



ANEXO DE LECTURAS

TALLER “ETICA EN LA MAGISTRATURA”

LECTURA OBLIGATORIA

Manuel Atienza, "Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de Jueces en el Estado de Derecho" en: **Jueces y Derecho, problemas contemporáneos**, compiladores, Miguel Carbonell, Héctor Fix – Fierro, Rodolfo Vázquez, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

PREGUNTAS SOBRE LA LECTURA

1. ¿Cuáles son las virtudes morales y las virtudes intelectuales que deben acompañar a un magistrado?
2. ¿Se puede ser un buen magistrado y un mal hombre?
3. ¿Debe el magistrado asociarse a alguna concepción ética específica?

CAPÍTULO VI

VIRTUDES JUDICIALES. SOBRE LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE LOS JUECES EN EL ESTADO DE DERECHO¹

A la memoria de Genaro R. Carrió

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 los 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

¹ Este trabajo es una reelaboración de la intervención del autor en la III 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.

permite ver más allá y más profundamente de lo que lo harían los simples 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 último rótulo.

Pues bien, como lo sugiere ya la referencia a la “virtud” presente en el título de mi exposición, aquí trataré de situarme en un 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, quizás también, alternativas. 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 de alternativa.

1. LAS RAZONES DE UN OLVIDO

La primera cuestión a plantear 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 estaríamos de acuerdo en que “el Derecho es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican” (Van Caenegan 1991, p. 126) 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 algunas excepciones que hacer,² pero la realidad es que ni la doctri-

² Véase, por ejemplo, Auger 1985, Arozamena 1987, Vázquez Sotelo 1995 y, sobre todo, Aulet 1997.

na jurídica ni los propios jueces ni la opinión pública en general se ha (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 ello 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 “deformaciones 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 lo constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega quizás a su cénit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: ¡como si pudiera separarse 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 la selección y formación de los jueces. En ambos casos, pues, los juristas teóricos tienden a desentenderse de aquellas cuestiones cuyo estudio requeriría también de consideraciones sociológicas, éticas y políticas, y a las que no parecen considerar como objetos de verdadero interés científico.

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 (tomo los datos de una conocida obra de José Juan Toharia [1987]), en 1972, no había ni un sólo 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 suponer 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 de régimen producidos en este siglo apenas han afectado 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 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 tiene, 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 género”, 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 ju-

rídicos 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 estadounidense [en Schwartz 1980]: “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” (p. 14). Y Clemente Auger, en el trabajo antes mencionado [Auger 1985], arrancaba precisamente de la “necesidad inexcusable” de solucionar el problema de la selección, la formación y el perfeccionamiento del personal al servicio 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” (p. 199).

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 cómo 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 primeros de los ochenta se hubiera hecho una encuesta (cosa que ignoro) entre estudiantes de las 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, quizás también, de algún teórico del Derecho especialmente destacado. Pero la figura del juez ha sido relegada 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 se 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 necesitaran acudir a los tribunales [van Caenegem 1991, p. 135]. Nosotros, quizás más realistas –y pesimistas– hemos aceptado que los tribunales eran un mal necesario, cuando no una maldición (“¡pleitos tengas...!”). 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 procurarlo el jurado, cuya justificación (dejando a un lado el hecho de su consagración constitucional) debería verse, me parece a 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.

2. 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 ésta: ¿De qué manera se seleccionan y forman los jueces en otros sistemas jurídicos y, en particular, en aquellos con las características más opuestas al nuestro, o sea: poco formalistas, no corporativistas y con una opinión pública preocupada por quiénes y cómo son sus jueces?

Van Caenegan [1991], en un interesante estudio dedicado al tema, ha señalado que, tradicionalmente, la judicatura en Europa 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 social [*cf.* Aulet 1997, pp. 29 y ss. y 335 y ss.]. En términos generales, Van Caenegan distingue tres sistemas de selección: 1) nombramiento por la máxima autoridad política; 2) elección popular; y 3) 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 situa-

ción 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 gobernadores 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 gobernadores.

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 opuestos a los que –como 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 en 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 el método socrático. Como muy acertadamente ha observado Pérez Lledó [1992 y 1996], 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 formalistas: “Al fin y al cabo –escribe Pérez Lledó– el “case method” pone el énfasis en las sen-

tencias 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 de argumentación jurídica en lugar de la simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas” [1992, p. 75].

El no corporativismo judicial resulta también bastante patente. Como prueba de ello puede servir –además de lo antes indicado– una de las conclusiones a las que llega Bernard Schwartz [1980], 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 período 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, solo 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” [*cf.* Schwartz 1980, p. 58]: 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 despertó el nombramiento de los jueces –en particular, los de la Corte Suprema–, bastará con remitir al debate que tuvo lugar hace poco más de una década –en 1987– con ocasión de la “nominación” de Robert Bork por el presidente Reagan, y que dió lugar a una amplia literatura, dentro e incluso fuera de los Estados Unidos. “Tras dos meses de activa 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, compuesto por 14 miembros, y ésta eleva una recomendación –no vinculante– al pleno, que es quien se pronuncia en última instancia” [Beltrán 1989, p. 30]. En este caso, las audiencias –que duraron prácticamente 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 expresión, etc. 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..., alguno de los candidatos llegados después a magistrados de nuestro Tribunal Constitucional?” [en Beltrán 1989, p. 16].

3. MODELOS DE JUEZ

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 afirmaciones:³

A) 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

³ Sigo de cerca la caracterización presentada por Carrió [1965 y 1971].

del legislador racional. B) El Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso: un supuesto no regulado explícitamente –o regulado insatisfactoriamente– puede, sin embargo, resolverse dentro del sistema, merced a la labor de los científicos del Derecho –y de los propios jueces– y que consiste en “desarrollar” los conceptos creados por el legislador. C) En consecuencia, la función del juez es la de 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 serían 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 fuera del sistema, esto es, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral. C’) 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 lógica [*cf.* Atienza 1991]. 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 nuestras 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 quizás más inclinada hacia el lado del realismo. Ese “realismo moderado”, tal y como lo ha presentado, por ejemplo, Carrió⁴ 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 pueden 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 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, etc.) que no estaba previamente en las reglas. 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 “postpositivista” 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 únicamente en reglas,⁵ sino también en

⁴ En una famosa polémica de los años sesenta que enfrentó a Genaro Carrió con el penalista Sebastián Soler; *cf.* Carrió 1965 y 1971.

⁵ Prescindo aquí de que la caracterización de esa concepción por parte de Dworkin sea o no correcta; sobre eso, *cf.* Carrió 1981.

principios, esto es, pautas de comportamiento que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. (*policies* o directrices), y exigencias 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 el Derecho y la 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 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 encontrarla [*cfr.* Dworkin 1984]. 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 postpositivista (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 Ost [1993], 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 postmoderna. 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 tér-

minos jurídicos) las exigencias del Estado liberal de Derecho del XIX. Y el semidios Hércules (“que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo” [p. 170]) encarnaría el modelo 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 postmoderno”, que Ost caracteriza mediante los siguientes rasgos: multiplicidad de actores jurídicos (el protagonismo no lo tienen ya sólo el juez y el legislador, sino también las asociaciones, los particulares, etc.); imbricación de funciones (entre la jurisdicción y la administración, las autoridades judiciales y administrativas y los comités de ética, etc.); existencia de numerosas instancias (supraestatales, autonómicas, del mundo de los negocios, etc.); y variedad de tipos de normas (normas de fin, principios, etc.). La alternativa, por ello, la ve este autor en un nuevo modelo de 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 que arbitra los juegos siempre recomenzados”. “Si –añade– la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red [...] El Derecho postmoderno, 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 datos” (pp. 171-2).

Lo que resulta de todo esto es, pues, la existencia de una pluralidad de modelos en el plano teórico (naturalmente, hay muchos 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 esquemá-

tico 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 con la concepción formalista (pero en forma menos extrema que antaño). Quizás no pocos se sientan atraídos por –y próximos al– el 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 definitiva, parecería que la situación de incerteza teórica se corresponde con una notable falta de acuerdo entre los jueces –entre los jueces españoles– con respecto a aspectos fundamentales de su práctica, como el alcance del activismo judicial, los límites dentro de los cuales debe desarrollarse la interpretación de las leyes y de la Constitución, la posibilidad de utilizar argumentos morales, políticos, etc. La “crisis” de los modelos de juez proviene, en efecto, “no tanto de la ausencia de referencias, como de su excesiva abundancia” (Ost 1993, p. 169).

4. 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 un 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, etc.

Pero la pregunta ahora es: ¿Puede un sistema jurídico funcionar en esas condiciones? Los autores postmodernos, 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, quizás, 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 aplicación 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 analogías entre la interpretación artística (por ejemplo, la interpretación literaria) y la interpretación jurídica [*cf.* Dworkin 1986]. 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 Estados 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 y estándares normativos muy abiertos, etc.), 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 individuos.⁶ Sin embargo, por esa vía, el consenso que se logra es vital pero, en diversos aspectos, insuficiente. Como todos sabemos, las constituciones contemporáneas —y, en particular, la nuestra— es una Constitución “de consenso” que, precisamente por ello, contiene 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 éticas 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 alternativa, 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

⁶ 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 *cf.* Atienza y Ruiz Manero 1996.

rasgos de carácter que deberían poseer –y quizás posean– los jueces.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, basada no en la obediencia a las normas, sino en la formación del carácter, en la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. Según MacIntyre [1987], 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 con 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, quizás admita algún tipo de conciliación. Esta última es, por ejemplo, la tesis defendida por Victoria Camps [1990]. Según ella, el discurso de las virtudes sigue teniendo sentido en nuestras sociedades, pero siempre que se refiera al 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 la 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 sólo 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. 22), 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, en cuanto titular de uno de los poderes –quizás el mayor– 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.

4.1. QUÉ SIGNIFICA “BUEN JUEZ”

En primer lugar, conviene recordar que lo 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, quizás no podamos –o no tenga sentido– proponer un único modelo de juez, pero los diversos modelos tendrían que coincidir en algunas 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 profesor”) no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos.⁷ 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–,⁸ sino quien es capaz de ir “más allá” del cumplimiento de

⁷ Sobre la independencia e imparcialidad como notas definitorias de los jueces (en el Estado de Derecho) *cf.* Aguiló 1997.

⁸ Sobre el fenómeno de la corrupción judicial puede verse Andrés Ibáñez 1997, Auger 1997 y Málem 1997.

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.

4.2. 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” (MacIntyre 1987, p. 237). 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 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 fama y dinero (bienes externos), pero no habrá 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 o de cualquier otro tipo, sino por la satisfacción que le produce en sí mismos considerados, esto es, por puro “interés profesional”. Nuestro abogado habría descubierto entonces lo que son los 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 coope-

rativa, 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: DiStefano 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” [MacIntyre 1987, p. 237]. 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 honestidad;⁹ estas últimas son “componentes necesarios de cualquier práctica que contenga bienes internos y modelos de excelencia” (p. 238). Por tanto, supuesto –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.

4.3. 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 in-

⁹ 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”.

dependientes –por lo menos, relativamente independientes– de la ideología política y de las concepciones morales que cada juez pueda suscribir. ¿Pero existe tal cosa, se me preguntará? Me parece que sí y que, además, no es nada difícil lograr un consenso al respecto; dicho en otra forma, ese consenso ya existe.

Por ejemplo, MacCormick [1987], 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 de que alguien pudiera discutir 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 (tradicción, por cierto, que no comienza con el cristianismo, sino con Platón), hay una que parece estar ausente: la de la 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” [1971, 1, 9, 15]. 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 disponer al juez a usar moderadamente el –extraordinario– poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etc.¹⁰

4.4. 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 con-

¹⁰ Dicha virtud se corresponde con lo que Martens (1997) llama “modestia”.

clusión 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 situaciones particulares (MacIntyre 1981, p. 80 y Aristóteles 1981: *Ética a Nicómaco* 1141b1-1142a).

En un par de artículos relativamente recientes, Anthony Kronman (1986 y 1987) 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 en aplicarlo a los jueces.

La prudencia, según él, sería, desde luego, una virtud intelectual, pero no es 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 la experiencia del mundo. Y lo que permite 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 olímp-

pico”, 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” (Kronman 1986, p. 232).

4.5. 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 contra el Derecho vigente, pero, sin embargo, no era esa la mejor posible, 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 hacerse valer 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 pueda surgir luego —en el ejercicio de la práctica— las virtudes. La utilización de tests 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 las virtudes tendrían que hacerse jugar cuando se trata de promocionar 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, etc. Pero quizás no haya por ello que renunciar a elaborar un posible sistema que elimine —o, al menos, minimice— esos inconvenientes.

4.6. CÓMO SE ADQUIEREN LAS VIRTUDES

Vinculada con la anterior cuestión está la de si se puede enseñar —y hasta qué punto— a ser virtuoso. Un asunto, desde luego, peliagudo, pero sobre el que quizás 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—,¹¹ pueden existir “ni-

¹¹ En la *Ética a Nicómaco* (1142a) 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

ños-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 los 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 este sentido, Kronman, cuando señala que el “método socrático” contribuye a desarrollar ciertas virtudes (como, por ejemplo, la imaginación) [1986, p. 227 y ss.] lo que, desde luego, no puede decirse ni de las clases magistrales ni del método para la preparación de oposiciones.

Finalmente, creo que en la enseñanza de las virtudes judiciales, el cine y, sobre todo, la literatura podrían 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 toda una corriente de teoría del Derecho (*cfr.* Posner 1988 y 1990). 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

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 indudablemente 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 el ser de los primeros?”.

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 Nussbaum (1997) defiende precisamente la tesis de 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, etc. 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.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La última cuestión a plantear es la de cómo aplicar –o si 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 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 ello pueda deberse únicamente a una cierta “propensión” femenina hacia una profesión (la judicatura) en la que —según se dice— la “agresividad” y otros rasgos de carácter “típicamente” masculinos cuentan menos que en otras (como la abogacía) [*cf.* Lautmann 1986]. Como también es razonable 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?

Los mayores déficits se producen, 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 o de cualquier otro profesional del Derecho. Pero el “modelo de juez” 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 realismo.¹² Pero quizás 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 conocer el Derecho positivo; eso, por sí sólo, no garantiza que se 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 [*cf.* Taruffo 1992]). 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 jurídica.

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 pocos grandes jueces que han sido también eminentes filósofos del Derecho. Sin ir más lejos, el de mi entrañable amigo y maestro a cuya memoria he dedicado estas páginas: Genaro Carrió.

¹² 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.

LECTURA COMPLEMENTARIA N° 1

Jorge F. Malem Seña, ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? en: **Jueces y Derecho, problemas contemporáneos.**

Jorge F. Malem Seña

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

Índice

Portada

Créditos

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? . . .	5
I. El juez que no necesita fundar sus decisiones	8
II. El juez que necesita fundar sus decisiones	16
III.	21
Notas	52

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

Jorge F. Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

Según la ajustada apreciación de Herbert Hart, un sistema jurídico moderno se caracterizaría, entre otras cosas, por la existencia de un cierto tipo de reglas cuyo fin es establecer qué órganos y mediante qué procedimientos se debe determinar si una persona ha violado una norma de ese sistema y, en su caso, cuál es la sanción que cupiere (**nota 1**). Y si denominamos juez a quien cumple la función de dichos órganos resultará que los jueces son una parte necesaria de todo sistema jurídico moderno.

Ahora bien, quién desempeña el cargo de juez, con qué atribuciones lo hace y bajo qué circunstancias ejerce la potestad jurisdiccional depende de consideraciones jurídico-políticas. En ocasiones ha ejercido esa potestad por delegación del so-

berano legal, el monarca, que incluso solía reservarse para sí el conocimiento y la resolución de determinados casos como así también la de ser la instancia última o definitiva en la cadena de apelaciones. En otras ocasiones, en cambio, los jueces aparecen formando un «poder», independiente del resto de poderes del Estado, que reclama exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todos los conflictos sociales.

Por otra parte, la propia labor jurisdiccional y las razones que los jueces habrían de invocar en favor de sus decisiones han dependido también de circunstancias históricas y de los respectivos sistemas jurídico-políticos en los cuales desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, en España, era una práctica habitual en el derecho castellano que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrado el siglo XIX; mientras que en la actualidad, por el contrario, constituye una exigencia legal no cuestionada que los jueces han de fundamentar todas las decisiones que toman so pena de verlas revocadas por una instancia superior (**nota 2**).

Pero, curiosamente, a despecho de la época histórica que se analice y del origen o fundamento de su actividad o de su obligación o no de dar razones que avalen sus decisiones, a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les ha exigido ciertos com-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

portamientos morales en su vida privada que no condicen con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones, incluso de las llamadas humanistas. Es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional.

En palabras de Piero Calamandrei, «tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado ... Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe» (nota 3).

Por esa razón, no es de extrañar que popularmente, en los corrillos judiciales, su suela decir que para ser un buen juez es necesario ser una buena persona y, si sabe derecho, tanto mejor (nota 4).

En este trabajo me propongo presentar dos modelos de jueces y de ejercicio de la potestad jurisdiccional, prestando especial atención a la obligación que tienen o no de fundar sus decisiones en derecho. Al hacerlo no tengo ninguna pre-

tensión de reconstrucción histórica (**nota 5**), sino más bien de mostrar qué papel juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de esos dos esquemas teóricos, para tratar de concluir después dando respuesta a la pregunta acerca de si una mala persona –moralmente hablando– puede ser un buen juez –técnicamente hablando–.

I

El juez que no necesita fundar sus decisiones

Como es sabido, en España, Carlos III prohibió por Real Cédula de 23 de junio de 1768 a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias. De alguna manera, a través de esta disposición se pretendía uniformar en todo el territorio una práctica ya habitual, propia del derecho castellano en los siglos XVI, XVII y XVIII (**nota 6**). Prohibición que se mantuvo vigente hasta bien entrado el siglo XIX y que paulatinamente fue derogada según se iban modificando determinados ámbitos procesales.

Las razones aducidas en favor de esa interdicción y contenidas en la propia Real Cédula eran diversas. Una hacía referencia a la economía procesal: la motivación de la sentencia, que en realidad se consideraba un relato de lo sucedido en el juicio, insumía demasiado tiempo, con el consiguiente retraso

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

judicial en la consideración de otros asuntos y el aumento de las costas. Otra de las razones mencionadas era que tal motivación posibilitaba la crítica por parte de los litigantes de las razones del fallo, y en virtud de ello el aumento de los posibles recursos y la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.

Además de estas razones, históricamente se había esgrimido otra con una fuerte connotación político-ideológica. Quien detentaba la potestad jurisdiccional era el soberano absoluto en virtud de imposición divina, que a su vez delegaba en sus jueces y magistrados el ejercicio de tal potestad, aunque conservando su titularidad y el control sobre las decisiones de sus delegados. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios.

Pero a partir del siglo XVI, en la propia Castilla, donde ya imperaba la costumbre de no fundamentar las sentencias, según Richard Kagan, se hizo cada vez más notorio que la administración de la justicia era una cuestión típicamente hu-

mana y que como tal no quedaba exenta de toda crítica. De hecho, en esa época, el descontento por el funcionamiento de la justicia fue en aumento. De acuerdo con R. Kagan, las críticas a los pleitos y a los males que los acompañaban se debían a los elevados costes en tiempo y dinero que insuñan, motivados entre otras causas por «las ambigüedades de la ley por la que se juzgaban los pleitos; las jurisdicciones superpuestas que permitían a muchos litigantes frustrar los casos de sus oponentes; los tribunales notorios por su ineficacia, la corrupción y la codicia; y finalmente, una profesión jurídica de cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas» (nota 7).

Es por ello que, dados todos esos factores y, sobre todo, teniendo en cuenta la existencia de un entramado legal impreciso e insuficiente, no puede extrañar el enorme poder que se concentraba en manos de los jueces castellanos. Tenían incluso amplias competencias para intervenir inquisitorialmente tanto en los procedimientos civiles como en los penales, y al momento de dictar sentencia en fuero civil solo debían manifestar que una parte *probó su causa* y que la otra *no probó su causa*, sin hacer ninguna alegación que justificara tal apreciación (nota 8).

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

En el ámbito penal, a su vez, dado que las sentencias, al decir de Francisco Tomás y Valiente, no solían estar fundadas expresamente en derecho ni en hechos, y dado también la poca formalidad del proceso y el arbitrio al establecer la pena, no es de extrañar que el juez se presentara como «el verdadero señor del proceso. Al menos de su resultado ... [ya que] en muchos aspectos el Derecho y el proceso penal dependían más de la voluntad y decisión libre del juez, que el derecho y proceso civil» (nota 9).

Pero si la justificación de las sentencias no provenía de su motivación, ni de su adecuación al principio de legalidad, entonces debía recaer en el carácter moral de la autoridad que las dictaba. Tal era el modelo jurisdiccional de marras. La garantía de la corrección de la sentencia descansaba en la calidad ética de la persona del juez que la emitía. «Si la conducta no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de ese modo vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia» (nota 10).

De ahí que a los jueces se les exigiera poseer ciertos rasgos morales muy marcados y determinados comportamientos sociales muy estrictos. Se les compelió a llevar una vida casi

monacal, bajo la amenaza de fuertes sanciones que podían llegar incluso al apartamiento del cargo.

A los jueces se les exigía, por ejemplo, que vivieran en un entorno especial de un aislamiento social casi total. Esto se iniciaba con los destinos profesionales que se les asignaba. Las más de las veces realizaban su labor lejos de las zonas de donde eran originarios o habían realizado sus estudios o vivido parte de sus vidas. Además, les estaba vedado prácticamente toda vida social, no podían tener relaciones amistosas, ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, ni participar en cacerías o en juegos de azar. Cuanto más alejados de las prácticas locales donde ejercía su magisterio tanto mejor.

Tal era la preocupación por aislar a los jueces de las posibles influencias de la comunidad donde se insertaban sus decisiones que los traslados eran muy frecuentes, con la dificultad y demoras que ello traía aparejado para la resolución de las causas. Con estas medidas se perseguía que los jueces se dedicaran plenamente a la tarea de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado y que tuvieran, además, una imagen clara de imparcialidad, que no debía quedar empañada siquiera por la

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

sombra de sospecha de que su juicio había sido torcido por una relación de amistad, económica o de cualquier otro tipo.

Pero no solo se trataba de que el juez diera una imagen personal de imparcialidad, sino también de hombre justo y moralmente irreprochable. Por esa razón, se sostenía que quien ejerciera tan elevado magisterio debía ser temeroso de Dios y sentir amor por la justicia. Los jueces debían, además, ser de buena fama, desinteresados, sabios y con experiencia. Para poder juzgar con acierto, debían ser dóciles de corazón, afables y con indiferencia de ánimo respecto de las cosas o personas involucradas en las causas, aunque debían estar dotados de una gran firmeza de carácter para llevar a cabo su misión.

Los jueces también debían mantener una compostura grave, circunspecta y decorosa. Debían vestir con ropas oscuras y no mantener ningún trato familiar con sus colegas, con los abogados y con los vecinos. En fin, los jueces debían estar exentos de todo vicio. Su cargo era incompatible con la lujuria, la impiedad, la avaricia, la lisonja, la envidia, la codicia, la soberbia, etcétera (**nota 11**).

Sólo es en razón de estas exigencias que se torna absolutamente comprensible para nosotros que jueces como, Vidiano Maldonado, de Valladolid, fuera muy criticado por haber

contraído «enfermedades contagiosas» de «mugeres bajas y mozas de cantar»; o que Felix de Maçaneo fuera acusado de tener una amante con la cual se habría ido a nadar al río «en piernas con una muger»; o, en fin, que a García de Medrano se le imputara que no hiciera vida maritible con su legítima mujer **(nota 12)**.

Ahora bien, que la corrección de las sentencias se hiciera depender de la persona del juez y de su fineza de carácter, o de su apariencia, y no de las motivaciones o alegaciones realizadas en las mismas no significa que el juez estuviera libre de todo control. Este se iniciaba en el momento mismo de su designación, ya que debía sufrir un severo escrutinio previo acerca de su lealtad al monarca y a la religión católica. Continuaba después con los informes que periódicamente debía presentar a sus superiores y con las inspecciones y juicios de residencias a los cuales se debía someter. Se perseguía fundamentalmente controlar a los jueces para que no prevaricaran o cometieran cohechos, tan comunes en los siglos XVI, XVII y XVIII, pero también para asegurar que sus actividades fueran funcionales al regimen político vigente **(nota 13)**.

«El modelo jurisdiccional castellano no era, así pues, un orden de legalidad y sólo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral. Aquí radica justamente su razón de ser. Tra-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

ducido al plano institucional, esto significa que la sentencia no tiene vida propia: no es más que un fallo, que no se explica a sí mismo y depende en todo de sus jueces. De ahí que éstos, los jueces, deban ser apartados del pleito (mediante la recusación) o sancionados e incluso removidos del oficio (en trámite de responsabilidad) si atentan (con una conducta moralmente reprobable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia» **(nota 14)**.

En este contexto, pareciera que una condición necesaria para que el juez desarrollara su labor correctamente, esto es, fuera un buen juez desde un punto de vista técnico sería que el propio juez fuera una buena persona moral. Y no sólo que lo fuera sino que lo pareciera. Dada la poca relevancia que asumía el principio de legalidad, la apariencia de justicia material de las decisiones jurisdiccionales cobraba una importancia radical para su legitimación social y para la estabilidad del sistema. A partir de la ausencia de motivación de las sentencias, el único espejo donde el ciudadano podía ver reflejada esa justicia era precisamente la persona y el comportamiento del juez. Una mala persona, munida de poderes discrecionales tan amplios para decidir, no podía ser, técnicamente, un buen juez, ni tan siquiera en las apariencias **(nota 15)**.

II

El juez que necesita fundar sus decisiones

El paso de un esquema jurisdiccional donde imperaba la práctica de dictar sentencias carentes de fundamentación a otro modelo opuesto que exige que las sentencias estén motivadas tanto en sus aspectos normativos como fácticos se desarrolló, al menos en la experiencia española, de forma paulatina. El primer ámbito jurídico donde se estableció el deber de fundamentar las sentencias fue el mercantil, impuesto por el Código de Comercio de 1829 ([nota 16](#)).

Este deber de motivación de las sentencias se instituyó para hacer frente a la necesidad de disciplinar la tarea de los jueces, a la lógica impuesta por la construcción de un nuevo Estado y no en virtud de una supuesta garantía de los derechos de los ciudadanos. Había que limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial y obligar a los jueces a aplicar efectivamente el nuevo derecho legislado por las autoridades liberales. El respeto por el principio de legalidad aparecía así como una necesidad impuesta por el nuevo Estado liberal que, aceptando la tripartición de poderes, sitúa al parlamento en un plano superior al de la figura del juez y a la ley sobre las sentencias. Un camino apropiado para ello era compelerles a dar razones de sus decisiones. «Para que pudiera constatar-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

se la aplicación del nuevo Código, la fundamentación era, si no imprescindible, muy conveniente. Mantener la prohibición de la misma hubiera favorecido que las sentencias hubieran continuado basándose, en realidad en las antiguas Ordenanzas» (nota 17). Por ello tienen razón, C. Garriga y M. Lorente al afirmar que, «la obligación de fundamentar legalmente las decisiones judiciales fue una consecuencia y no un presupuesto de la reorganización del aparato de justicia» (nota 18).

A partir de este momento la justicia ha de ser entendida como la aplicación de la ley, sin importar cuáles sean los estados mentales o psicológicos de quienes la aplican. Al sistema jurídico ya no le interesan los procesos personales por los cuales el juez llega a tomar una decisión, sino su capacidad para expresar las normas que democráticamente la sociedad se ha dado. La ley aparece así como la expresión de la voluntad popular, una expresión a la que el juez debe sometimiento (nota 19).

Cuando el derecho impone que los jueces deben resolver conforme a un sistema de fuentes está estableciendo entonces que la premisa normativa general que ha de ser utilizada en el razonamiento judicial ha de provenir o ser identificada precisamente por esas fuentes de creación jurídica y no

atendiendo a la ética privada del juez. Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer lo suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o fallo. Obviamente, puede haber además premisas analíticas o definicionales (nota 20). Por esa razón, como sostiene Luigi Ferrajoli, «la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas» (nota 21).

La justificación de las sentencias depende ahora sí tanto del contenido de su fallo como de la motivación en ellas expuesta, siendo completamente irrelevante al respecto la moral privada de la autoridad que las dicta. En consonancia con esta idea, las normas que se adoptan a partir de esta época acerca de las aptitudes morales y de los comportamientos sociales exigibles a los jueces comienzan a ser más laxas. No se requiere ya que los jueces sean temerosos de Dios,

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

aunque como funcionarios de un Estado que adopta la religión católica les está vedado pertenecer a cualquier otra.

Se mantiene la exigencia de que los jueces sean de una reputación inmaculada o ser poseedores de un buen concepto público y, por lo tanto, son sancionadas conductas como la incontinencia pública, la embriaguez repetida o la inmoralidad escandalosa. Así, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se establece como causal de destitución que los jueces tuvieran vicios vergonzosos, que hubiesen ejecutado actos que los hagan desmerecedores del concepto público o cuando por su conducta viciosa o su comportamiento poco honroso no sean dignos de ejercer funciones públicas (nota 22). Pero en un ámbito donde los jueces deben fundar sus decisiones «los factores morales sufren un progresivo declinar mientras son sustituidos por la preeminencia paulatina en las leyes de elementos técnicos cada vez más complejos y abundantes, sin que ello suponga la desaparición radical de términos como «ardiente amor a la justicia» de los jueces, su «pureza sin mancha» o su «celo no interrumpido», que quedan en los textos más como elementos retóricos que como requerimientos reales» (nota 23).

Esta paulatina «des-moralización» de las propiedades personales exigidas a la persona del juez concluye en España

con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. En ella, entre las causales sancionadoras que se preveen desde un punto de vista disciplinario no se observa ninguna referencia a la ética privada de los jueces. Es más, en general se admite que la ideología personal o las convicciones morales, religiosas o políticas de un juez no constituyen una causa justificada de abstención o de recusación. El juez no tiene porqué ocultar u omitir manifestar su ideología o sus preferencias políticas en foros adecuados; por ejemplo, en publicaciones de reflexión teórica de política general, de sociología o de análisis filosófico. El juez no es ya, ni debe serlo, un ciudadano aséptico, encerrado en una botella de cristal, aislado de cualquier consideración social.

Y, en principio, tampoco le estaría vedado a los jueces realizar ciertos comportamientos en su vida privada que no sean exigibles al resto de los ciudadanos o funcionarios públicos, ya que en un Estado democrático y social, la constitución prohíbe la discriminación en virtud de las preferencias sexuales –recuérdese la prohibición de vicios vergonzosos–, sociales o de opinión.

En un contexto donde los jueces deben dar las razones que fundamentan las sentencias, los atributos personales de carácter moral que puedan o no tener o la realización de actos

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

que afectan exclusivamente a sus respectivas vidas privadas carecen de relevancia práctica o institucional.

Desde el punto de vista técnico, entonces, no sería verdad que para ser un buen juez es necesario ser ante todo una buena persona a despecho de su dominio del derecho; bastaría por el contrario que conociera adecuadamente la técnica jurídica para saber identificar las normas jurídicas que regulan el caso a decidir y para ofrecer una ajustada presentación de las cuestiones empíricas en los hechos probados sin que sea necesario para ello que sea un dechado de virtudes éticas y sociales. Una mala persona podría llegar a ser, en ese sentido, un buen juez.

III

Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se

suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que a igual que la mujer del César así deben parecerlo. La apariencia de justicia de las decisiones judiciales es importante –se aduce– para generar confianza en el justiciable, para contribuir de ese modo a la estabilidad del sistema jurídico y político. Se suele decir igualmente que una persona «mala» en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es tal vez más importante, al interpretar el derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una mala persona colapsaría, en definitiva, en un mal juez. Pero veamos de cerca estos argumentos.

Un primer argumento que se opone a la idea de que una mala persona pueda ser un buen juez y que, en consecuencia, debe guardar una compostura moralmente no reñida con las valoraciones sociales, es que los jueces no solo deben ser independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que también así deben parecerlo a los ojos del público. Según esta tesis, pareciera que la confianza de la opinión pública en la justicia descansara también en la compostura de los

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

jueces y, por ese motivo, se les exige una carga mayor en su comportamiento privado que no sería exigible a un ciudadano común. Por esa razón, los jueces no únicamente deberían evitar un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias (nota 24).

La noción de «comportamientos impropios» o de «situaciones sociales impropias» es sumamente vaga. Obviamente, es una noción que depende del contenido de normas morales y sociales y, por lo tanto, es doblemente parasitaria de la ética y del contexto político-social vigente. Lo que se considera impropio en un lugar o en un momento determinado puede no serlo en otro lugar o en una época diferente. Por ese motivo, es conveniente dar algunos ejemplos que podrían ser reputados en nuestras sociedades como impropios. Estos no tienen un carácter exhaustivo y se utilizarán sólo con fines pedagógicos. En todos estos casos se supondrá de que se trata de jueces que cumplen con los criterios estándares de la profesión; esto es, llevan su despacho actualizado, sus sentencias no son casadas o revocadas en un número mayor que el de sus colegas, conocen el derecho suficientemente y los abogados no tienen demasiadas quejas acerca de los

expedientes que les toca decidir. Lo único que diferencia a estos jueces de sus colegas es su vida privada.

1. El caso del juez irascible. Supongamos un juez que todos los domingos, cuando juega el equipo de fútbol de cuyo club es socio se pasea detrás de las porterías sujetándose a la alambrada que separa el campo de juego de la tribuna y profiere gritos no únicamente de aliento a los jugadores de su club sino también de menosprecio, con iracundia y hasta en un tono agresivo hacia los contrarios. En el campo de fútbol, el comportamiento de este juez no se diferenciaría demasiado de las acciones de los energúmenos que muchas veces aparecen en los estadios. ¿Podría éste ser un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. «Si yo fuera –sostiene– un asiduo concurrente a los partidos de fútbol y entre el público gesticulante reconociera a un magistrado de apelación que agitaba frenéticamente los brazos y sostenía a voz de cuello que el árbitro se había vendido, ¿cómo podría al día siguiente, al discutir una causa ante él, seguir teniendo confianza en su serenidad y en su equilibrio?» (nota 25). Ser fanático en el fútbol, en otro deporte o en cualquier otro ámbito de la vida, no podría ser compatible, debido a las apariencias de parcialidad que genera, con la práctica profesional de un buen juez.

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

2. El caso del juez de vida sexual no estrictamente ortodoxa. Uno de los aspectos de la vida personal que está sometido a un escrutinio especial en nuestras sociedades es el sexual. La sociedad establece parámetros de comportamientos sexuales de «normalidad» y «anormalidad» bastantes definidos, aunque sean arbitrarios. La violación de esos parámetros es considerada siempre un ejemplo de «comportamiento impropio». Veamos algunos casos periféricos.

2.1. La jueza y la bailanta. Supóngase una jueza de alrededor de 45 años de edad, divorciada, y que decide acudir todos los viernes y sábados a la noche a una sala de fiestas –las populares bailantas–. En este establecimiento danza hasta altas horas de la madrugada junto a personas más jóvenes al ritmo de música tropical, como la lambada. El movimiento y el contacto físico en este tipo de bailes es tan conocido como manifiesto y la jueza, que se prodiga generosamente en el baile, lo hace, obviamente, en público. También paga las copas que consume tanto ella como las de sus jóvenes acompañantes, y dado el crédito que tiene en el establecimiento en virtud de su cargo de juez, el propietario de la bailanta suele ir a cobrar las deudas contraídas al juzgado que la jueza paga de su propio peculio sin problemas.

2.2. El juez homosexual. Supongamos ahora que un juez homosexual, también de edad madura, lleva una vida sexual activa y no recatada. Sus ocasionales compañeros suelen ser bastantes más jóvenes y sus acercamientos amorosos a las personas con las cuales desea mantener relaciones sexuales son constantes, y las realiza a despecho del lugar donde se encuentre. Son acercamientos notorios pero que no transgreden groseramente la línea del respeto.

2.3. El juez adúltero y el juez que se relaciona con prostitutas. En ambos casos, las prácticas de estos jueces no constituyen delito alguno y éstos las realizan de forma pública y notoria. En el primer supuesto, son constantes y públicas las riñas y las recriminaciones con su cónyuge. En alguna que otra ocasión el juez ha sido encontrado manteniendo relaciones sexuales dentro de su automóvil en un aparcamiento público con una mujer que no era su esposa. En el segundo, el juez entra y sale de su domicilio a altas horas de la noche y aunque los escándalos rara vez se producen, los vecinos son conscientes del tipo de tráfico sexual que allí tiene lugar. El juez tiene la costumbre también de contratar prostitutas y llevar cintas de videos pornográficos a las fiestas de sus amigos (**nota 26**). ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

Hay quién podría pensar que estos ejemplos, y otros similares que podrían multiplicarse, de jueces que llevan una vida sexual en el límite de la ortodoxia son simplemente ejercicios académicos sin ninguna sustancia práctica. Pero ello no es así si se observa la legislación y la jurisprudencia comparada. Tanto los Tribunales Supremos de Ohio como de Florida, en los Estados Unidos, sancionaron disciplinariamente a jueces que se encontraban en circunstancias similares a las descritas (nota 27). El modelo de juez de estos Tribunales Supremos supone entonces que aquellos que cometen acciones impropias, incorrectas, inadecuadas o malas –incluso las pocas ortodoxas– desde el punto de vista de la moral social que rige las relaciones sexuales no pueden ser en definitiva buenos jueces.

3. El caso del juez jugador y del juez que administra mal su patrimonio. El primer caso se trata de un juez aficionado a los juegos de azar. No únicamente asiste con regularidad a los casinos de la ciudad en la que ejerce la potestad jurisdiccional sino que concurre frecuentemente al hipódromo y a las partidas de poker organizadas en los clubs privados. En diversas ocasiones se vio obligado a pedir préstamos para hacer frente a las deudas de juego contraídas, préstamos que posteriormente pagó en tiempo y forma, y aunque mu-

chas de estas actividades lúdicas se desarrollan en horas de la noche, no llega tarde a su trabajo y cumple con los horarios de despacho que le corresponde. En el segundo de estos supuestos, el juez tiene que afrontar deudas no provenientes del juego sino de comportamientos económicos erráticos y pintorescos. Gasta gran parte de su sueldo en ropa, para sí y su familia, ofrece costosas cenas a sus invitados y en general participa de una vida social cuyos costes no puede mantener. Por ese motivo, en diversas oportunidades, sus acreedores han embargado su sueldo, pero el juez terminaba cancelando todas las deudas no sin apuros y dificultades económicas.

En algunas legislaciones, como la argentina, existe ya la prohibición de que el juez participe en juegos de azar o concurra a lugares destinados a esas actividades (**nota 28**). Los jueces no pueden ir a casinos o hipódromos aun cuando no realicen apuesta alguna. Tales restricciones obedecen al menos a dos razones aparentes. La primera, es de naturaleza prudencial, un juez endeudado puede llegar a ser fácilmente corrompible por medio de la extorsión. La segunda, afecta a la apariencia de honorabilidad, una persona que juega permanentemente da la imagen de una persona sometida a una «práctica viciosa». Respecto al juez al que se le embargan los sueldos se suele aducir en su contra que quien no puede administrar

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

bien su patrimonio no está en condiciones de administrar el de los demás, y menos de administrar justicia. Tampoco aquí pareciera que la figura de un buen juez sea compatible con la de una persona que practica juegos de azar o que se endeuda sistemáticamente.

4. El caso del juez y las amistades peligrosas. Las relaciones y vinculaciones sociales de los jueces siempre han estado sometidas a un control especial, y no son pocas las sanciones que se les impusieron o imponen por mantener una vinculación social con determinado tipo de personas o por pertenecer a determinada clase de asociaciones. Vinculado a ello, se pueden examinar diversas hipótesis. Analicemos algunas de ellas.

4.1. Supongamos que un juez se reúne usualmente con delincuentes habituales, con reconocidos hombres dedicados al narcotráfico o con jefes de mafias de distinto tenor. Su conexión con esta gente le viene de lejos, juntos han estudiado o participado en equipos deportivos y desde la juventud tienen la costumbre de cenar todos los jueves en el restaurante de uno de ellos. El juez no participa de las actividades delictivas de sus amigos, no recibe regalos de ellos y paga sus cenas como cualquier otro, pero está afectivamente unido a ellos por las razones antes dichas. Que estas amistades

de los jueces no son aceptables lo indica el hecho de que en ocasiones, en los Estados Unidos, se han impuesto sanciones disciplinarias a jueces por el mero hecho de mantener una vinculación estrecha e íntima con delincuentes (nota 29). Las apariencias juegan aquí un papel central.

4.2. El juez que pertenece a asociaciones racistas, antidemocráticas o anticonstitucionales. En esta hipótesis los amigos del juez son personas de reconocida militancia xenófoba, ultraderechistas cuyo ideario político prohíbe los matrimonios mixtos desde un punto de vista racial o religioso y cuyos eslóganes son epítetos malsonantes hacia las comunidades negras, judías o suramericanas. Obviamente, este ideario rechaza la democracia como forma de gobierno y supone la subordinación del poder político a ciertos sectores religiosos. Estas personas se organizan en clubs, concertan veladas artísticas de dudoso gusto y se manifiestan en las calles. El juez de marras pertenece a estas asociaciones y asiste regularmente a las presentaciones de libros, conciertos o acontecimientos de marcado contenido racista y antidemocrático.

En todas estas asociaciones se les exige a sus miembros como una de las condiciones de membrecía que realicen un voto de obediencia a los postulados de la organización y que antepongan este voto frente a cualquier otra obligación con-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

tractual, jurídica o moral. ¿Podría una persona de este perfil ser un buen juez?

Pareciera que no. El juez no podría honrar su voto de obediencia a la asociación a la cual pertenece y al mismo tiempo honrar a la Constitución. Además, su imparcialidad habría quedado definitivamente afectada, ya que casi cualquier pleito puede remitir, directa o indirectamente, a postulados constitucionales, cuya negación sesgaría claramente los resultados del proceso. Y, por último, porque la apariencia de parcialidad se mostraría con toda su fuerza. «La administración de la justicia –dice el Tribunal Supremo de California en uno de sus fallos– se ve perjudicada por la percepción de sesgos racistas, se trasladen o no a los fallos y órdenes de los tribunales» (nota 30).

4.3. Un caso distinto al anterior en muchos aspectos, pero que no evita la percepción de parcialidad en el ejercicio jurisdiccional es la del juez que pertenece a una asociación que se dedica a realizar actos de caridad, a cumplir funciones sociales benéficas como la Cruz Roja o que opera en defensa de los derechos humanos como Amnesty International. La diferencia con el caso precedente es manifiesta. Es, fundamentalmente, de carácter ideológico, ya que aquí los postulados de estas asociaciones son perfectamente compatibles

con los principios constitucionales. Al poner en práctica los principios de la asociación el juez ejecuta al mismo tiempo mandatos o permisiones constitucionales. Por ello no es de extrañar de que si la figura del juez queda afectada en un caso concreto funcione el apartamiento voluntario o la recusación. Sería suficiente aquí que al juez le estuviera vedado ocupar posiciones directivas o realizar ciertas acciones, como hacer campañas pidiendo contribuciones económicas, por ejemplo.

5. El caso del juez estrafalario. Supóngase ahora que se trata de un juez que tiene un sentido particular de la moda y gustos estéticos no compartidos por la mayoría de la población en la que ejerce su profesión. Su cabello, teñido de amarillo, está modelado en forma de melena que acaba con una coleta que le llega más abajo de sus hombros. Adornan su oreja derecha una media docena de aretes y por su ceja izquierda sobresalen dos alfileres que acaban en una imitación de brillantes. Llega todas las mañanas a su despacho vestido con jeans y zapatillas, y aunque en las audiencias lleva la toga, tal como es preceptivo, suele llevar pintadas algunas uñas de su mano derecha de color fucsia. ¿Sería considerado un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. En su opinión, «en los jueces, aun en la vida privada, se reprochan como indignas de

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

la seriedad de sus funciones, ciertas pequeñas debilidades o ciertas inocentes distracciones que se perdonan o hasta se miran con simpatía en otras personas ... [una] sensación de desaliento se apoderó de mí una vez, cuando al hablar de cerca ... con el presidente de una Corte penal ante el que tenía que discutir momentos después un recurso noté, en los irisados reflejos de su cabellera untada con pomada, que se teñía el cabello. ¡Ay! ¡Ay! ¿Cómo puede ser investigador escrupuloso de la verdad en los asuntos ajenos, el que la adultera en sí mismo hasta en el color de los cuatro pelos que todavía le quedan?» (nota 31) No pareciera pues que una persona estrafalaria pudiera llegar a ser un buen juez.

En todos estos casos, la apariencia de justicia juega un papel fundamental. No basta, parece ser, que la decisión de los jueces sea justa o conforme a derecho, sino que así también debe parecerla. Una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente. Hay que recordar aquí el conocido teorema de Thomas en el sentido de que si una acción se vive como real, sus consecuencias terminarán siendo reales. Si los ciudadanos

consideran que el juez actúa torticeramente, se comportarán respecto de él como si efectivamente así lo hiciera.

Una segunda línea argumental que se esgrime en contra de la afirmación de que una mala persona puede ser un buen juez es que un juez que se comporta incorrectamente en su vida privada también lo hace en la vida pública o en el ejercicio de su profesión, ya que no podría mantener durante mucho tiempo una vida dividida, esquizofrénica y, por lo tanto, más pronto o más tarde su faceta inmoral terminaría por imponerse también en su ejercicio de la potestad jurisdiccional. Un juez que no obedeciera la ley como ciudadano, por ejemplo, estaría psicológicamente impedido de hacerla obedecer a otras personas. Un juez acostumbrado a violar las normas de tránsito difícilmente —se aduce— sancionaría adecuadamente a quienes violaran el código de circulación. Además, si un condenado o quien haya perdido un juicio observa que el comportamiento del juez es exactamente igual al hecho que motiva la sentencia que le es adversa descreerá de la justicia, no se sentirá vinculada a ella y el mensaje reprobatorio contenido en el fallo perderá su fuerza motivante desde un punto de vista pragmático. Un juez que no realice los aportes jubilatorios a su empleada doméstica difícilmente, se arguye, llegado el caso, condenará a otra persona que está en

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

su misma situación a realizar tales aportes obligatorios. La empleada doméstica de autos, a su vez, perderá la fe en la justicia y no se sentirá vinculada al sistema jurídico-político. Y ésta es, a todas luces, una situación negativa que afecta a todos.

La situación descrita puede ser ilustrada con un ejemplo suministrado por Gerald Dworkin. Supongamos, dice G. Dworkin, que dos ladrones están cometiendo un robo y que el de más edad le dice a su compañero que aquello que está haciendo, robar, es incorrecto moral y jurídicamente. El ladrón más joven sorprendido al escuchar esa reprensión contesta a su compañero no sólo que él está haciendo lo mismo, sino que es un ladrón habitual con más años en esa profesión. Y que por ese motivo no tiene el derecho a formularle esa crítica. A lo que el veterano ladrón responde que ese dato es irrelevante, que el acto que el joven está llevando a cabo, robar, está mal (**nota 32**).

La cuestión aquí, dice Dworkin, no es si la crítica formulada por el asaltante más viejo a su joven compañero es por su contenido correcta según algún sistema de normas. La cuestión a dilucidar es si quien formula la crítica, en ese contexto, está en posición de hacerla. Ello es así, porque en el diálogo moral, ambas partes, criticante y criticado, han de reconocer-

se mutuamente como agentes morales pertenecientes a una misma comunidad moral. Este elemento es relevante debido a que, pragmáticamente, las sanciones morales operan de un modo efectivo sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que le ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto. No es suficiente pues, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es sancionado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor a la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá. Y la crítica moral habría perdido parte de su fuerza motivante (**nota 33**).

Las consideraciones precedentes suponen, por lo tanto, la negación de la afirmación que sostiene que incluso en un Estado democrático de derecho donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias una mala persona puede ser un buen juez, ya que sus conductas como individuos desmerecería la fuerza motivante de sus decisiones no solo frente al sujeto sobre los que recaen sin también sobre el

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

resto de los ciudadanos. En todos los casos analizados, y en otros que pudieran ofrecerse, hay que pensar que los jueces realizan los actos descritos de un modo usual, permanente, no de forma excepcional o aislada y que, por lo tanto, tales conductas constituyen o son indicativas de un rasgo de sus respectivos caracteres. Tales acciones ejecutadas una única vez o muy esporádicamente tal vez no tengan la entidad suficiente como para servir de referencia para nuestros propósitos; esto es, saber si una mala persona puede ser un buen juez.

En los casos de jueces irascibles, de vida sexual no ortodoxa, de los que frecuentan compañías peligrosas o del juez estrafalario, las razones que se invocan para prohibirles conductas que a un ciudadano común le estarían claramente permitidas se debe a que tales conductas disminuyen, desde el punto de vista social, el respeto hacia los órganos de justicia que el conjunto de la población debe profesar en toda sociedad organizada, cualquiera sea el régimen político o judicial que adopte. En todos estos casos se asume además que el comportamiento impropio de un juez es trasladable al conjunto de la judicatura y que la percepción de un caso particular genera o permite generar una generalización respecto de todos los jueces. Es en virtud de estas razones que hay que prohibir

comportamientos impropios, aunque en muchos de estos casos las sentencias que los jueces dictan no se vean afectadas en su juridicidad. Basta que se afecte o pueda verse afectada la apariencia de juridicidad. En este sentido, a los jueces se les exigiría una actitud y un comportamiento que va más allá del mero cumplimiento del derecho.

Pero esta conclusión no puede aceptarse sin algunas precisiones adicionales. En primer lugar, porque no está muy claro cuáles son las acciones que denotan las expresiones como «comportamientos impropios», sobre todo en sociedades complejas donde coexisten diversos códigos de moralidad positiva o estéticos. Y cuando se indaga en la vida privada de las personas para determinar cuáles son los defectos que padecen en sus respectivos caracteres, se sabe cuando se comienza pero no cuando se acaba. Esto conllevaría una enorme discrecionalidad para sancionar conductas inespecíficas con la consiguiente indefensión de los miembros del aparato judicial. Esto obligaría a ser cuidadosos en el diseño de la disciplina de la vida privada de los jueces. Tan es así que muchos opinan que sería mejor dejarla a merced de un consenso gremial que no tiene por qué ser expreso; esto es dejarla a la autorregulación profesional. De hecho, esto es lo que sucede. Según Perfecto Andrés Ibañez, «no puede

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

desconocerse que el rol judicial impone, en la forma en que tradicionalmente se le concibe, un plus de rigor y de autocontrol generalmente superior al que se da en el común de las personas ...» (nota 34)

Pero a pesar de estas prevenciones y de las suficientes salvaguardas que haya que tener para garantizar los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos es verdad que se les debe exigir cierta contención en sus acciones que ofrezcan una imagen de ecuanimidad, objetividad e imparcialidad, ya que si el justiciable tuviera la percepción de que sus decisiones son sesgadas o torticeras el impacto que eso podría tener en la vida jurídica podría ser igual al que tendría si realmente lo fueran.

Por otra parte, la afirmación de que el reproche que lleva aparejada toda condena pierde fuerza motivante en casos como el del juez que realiza las mismas acciones que luego sanciona en sus sentencias merece ser analizada con algún detenimiento. Tal vez Gerald Dworkin tenga razón acerca de cómo funcionan pragmáticamente las condenas morales. Tal vez tenga razón en que un presupuesto de la eficacia de la crítica moral sea que quien critica no esté contaminado por los mismos actos que constituyen el objeto de su recriminación, pero desde una perspectiva jurídica las sentencias operan

de una manera distinta. En primer lugar, porque juzgador y condenado no tienen porqué participar, ni sentirse partícipes, de una misma comunidad de intereses o de valores morales o de otro tipo, ni identificarse el uno con el otro, ni que la reprimenda sea sentida como legítima por su destinatario, tal como lo señalan quienes se han dedicado al análisis de las subculturas de la delincuencia. Pero, además, el juez puede dictar una sentencia conforme a derecho sabiendo que es moralmente injusta, tal como lo muestra el artículo 4.3 del Código Penal que establece que los jueces o tribunales pueden solicitar el indulto de una persona cuando «de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendiendo al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» **(nota 35)**. En ese sentido, ni tan siquiera el juez que en virtud de su profesión dicta habitualmente sentencias debe identificarse a sí mismo con cada uno de los postulados del derecho vigente, le basta con identificar las normas que servirán de fundamento legal a su sentencia por las fuentes sociales que las produjeron. Pero esta identificación no significa que aprueba o desaprueba esas normas. Nada de esquizofrenia hay en ello **(nota 36)**. Y si esto es así, el argumento que exige absoluta coherencia moral entre las sentencias emitidas

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

por los jueces y los valores personales por ellos mantenidos pierde gran parte de su plausibilidad (**nota 37**).

No obstante estas razones nada triviales, conviene recordar que las normas jurídicas en general y las sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad. Y que esta función se ve menoscabada cuando la autoridad que la dicta es indigna, a los ojos del público, para llevar a cabo esa acción. En ese sentido, parecería prudencial exigir al juez un comportamiento apropiado; esto es, que al menos se abstenga de realizar aquellas acciones que pudiera condenar.

El caso del juez que pertenece a asociaciones no democráticas o con posiciones anticonstitucionales es diferente. Aquí sí existe una contradicción entre obedecer dos sistemas normativos cuyas conductas son pragmáticamente incompatibles; personas de ese tenor no deberían ser designadas juez, y si ya lo fueran deberían ser expulsadas del poder judicial (**nota 38**).

Para aquellos casos, en cambio, donde un juez tenga una ideología compatible con los valores de la constitución pero ante un hecho concreto su juicio pueda quedar sesgado, o

dar la apariencia de ello, basta establecer un sistema amplio de apartamiento o de recusación. Según Joan Picó y Junoy, «el interés moral o religioso, en supuestos excepcionales, puede ser de tal trascendencia para el juzgador que ponga en duda su objetividad, por lo que adquiere sentido su sustitución. Así, podemos pensar en el caso del juez que perteneciendo activamente a una asociación religiosa debe resolver una controversia que, atendiendo en conciencia a los postulados de su creencia, ha de resolverla inexorablemente de una determinada manera ... Al respecto, podemos citar el caso de un juez de Málaga, cuyas creencias religiosas contrarias al aborto eran conocidas, que fue recusado por el abogado de un imputado por delito de aborto al amparo del interés indirecto del juez en la causa. Este aceptó el motivo y fue separado del asunto...» (nota 39) Pero, además, difícilmente se podría calificar a una persona que mantiene posiciones en favor de los derechos humanos como que es una «mala persona».

Ahora bien, para tratar de responder a la pregunta de si una mala persona puede llegar a ser técnicamente un buen juez en un sistema donde impera la obligatoriedad de fundar las sentencias en derecho, esto es, en un sistema donde el juez tiene que decidir conforme a un sistema de fuentes preesta-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

blecido como la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, hay que considerar un último argumento. El que indefectiblemente una mala persona trasladará sus convicciones personales a su actuación profesional. Los jueces no pueden aplicar el derecho –se sostiene– sin interpretarlo previamente, y la interpretación es una actividad no solamente descriptiva de las normas dictadas por los legisladores sino también creativa sujeta a las veleidades ideológicas –en un sentido amplio– del interprete (**nota 40**). Según estas tesis, para cumplir técnicamente de manera impecable la función de juez se habría que tener ciertos caracteres personales, cierta ideología y cierta moral como condiciones necesarias para ello –aunque obviamente no suficientes– (**nota 41**), ya que habría una conexión necesaria entre la resolución de al menos algunos casos judiciales y la moral privada del juez. El juez no podría dejar de proyectar, en definitiva, en cada una de este tipo de sentencias sus propias valoraciones personales. Esta especie de «vertido de moralidad» que lleva a cabo el juez en sus decisiones se vería favorecida en modo diverso en el siguiente listado no exhaustivo de situaciones:

a. En ocasiones, el ordenamiento jurídico permite, o incluso exige, que el juez decida en una controversia de acuerdo a sus propios criterios valorativos sin sujetarse a restricción

jurídica alguna. La discrecionalidad que aquí se observa en el juzgador es absoluta. Es el caso en el que el juez debe decidir en equidad.

b. En otras ocasiones, el juez puede tomar una decisión entre un abanico de posibilidades. Cumple con la obligación de decidir conforme a derecho escogiendo cualquiera de las alternativas, como cuando puede imponer una pena de entre 8 y 25 años por la comisión de un determinado delito. Aquí la imposición de la pena efectiva será más o menos severa de acuerdo, entre otras cosas, al peculiar entendimiento del juzgador.

c. En otros casos, el legislador utiliza términos tan generales como «morigeración» o expresiones tan vagas como «buen padre de familia», que el juez se ve obligado a acudir «a conceptos metajurídicos extraídos de su propio mundo de la cultura y de su particular experiencia» (nota 42) para definirlos y hacerlos operativos al momento de resolver una controversia.

d. Hay cuestiones además que no pueden resolverse sin tener una teoría moral completa o, al menos, bien desarrollada. Difícilmente se puede determinar el significado que tiene la expresión «tratos inhumanos y degradantes» sin hacer referencia a elementos tan importantes para la teoría y la prác-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

tica moral como la dignidad o la autonomía de la persona **(nota 43)**.

e. Por otro lado, el orden jurídico autoriza al juez, a veces, a dictar normas generales para resolver una laguna normativa que le permita solucionar un caso apelando a procedimientos como el de analogía que, al no ser exclusivamente de carácter lógico, involucran necesariamente cierta dosis de valoración **(nota 44)**.

f. Además, los jueces también dictan normas en aquellas ocasiones en las que afirman la existencia de una laguna axiológica negándose con ello a aplicar la solución que el legislador había previsto para ese caso. Que se sostenga la existencia de este tipo de lagunas depende por entero de la valoración que haga el juzgador del supuesto de hecho y del entramado normativo. El apartamiento por parte del juez del mandato legislativo es aquí manifiesto y la creación normativa que lleva a cabo indudable **(nota 45)**.

Pero el derrame moral e ideológico que el juez realiza en su actividad de juzgar no queda reducido al ámbito de la interpretación normativa, también se manifiesta en lo relativo a la evaluación de la prueba de los hechos que van a constituir los fundamentos fácticos con que deben construir sus sentencias **(nota 46)**. En efecto, cuando el juez evalúa la credibilidad de

un medio de prueba o la atendibilidad de una prueba lo hace desde la perspectiva de la sana crítica, y este criterio reenvía necesariamente a ciertas valoraciones personales del juez.

De hecho, las partes en el proceso introducen información acerca de los datos fácticos que consideran relevante para mejor apoyar sus pretensiones y sobre los cuales el juez deberá decidir. Buena parte de esa información es, sin embargo, redundante, irrelevante y hasta manifiestamente contradictoria. Por otra parte, el juez tiene prohibido conocer sobre los hechos del litigio y mencionarlos en sus decisiones por medios diferentes a los procesalmente admitidos. El juez se ve obligado a bucear, en consecuencia, entre esa maraña de datos para formular un enunciado acerca de un acontecimiento histórico con pretensiones de verdad. Pero «la apreciación de la prueba es una actividad compleja sujeta a ciertos criterios, no siempre únicos, ni explícitos, ni claros, ni jerarquizados: la apreciación de la prueba se halla librada a la experiencia del juzgador ...» (nota 47)

Si esto es así, pareciera que ciertas valoraciones personales son también inescindibles de la evaluación de las pruebas en el proceso. Como se ha puesto de manifiesto repetidamente respecto de la aplicación del derecho penal sexual, la ideolo-

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

gía de un juez juega un papel relevante en la presentación de los hechos que considera probados (nota 48).

Finalmente, aunque no menos importante, se ha advertido, con la constitucionalización de las llamadas libertades básicas y derechos fundamentales del hombre un aumento y potenciación de las valoraciones con las cuales el juez imprime sus sentencias, ya que estos conceptos no únicamente son vagos y ambiguos, sino también dependientes de una concepción de lo bueno o de lo correcto.

Llegados a este punto, si se admitiera que existe una íntima conexión entre valoraciones morales, políticas o sociales e interpretación y aplicación del derecho, al menos para cierto tipo de controversias jurídicas, resultaría que el juez al decidir estaría adscribiendo derechos y obligaciones según su particular concepción de lo bueno o de lo correcto.

En ese sentido, pareciera que no en todos los casos se puede hacer una aplicación «mecánica» del derecho para resolver una determinada controversia sometida a consideración judicial. No en todos los supuestos la formulación normativa de carácter legislativo implica una única norma, ni los hechos probados en el proceso son de tal magnitud que permiten una descripción completa y certera desde el punto de vista de los elementos relevantes del hecho acaecido históricamente, o

existen lagunas de conocimiento y reconocimiento. Pareciera pues que el modelo donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias opera, en muchas hipótesis, como en el caso de su modelo opuesto –piénsese en la hipótesis de una situación gobernada por una discrecionalidad absoluta–, se acerca peligrosamente a él en algunos supuestos –recuérdese las lagunas axiológicas– o comparte un cierto aire de familia –la sana crítica en las tareas de evaluación de las pruebas–. Si en el primero de los modelos analizados se afirmó que una mala persona jamás podría ser un buen juez, en el que impera la obligación de fundar las sentencias parecería que tampoco ello es posible (nota 49).

Pero el concepto de «mala persona», que es parasitario de un conjunto de normas, puede ser interpretado como dependiente de la moral social o de la moral crítica. Una «mala persona» definida en atención exclusivamente a consideraciones morales positivas del momento tiene un serio inconveniente, y es que hace depender la valoración ética de aspectos que pueden basarse en prejuicios de distintos tipos o en principios que colisionan claramente con principios constitucionales bien asentados. Y no conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aun con sus sentencias la moral social vigente, y que no en pocas

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales.

Queda pues como alternativa para definir «mala persona» los criterios definidos por la moral crítica; estos criterios, valores y postulados básicos suelen estar ya recogidos en el ordenamiento constitucional que organiza el Estado social y democrático de derecho. Es verdad que el esquema valorativo que informa los sistemas constitucionales modernos caben diversas sensibilidades; por ejemplo, mantener una posición más igualitaria que otra en materia social. Pero aceptar esta afirmación no significa que cabe cualquier valoración. Un fascista consecuente, un ultraderechista declarado o quien haya honrado dictaduras militares sangrientas no pueden reclamar pretensión de buena persona y en consecuencia no podrían ser buenos jueces.

Y si el moderno constitucionalismo político se asienta en el respeto de los derechos de todos los ciudadanos, categoría que incluye naturalmente a todos los jueces, se ha de ser muy cuidadoso en la restricción de sus comportamientos privados de las personas. A la luz de esta concepción, la prohibición o sanción impuestas a los jueces de algunos de los ejemplos

analizados con anterioridad merecerían ser nuevamente re-considerados.

No parecería ser aceptable restringir el comportamiento de los jueces en materia sexual. Impedir que los jueces sean homosexuales implicaría aceptar que existen pautas de comportamiento sexual que aún cuando no dañan a otro deberían ser prohibidas o sancionadas. Pero una tal actitud constituye un ejercicio de perfeccionismo moral incompatible con un Estado éticamente justificado. Al Estado le debería ser indiferente que sus jueces sean homo o heterosexuales, incluso en aquellos casos en cuyo conocimiento y decisión pueda llegar a jugar algún papel la particular visión personal del juez —siempre que sea compatibles con los grandes valores constitucionales, obviamente—. Otras restricciones, como imponer a los jueces la obligación de vestir con una cierta pulcritud gana en plausibilidad en la medida que no está en juego un derecho esencial de la personalidad no sujeto a negociación, i.e., el derecho a llevar cualquier indumentaria cualesquiera sean las circunstancias de tiempo, lugar y funciones que se cumpla. No habría nada de inmoral en obligar a los jueces a vestir corbata, como no hay nada éticamente reprobable en exigir a los estudiantes de cierta edad que lleven guardapolvos blancos o a los militares a usar uniformes (nota 50).

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez **(nota 51)**.

1 Cf. H. H. Hart, *El concepto de derecho*. Versión castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, especialmente cap. V

2 Por ejemplo, el artículo 120.3 de la Constitución Española establece que: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». En concordancia con ello, véase el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como excepción se señala a las providencias, que «podrían ser suscintamente motivadas...»

3 Cf. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Versión castellana: Sentís Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

4 Un dato que parecería avalar esta afirmación resultaría del hecho de que John Marshall, mencionado unánimemente como el juez más importante de la historia jurídica estadounidense, nunca estudió formalmente derecho. Cf. Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Versión castellana: Enrique Alonso. Madrid: Civitas, 1980, p.28. Y tampoco conviene olvidar el *Informe de la Comisión Redactora de la primera constitución de Santiago del Estero*, República Argentina (10 de junio de 1857) al referirse a la necesidad de nombrar jueces que no fueran letrados debido a la falta de abogados en la zona y a la pobreza de los fondos públicos para traerlos de fuera de la provincia. «Nada de nuevo puedo ofrecer a V.E. pues no es en estos asuntos en los que la originalidad es un mérito, sino la facilidad en la aplicación ... hemos procurado establecer en la claridad y en el deslinde de las atribuciones de los tres poderes ... En la ley que marca los derechos y deberes de estos poderes hay mucho de local que es solo aplicable aquí y de alguna falta que indudablemente

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

se notara, como por ejemplo en señalar la precisión de que los jueces de primera y de segunda instancia sean letrados, ha sido también consultada la no existencia de abogados en la provincia y la pobreza del erario público para costearlo de afuera.» En Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en Santiago del Estero*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1962, p. 102. Agradezco a Ernesto Garzón Valdés haberme señalado este dato.

5 A pesar de ello haré repetidas alusiones históricas,

6 Cf. C. Garriga y M. Lorente, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de derecho de la UAM*, nº 1, 1997, p. 101. Bien señalan los autores en este documentado y excelente trabajo, sin embargo, que esta práctica no era seguida en Cataluña, Aragón o Valencia.

7 Cf. Richard Kagan, *Pleitos y Pleiteantes en Castilla: 1500-1700*. Versión castellana: M. Moreno. Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

8 Ibidem, p. 49.

9 Cf. Francisco Tomás y Valiente, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.

10 Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob.cit. p. 106.

11 Por todo véase, Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*. Madrid: 1800. Se cita por Banchs Editor, Barcelona, 1975. T. II, pp. 7 y ss.

12 Ejemplos citados por R. Kagan, ob. cit. p. 174.

13 En realidad no se trataba en esta época de que los jueces no estuviesen sujetos a regla alguna o que no hubiese una legislación amplia sobre determinadas cuestiones, sino más bien que los jueces, dada la estructura que tenía el ejercicio de su potestad jurisdiccional, disponían de una amplísima discrecionalidad que fácilmente desembocaba en la más completa arbitrariedad. Dadas las características del modelo, las normas jurídicas se volvían así «juguetes vistosos en manos de los jueces» para emplear una fórmula moderna propia de una concepción jurídica realista no moderada.

14 Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob. cit. p. 111-112.

15 Una cita de Jerónimo Castillo de Bobadilla mencionada por Francisco Tomás y Valiente puede ilustrar esta conclusión. Decía Castillo de Bobadilla que había conocido a un juez que «tuvo oficios muy grandes en estos Reynos, que quando el delinquente confessava en el tormento, yva muy ufano a su aposento, y dezia a su muger y familia, <carne tenemos>, como pudiera dezir un tigre o leon, tomando o de-pedaçando alguna presa» ... «porque he conocido juezes, en especial algunos moços codiciosos de vanagloria, que trastuecan las palabras del delinquente, quando le toman confession, para hazerle culpado en el delito: y otros que inventan modos y crueldades exquisitas de tormento; y puedolo afirmar como testigo; y acompañado que fuy de un juez, que tenia por costumbre (y a su parecer no poco hazañosa) dar de cozes y puñadas al delinquente al tiempo que estaba ya desnudo para ponerle en el potro, mostrandose con el un Neron, y reprehendiendole yo de aquella inhumanidad y rigor no escrito, me dixo, que lo

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

hacia porque con aquellas cozes y puñadas ponía terror al preso y le induzía a que confessasse lo que le preguntava; invencion del diablo: y assi le vi despues perdido y menospreciado». Cf., Francisco Tomás y Valiente, ob. cit. p. 225. Claramente en estos casos, los jueces cuyas prácticas morales eran reprobables incluso de acuerdo a los cánones de la moral positiva vigente en la época no cumplían adecuadamente, ni podían hacerlo, con sus funciones.

16 Cf. Manuel Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 4, 1977, p. 908. En el ámbito penal, el deber de motivar las sentencias data de 1848, en el ámbito civil de 1853 y con carácter general a partir de la LOPJ de 1870.

17 Ibidem, p. 909.

18 Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob. cit. p. 132.

19 Cf. Eduardo García de Enterría, «La democracia y el lugar de la ley», en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 y ss.

20 C., Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.356.

21 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Versión castellana: Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid: Editorial Trotta, 4º edición, 2000, p. 623.

- 22** Cf. Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1993, p. 189.
- 23** Cf. Juan Sainz Guerra, *La administración de justicia en España (1810-1870)*. Madrid: Eudema, 1992, p. 275.
- 24** Cf. Joe Riley, «Ethical Obligations of Judges», *Memphis State University Law Review*, vol 23, 1993, p. 509.
- 25** Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.
- 26** El caso del juez que es avistado practicando sexo en su automóvil y el de aquél que llevaba material pornográfico y prostitutas a fiestas pueden consultarse en Robert Martineau, «Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law», *University of Baltimore Law Review*, vol 10, nº 2, 1981, p. 239.
- 27** Cf. Steven Lubet, «Judicial Ethics and Private Lives», *Northwestern University Law Review*, vol 79, nº 5 y 6, 1985, p. 993.
- 28** Cf. Roberto Dromi, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.
- 29** Cf. Steven Lubet, ob. cit. pp. 996-997.
- 30** Cf. Steven Lubet, ob. cit. p. 998.
- 31** Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.
- 32** Cf. Gerald Dworkin, «Morally Speaking», en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.
- 33** *Ibidem*, p. 187.

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

34 Cf. Perfecto Andrés Ibañez, *Justicia/Conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

35 El propio G. Dworkin parecería aceptar que el mundo de la moral se diferencia en este aspecto del ámbito jurídico.

36 No analizaré aquí la factibilidad del caso de un juez perfectamente hipócrita, esto es, de aquel que tiene una moral privada muy marcada pero que en todas sus actuaciones públicas actúa y decide las cuestiones que conoce de una manera incompatible con sus propias convicciones.

37 Tal vez esta conclusión pueda ser analizada como una cuestión de grados, que vale para la generalidad de los casos o para casos no excepcionalmente apremiantes. Difícilmente un juez que aborrezca la pena de muerte dicte repetidamente sentencias condenatorias en ese sentido.

38 Es el caso de los jueces designados por dictaduras militares horrendas cuyas prácticas violan todos los derechos humanos y que exigen obediencia a sus postulados. Mientras se mantiene el régimen tiránico, estos jueces suelen rechazar todas las solicitudes de amparo o de *habeas corpus*. Luego en las transiciones a la democracia son mantenidos en su cargo y no suele ser infrecuente que esos mismos jueces se constituyan en un fuerte obstáculo para la completa democratización del país. Para un caso como el de los jueces chilenos puede consultarse: Alejandra Matas, *El libro negro de la justicia chilena*. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

39 Cf. Joan Picó y Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona, J.Bosch, 1998, p.

40 Aquí utilizo el término «interpretar» ambiguamente, para describir las normas que los legisladores dictan en los casos que ello sea posible (cuando la formulación legislativa tiene solo un significado posible) y para asignar un significado a esa formulación de entre varios posibles.

41 Un análisis acerca de si se requiere que las personas que ocupan o se postulan para ocupar cargos electos han de tener determinados rasgos personales como condición necesaria para desarrollar con plenitud su función puede verse en: Frederick Schauer, «Can Public Figures Have Privates Lives?», *Social Philosophy and Policy*, vol 17, nº 2, 2000, pp. 293 y ss.

42 Cf. Perfecto Andrés Ibañez, ob. cit. p. 253.

43 He tomado prestado este ejemplo de una discusión mantenida con José Juan Moreso en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

44 Cf. Eugenio Bulygin, ob. cit. pp. 361 y ss. Esto no significa que el juez realice una actividad creadora de derecho en el mismo sentido que lo hace un legislador. Como el propio Bulygin se encarga de subrayar, «no se trata de una creación ex nihilo. La creación judicial de normas generales por analogía es una creación a partir de otras normas y en ese aspecto difiere muy sustancialmente de la creación legislativa, hasta el punto de que parece equívoco usar el mismo vocablo “creación” para designar dos actividades tan distintas». (p. 362)

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

45 Para un análisis en detalle del problema de las lagunas axiológicas, véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1974, especialmente pp. 145 y ss.

46 Se distingue aquí claramente entre los fundamentos de las sentencias normativos y fácticos a los efectos expositivos. Sin embargo, esa distinción no es radical como bien señala Francisco Ezquiaga Ganuzas, «*Iura Novit Curia*» y *aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, especialmente pp. 70 y ss.

47 Cf. Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa 2000, p.191.

48 r todo véase, Juan José Ruiz-Rico, *El sexo de sus señorías*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1991.

49 Hay que señalar aquí que aunque se trata de una cuestión empírica, es razonable pensar que todos los jueces se enfrentarán a casos como éstos más de una vez en su ejercicio profesional.

50 No prestaré atención aquí a las funciones simbólicas que cumplen determinadas formalidades, exigencias estéticas y vestimentas que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional.

51 Conviene recordar por otra parte el compromiso que los jueces y magistrados adquieren cuando en una democracia juran sus cargos y prometen obedecer la constitución y las leyes. Al hacerlo refuerzan, si esto es posible, sus obligaciones para con estos principios morales.

LECTURA COMPLEMENTARIA N° 2

Michele Taruffo "Jueces y Política de la subordinación a la dialéctica" en Isonomia, N° 22, Abril 2005.

JUECES Y POLÍTICA

* Los tres primeros textos que se reúnen bajo este título, fueron presentados en el *XIV Seminario Eduardo García Máynez* (2004) sobre teoría y filosofía del derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), la Escuela Libre de Derecho (ELD), la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco (UAM-A) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

JUECES Y POLÍTICA: DE LA SUBORDINACIÓN A LA DIALÉCTICA*

*Michele Taruffo***

1

Las relaciones entre jueces y política pueden analizarse desde numerosos puntos de vista. Dado que no es posible agotar en este texto un campo de argumentos tan complejo, desarrollaré algunas consideraciones teniendo como punto de partida definiciones específicas de los dos términos, “jueces” y “política” que están relacionados con el tema del seminario. Por “jueces” entiendo, al menos en este contexto –y haciendo de lado alguna excepción– los jueces en su conjunto, o sea el poder judicial entendido en su conjunto, o bien la jurisdicción como sector o franja de la organización del Estado. Entiendo la “política” no como concepto abstracto o como actividad sino –en forma mucho más específica y concreta– como “poder político”, cualquiera que sea el modo –institucional o extra-institucional– en el que se ejerza. De esta forma, el objeto de mi exposición resulta en cierta medida más limitado y ello me permite realizar alguna consideración no excesivamente vaga: se trata, de hecho, de tomar en consideración las relaciones entre la magistratura y el poder político. Sin embargo, incluso estas relaciones pueden analizarse desde una pluralidad de perspectivas que no puedo afrontar en este espacio con pretensiones de exhaustividad. Es por ello que el título de mi texto indica dos aspectos de estas relaciones: uno, el de la subordinación, alude –como intentaré explicar– a la insistente pero nunca agotada tendencia del poder político a someter a la magistratura a su voluntad y a sus decisiones, con la intención de hacer que los jueces no sean otra cosa que ejecutores de la voluntad política. El segundo aspecto, el de la dialéctica, alude –como intentaré explicar– a la que considero como la fisiología inevitable de las relaciones entre jueces y política, o sea una relación que también puede ser de conflicto pero que

* Traducción del italiano por Pedro Salazar.

** Universidad de Pavia.

no puede implicar el sometimiento de los jueces a la política ni el sometimiento de la política a las decisiones del poder judicial.

2

Vale la pena subrayar que en las concepciones tradicionales del papel y de la función del juez, no existía espacio para identificar una relación verdaderamente dialéctica entre los jueces y el poder político. Por el contrario: muchos factores convergían –y todavía hoy convergen en los ordenamientos en los que dichas concepciones permanecen o son dominantes– para configurar esta relación en términos de subordinación de la magistratura al poder político.

a) De hecho, por un lado, la historia de la magistratura en los diferentes ordenamientos europeos –valga para todos el ejemplo de Italia– ha sido durante mucho tiempo (y sobre todo durante todo el siglo XIX y parte del XX, hasta las Constituciones de la posguerra) una historia caracterizada por el control directo y penetrante del poder político sobre la magistratura. Los mecanismos que eran utilizados para realizar este control eran muchos y ahora no pueden ser analizados en detalle: basta con mencionar el hecho de que desde el poder político, ejercido por el poder ejecutivo a través de los ministros de justicia, se controlaban los nombramientos de los magistrados, sus carreras e incluso su permanencia en la magistratura. También el control disciplinario sobre los jueces, con las sanciones correspondientes, se ejercía –directa o indirectamente, pero siempre de forma penetrante– por el poder ejecutivo. Es más, el *status* jurídico del magistrado era disciplinado de tal forma que los jueces debían, como quiera que fuera, responder de su actuación ante el poder político, y ello podía condicionar de muchas maneras su comportamiento.

b) Por otro lado, también la configuración teórico institucional del papel y de la función del juez en el contexto de la organización del Estado se insertaba en una concepción sustancialmente pasiva del juez. La metáfora de Montesquieu del juez como “boca inanimada” que debe limitarse a pronunciar la “palabra de la ley” es ciertamente moderna como parte importante de la teoría de la separación de los poderes que tanto peso tuvo en la sucesiva construcción del Estado hasta nuestros

días, pero otorga a los jueces un papel limitado, pasivo y sustancialmente subordinado. De hecho, la voluntad política se explica, en el modelo institucional de la separación de poderes, a través del poder legislativo que produce y emana las leyes. Ninguna voluntad política puede, en cambio, expresarse a través de la actividad de los jueces. Éstos no son –de hecho– “creadores” de derecho, sino meros y simples “aplicadores” del derecho: éstos deben –por decirlo de alguna manera– tomar la ley como ha sido producida por el poder político a través de las instituciones legislativas y limitarse a su aplicación a los casos concretos. No es casual que la versión-límite de esta concepción se exprese en la prohibición que tienen los jueces de interpretar las normas de ley; prohibición impuesta por el temor de que, mediante la interpretación los jueces, pudieran sustituir con su voluntad a la voluntad del poder que se manifiesta en las normas escritas y emanadas del legislador. En sustancia, el juez debe ser un aplicador pasivo de las normas que se producen “en otra parte” y que contienen y hacen explícitas las decisiones del poder político. En este sentido se reconfirma una relación de subordinación de los jueces a la política.

c) También la concepción –que ha predominado durante mucho tiempo y que todavía hoy es defendida por muchos– del razonamiento judicial como silogismo, forma parte de la teorización del papel pasivo del juez ante las elecciones políticas decididas por otros poderes. Cuando esta concepción surgió en el siglo XVIII –por ejemplo con Cesare Beccaria– era moderna y en cierto sentido progresista. De hecho, esta concepción tenía la finalidad de introducir un importante factor de racionalidad en las decisiones judiciales y buscaba eliminar el arbitrio incontrolable que caracterizaba las decisiones judiciales –sobre todo en materia penal– de la época del derecho común. En ese entonces, la teoría del silogismo judicial no era, y no lo ha sido en las épocas posteriores, una descripción atendible de lo que hacen los jueces; sino que más bien representaba la expresión de una ideología de la función del juez, prescribiendo un modelo de decisión judicial fundado en la aplicación rigurosa de un razonamiento deductivo. Pero existe un aspecto de esta teoría –o ideología– de la función del juez que debemos subrayar. Dicha teoría se monta en una concepción de la decisión judicial de la que se excluye toda discrecionalidad por parte del juez. De hecho, por un lado, está dirigida a poner en evidencia exclusiva la estructura lógico-deductiva “interna” que se configura como la que corresponde al razo-

namiento del juez: dadas las premisas (la “mayor” representada por la norma; la “menor” representada por el hecho particular”) el juez debe comportarse como un *Subsumtionsautomat* que deduce la conclusión de la combinación lógica de las premisas. Esta estructura tiene la característica de atribuir un elevado grado de certeza a la conclusión del silogismo, o sea a la decisión final, lo que puede contribuir a reforzar la autoridad de la decisión que se presenta como un resultado “necesario” de un razonamiento lógicamente coherente. Sin embargo, por el otro lado, la conclusión no se hace cargo –al menos en las versiones más difundidas– de cómo se establecen las premisas de la deducción silogística de la que se supone que el juez extraerá la decisión. No es el juez quien elige o pone estas premisas mediante una elección individual: en particular, la premisa jurídica se considera como una premisa “dada”, o sea como un enunciado normativo que el juez ya encuentra preconstituido y que solamente debe aplicar al caso concreto. En las versiones más sofisticadas de la teoría y cuando la misma se ocupa de hipótesis en las que la norma de derecho no está inmediatamente lista para ser aplicada, se tiende a excluir que el juez realice elecciones políticas al interpretar la norma: en ese caso, de hecho, se dice que el juez debe establecer cuál es el enunciado normativo aplicable mediante una cadena de silogismos; con mayor frecuencia se obliga al juez a respetar rigurosamente los cánones interpretativos prefijados, de los que emerge el canon de la interpretación sistemática, que es más coherente con una concepción objetivista del derecho como conjunto coherente y cerrado de normas establecidas por el legislador.

3

Muchas de estas cosas cambian –o al menos deberían cambiar– en el contexto del Estado democrático moderno. No es posible analizar en este espacio la compleja (y no breve) evolución que marca el nacimiento y la afirmación de esta concepción del Estado, y tampoco es posible examinar los muchos aspectos que se refieren a la ubicación y a la función de la magistratura en el ámbito de dicha concepción. Sin embargo, conviene considerar brevemente algunos de los factores más importantes que implican un cambio profundo en la manera de concebir las relaciones entre jueces y política.

a) En los sistemas constitucionales que nacieron en diversos países europeos al caer los regímenes autoritarios, la magistratura se considera –y esta consideración se traduce en normas constitucionales específicas– como un poder autónomo e independiente de cualquier otro poder. La autonomía de la magistratura exige que se eliminen los mecanismos a través de los cuales el poder político condicionaba en el pasado –manipulando el funcionamiento de la organización judicial– el comportamiento de los jueces en lo particular y de la magistratura en su conjunto. La consecuencia que se desprende en muchos ordenamientos es que la magistratura debe colocarse en condiciones de “gobernarse a sí misma”, porque esta es la única forma de eliminar las interferencias del poder político en la actividad de los jueces. De esta forma, a través de normas constitucionales especiales, se crean órganos de autogobierno de las magistraturas como el *Consiglio Superiore Della Magistratura* italiano o el *Consejo General del Poder Judicial* en España. De esta manera el control sobre la selección, sobre la carrera, sobre el comportamiento de los magistrados se sustrae al poder ejecutivo y se atribuye a órganos políticamente neutrales. Termina, entonces, la subordinación de la magistratura al poder ejecutivo. Por lo que hace a la independencia, se afirma que la magistratura en su conjunto, y cada juez en lo individual, debe ser independiente de los otros poderes, sean éstos públicos (como los otros órganos del Estado) sean privados (como organizaciones políticas o centros de poder económicos). Por ejemplo, el Art. 101, 2, de la constitución italiana nos dice que el juez se somete únicamente a la ley, lo que significa que no puede estar sujeto a nada más y a nadie más.

b) También se debe considerar que este juez, que es autónomo e independiente en el plano de las relaciones institucionales, ha testimoniado una profunda transformación de la función que le corresponde. De hecho, ya no se trata del juez que se considera un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de decidir elecciones políticas, sino del “juez intérprete”. De hecho, por un lado, ha cambiado el contexto teórico relativo a la naturaleza e interpretación de las normas jurídicas. La norma ya no se entiende como un enunciado que tiene un significado claro y predeterminado, sino que se considera como enunciado cuyo significado debe ser identificado a través de la actividad interpretativa que realizan los encargados de llevarla a cabo. Entre estos sujetos destaca el juez que, por

encima de todo, debe interpretar las normas, otorgándoles el significado que considera más adecuado, que utilizará como criterio de decisión. En otros términos: el juez identifica y determina el significado de las normas que aplica dado que a las mismas no les corresponde un significado *a priori*. En esta actividad de interpretación, el juez lleva a cabo una función que es muy creativa porque no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables en los que se reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función. El aspecto creativo de esta función es particularmente evidente en los casos –que son cada vez más frecuentes– en los que las normas se formulan en términos precisos y rigurosos pero incluyen términos vagos, conceptos indeterminados o cláusulas generales. De hecho, en estos casos, el legislador delega al juez el poder y la carga de decidir la *policy* que el propio legislador no ha querido o no ha podido elegir al crear la norma. En dichos casos se habla de *supletoriedad* del legislador por parte del juez, precisamente para subrayar que el juez debe formular decisiones políticas que corresponderían al legislador si éste hubiera sido capaz de realizar adecuadamente su función institucional. Tenemos, pues, que son muchos los aspectos por los que el juez que interpreta el derecho desempeña directamente un papel de decisor político.

c) En correlación con la consolidación de esta función creativa por parte del juez, cambia también la forma en la que se concibe la estructura de la decisión judicial. De hecho, por un lado, se tiende a reconocer que puede existir un paso deductivo en el momento de la subsunción, o sea cuando los hechos verificados y jurídicamente calificados entran en el campo de significado de una norma interpretada. Sin embargo, por otro lado, todos los demás aspectos del complicado razonamiento mediante el cual se lleva a cabo la decisión judicial son considerados como un contexto de elección abierto, o sea de momentos en los que el juez determina cual –entre las diversas decisiones alternativas posibles– es la más correcta, la más justa y la más oportuna. Esto corresponde particularmente a la interpretación de las normas que orientan la decisión en cada caso concreto particular. La identificación de la “premisa de derecho” de la decisión es con frecuencia una operación compleja en la que el juez realiza elecciones hermenéuticas orientadas por cánones interpretativos pero también realiza juicios de valor de naturaleza di-

versa sobre la base de opciones éticas, políticas, económicas e, incluso en ocasiones, estéticas, a partir de su propia percepción de los problemas individuales y sociales. En esta operación el juez dispone de un poder discrecional muy amplio. No se trata de un poder arbitrario porque la decisión debe ser racionalizada y controlable y debe seguir cánones hermenéuticos y estándares valorativos que el juez debe identificar y enunciar. Sin embargo, es claro que el campo de elección política (en sentido amplio) de las decisiones que el juez lleva a cabo es muy amplio y diversificado.

d) Todo lo que se ha sostenido hasta ahora adquiere una relevancia particular cuando, en el estado moderno, el juez también es el intérprete de los valores constitucionales o fundamentales que se reconocen en el estado democrático moderno. No es necesario entrar al análisis específico de los mecanismos de control constitucional de las leyes y de tutela jurisdiccional de los valores fundamentales y de los derechos de los ciudadanos. Basta con subrayar que la garantía de dichos valores y derechos se delega particularmente a los jueces que deben interpretar y aplicar de diferentes maneras las normas que los expresan a nivel constitucional y en el plano de la legislación ordinaria. Al realizar esta función el juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de relaciones políticas, individuales y colectivas.

4

Cuando el juez realiza a cabalidad su función de intérprete del derecho, decidiendo elecciones de valor y por lo tanto asumiendo un papel (en sentido amplio) político, es natural que se verifiquen diferencias, y con frecuencia también fuertes conflictos, entre las directrices de la magistratura y las elecciones adoptadas por el poder político. El juez que realiza correctamente su función en los hechos tiende a orientar su actividad considerando los principios fundamentales que están expresados en las cartas constitucionales o, como sea, aquellos principios que son comúnmente aceptados en la cultura y en la conciencia social. En otras palabras, sus elecciones de valor están orientadas hacia la justa y

correcta implementación del ordenamiento y la tutela de los derechos de los ciudadanos. En cambio, el poder político puede orientarse –como sucede con frecuencia– a defender y realizar intereses diferentes de los que corresponden a la sociedad en su conjunto, o a los ciudadanos, que están protegidos por el derecho. En ocasiones estos intereses pueden ser lícitos –en la medida en la que no entran en contradicción con las normas legales– pero no son dignos de tutela jurisdiccional: basta pensar en los numerosos casos en los que el poder político tiende a privilegiar una clase social respecto de otras, a favorecer un grupo de presión o un *lobby*, o a respaldar los intereses de centros de poder económico o comercial. En estos casos pueden existir divergencias radicales entre el elenco de los valores incorporados en el ordenamiento jurídico, que sirve como punto de referencia para las decisiones del juez, y el arreglo de intereses que el poder político tiende a favorecer o a realizar. En otras ocasiones, los intereses que determinan las orientaciones del poder político son ilícitas, como sucede en los casos de criminalidad política verdadera (por ejemplo, la corrupción por financiamiento ilícito de los partidos) o de protección política de actividades criminales (como la mafia o el tráfico de droga o de seres humanos). En estos casos se verifican situaciones de enfrentamiento entre el poder político y la magistratura, porque el primero tiende a no respetar límites en la persecución de intereses ilícitos, mientras la segunda tiende a aplicar la ley penal a los titulares del poder político que cometen delitos.

Como se ha visto, pueden ser muchas las situaciones en las que las orientaciones adoptadas por la magistratura entren en contradicción con las orientaciones del poder político. Es más, se podría decir que situaciones de esta naturaleza son fisiológicas en todos los sistemas en los que los jueces son efectivamente autónomos e independientes y realizan adecuadamente su función de intérpretes y custodios del derecho. De hecho, cuando disminuye –como sucede en los sistemas democráticos modernos– la subordinación de los jueces al poder político, se establece una relación dialéctica entre los jueces, que reivindican su autonomía e independencia, y la política.

Naturalmente con esto no solamente no culmina el problema de las relaciones entre jueces y política sino, de hecho, se abren muchas cuestiones de difícil solución. De hecho, el poder político –y esto se puede afirmar en general– nunca ha perdido, y no es probable que pierda en el futuro, la tendencia a degenerar en el sentido de exclusividad y de

absolutismo y, por lo mismo, difícilmente tolera a los jueces verdaderamente independientes. En otros términos, sería ingenuo y poco realista esperar que el poder político –dejándolo a sí mismo– establezca una relación de respeto hacia una magistratura que no se subordine a sus directrices. Por el contrario, es razonable esperar que el poder político –dejándolo a sí mismo– tienda a transformar a los jueces en simples ejecutores pasivos de la voluntad de quien detenta el poder.

Entonces, el problema de los sistemas democráticos es el de crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de *checks and balances* capaces de detener la tendencia del poder político a someter a la magistratura y de contener al conflicto fisiológico entre los jueces y el poder dentro de los márgenes de una dialéctica institucional correcta.

5

Antes de concluir conviene hacer una referencia al “caso Italia” porque –en su situación actual– constituye un ejemplo paradigmático de los problemas aludidos con anterioridad. De hecho, por un lado, en la cabeza del gobierno se encuentra un sujeto que es propietario de uno de los centros de poder económico más importante de Italia y que ha creado e incrementado dicho poder económico gracias tanto –en el pasado– a importantes protecciones políticas, como –en el presente– con su propia actividad política personal. A pesar de la evidente presencia de un grave conflicto de intereses entre su situación personal y su posición institucional, este personaje no deja de invertir gran parte de sus actividades políticas en la protección de sus intereses privados, sobre todo de tipo económico. No solamente esto: el mismo sujeto ha sido acusado de diversos delitos relacionados con sus actividades empresariales. Esto ha provocado un violento enfrentamiento entre él y sus jueces, a los que acusa de parcialidad afirmando que quieren ponerlo en dificultades (o quizá también en prisión) por razones de tipo político. Además, este mismo sujeto ha inducido al Parlamento a la aprobación de diversas leyes que tienen como única finalidad la de protegerlo de las actividades de los magistrados que llevan su caso. Él, por lo tanto, viola continuamente las que deberían ser las reglas del juego de una correcta dialéctica institucional entre jueces y poder político, porque no respeta en modo alguno la autonomía y la independencia de la magistratura. Sin

embargo, no se trata de un conflicto solamente personal e individual entre un hombre político que quiere defender sus intereses a ultranza y los jueces que quieren procesarlo y juzgarlo. El problema se ha trasladado –también por la tendencia que tiene dicho hombre político a confundir los problemas del Estado con sus problemas personales– hacia un plano más general. En una reforma a la ley sobre el ordenamiento judicial que está en proceso de aprobación por el Parlamento italiano, a partir de una iniciativa del gobierno, de hecho, se expresa de manera evidente la tendencia recurrente del poder político a eliminar o al menos a reducir sustancialmente la independencia de los jueces. No viene al caso realizar una descripción detallada de la reforma: basta con decir que se busca, de muchas maneras, incidir en el *status* jurídico de los magistrados, abriendo espacios para el control y la interferencia por parte del poder político que ahora son inexistentes. No es casual que, precisamente con motivo de esta reforma, la relación entre jueces y política se haya convertido en un conflicto institucional de gravedad importante en el que la magistratura se opone con decisión a una reforma que reduciría su independencia, mientras que el poder político intenta imponer un sistema en el que los jueces volverían a ser de muchas maneras sus subordinados.

El hecho de que esto suceda en un sistema democrático, regido por una Constitución que ha incorporado los valores de independencia y de autonomía de la magistratura, demuestra que no basta con que estos valores se escriban en una carta constitucional para asegurar que se instaure y permanezca en el tiempo una relación adecuada entre los jueces y el poder. Por el contrario, el “caso Italia” demuestra que esa relación es precaria y contingente y que el poder político no pierde las oportunidades para intentar imponer la defensa de sus propios intereses sobre la que debería ser una equilibrada dialéctica institucional.