3) 2012, para una visión panorámica de las aplicaciones de la ética de la virtud.

## LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL DERECHO COMÚN

CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ

*Universidad Europea*

---

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: MÁS ALLÁ DE LA REITERADA CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO.
- II. PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- III. DERECHO DE ALIMENTOS Y REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- IV. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

- I. INTRODUCCIÓN: MÁS ALLÁ DE LA REITERADA CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO

Recientemente ha entrado en vigor la reforma operada en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco<sup>(1)</sup>, reguladora de las parejas de hecho, por parte de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuyo artículo 6 establece que, en defecto de pacto, cualquiera de los miembros de la pareja se puede acoger a lo siguiente:

*2. Los efectos del cese, señalándose:*

*a) Una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos:*

*1. Si la unión hubiera supuesto disminución en la capacidad del solicitante de obtener ingresos.*

---

(1) La Ley 2/2003 fue recurrida por el Presidente del Gobierno, solicitándose posteriormente el desistimiento.