

Los jueces: ideología, política y vida privada

Jorge F. Malem Seña



1



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL



COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**
*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN M. FISS**
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

**LOS JUECES: IDEOLOGÍA, POLÍTICA
Y VIDA PRIVADA**

COLECCIÓN “JUECES Y DEMOCRACIA”
LÍNEA C DE INVESTIGACIÓN:
DEMOCRACIA Y PODER JUDICIAL

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES
Ministro Presidente

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

SALVADOR MONDRAGÓN REYES (*Presidente*)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

MIGUEL BONILLA LÓPEZ

ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

FERNANDO SILVA GARCÍA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ (*Secretario*)

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Salvador Mondragón Reyes

Director General

Bernardo Rafael Velasco Muñoz

Coordinador Académico

CONSEJO EDITORIAL

Rosa María Álvarez González (IIJ-UNAM)

Amalia Amaya (IIF-UNAM)

Karina Ansolabehere (FLACSO)

Manuel Atienza (Universidad de Alicante, España)

José Luis Caballero Ochoa (U. Iberoamericana)

José Dávalos Morales (IIJ-UNAM)

Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (IIJ-UNAM)

Jorge Alberto González Galván (IIJ-UNAM)

Juan E. Méndez (American University, USA)

Margarita Palomino Guerrero (IIJ-UNAM)

Ascensión E. Perales (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Pedro Salazar Ugarte (IIJ-UNAM)

Sandra Serrano García (FLACSO)

Jorge Alberto Witker (IIJ-UNAM)

EDITOR RESPONSABLE

Ramón Ortega García

Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones

EDITOR ACADÉMICO

Rafael Caballero Hernández

LOS JUECES: IDEOLOGÍA, POLÍTICA Y VIDA PRIVADA

JORGE F. MALEM SEÑA



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2017

Copyright ® 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Jorge F. Malem Seña

Primera edición: 2017

D.R. © 2017. Instituto de la Judicatura Federal
Calle Sidar y Roviroso, No. 236, Colonia Del Parque,
Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.
Impreso y hecho en México.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: (55) 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN Consejo de la Judicatura Federal: 978-607-9013-17-2
ISBN Obra completa: 978-607-9013-24-0
ISBN: 978-84-9169-624-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

A Mònica Salado Florensa
per tot

Índice

Presentación	13
<i>Ministro Luis María Aguilar Morales</i>	
Nota preliminar	17
Introducción.....	19
La libertad ideológica de jueces y magistrados	23
La libertad de expresión de los jueces y magistrados	45
La vida privada de los jueces	63
¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?.....	83
Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción de los jueces	113
Nota curricular del autor	133

Presentación

El Instituto de la Judicatura Federal es el órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal en materia de investigación, formación, capacitación y actualización de los miembros del Poder Judicial de la Federación y de quienes aspiren a pertenecer a éste. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Instituto cuenta con un área de investigación, la cual tiene como función primordial la realización de los estudios necesarios para el desarrollo y mejoramiento de las funciones de este poder del Estado mexicano.

A este Instituto le corresponde realizar los estudios que permitan elaborar los mejores planes de estudio dirigidos a seleccionar a aquellas personas cuyas cualidades permitan la designación de juzgadores de excelencia, con la mayor convicción de independencia, mediante la formación de juzgadores con perspectiva protectora de los derechos humanos. Para ello, es necesario continuar impulsando la capacitación continua y de alto nivel dirigida a la preparación de cuadros de profesionales capaces de aprobar los procedimientos de selección de juzgadores que se prevén en la ley, y especialmente, que dicha instancia colabore directa y prioritariamente en la actualización de magistrados, jueces, secretarios, actuarios e incluso de personal operativo; que los prepare para optimizar el uso de las herramientas jurídicas, legales y convencionales para la mayor y más amplia protección de los derechos humanos¹.

Con ese ánimo, el plan anual de actividades, correspondiente a 2017 del Instituto de la Judicatura Federal, establece como prioridad el impulso al análisis y producción de conocimientos. Así, la Escuela Judicial abre la brecha hacia la investigación derivada de los propios productos educativos que ofrece, motiva y pone a disposición los medios y la metodología adecuada para que los futuros juzgadores sean los creadores de su propio aprendizaje.

¹ *Plan de Desarrollo Institucional 2015-2018.*

La valoración integral de los programas y actividades académicas, la detección de necesidades específicas, la búsqueda constante de la mejora de su calidad, la introducción de ejes transversales temáticos y la generación de conocimiento, es sin duda la clave para asegurar el fortalecimiento de la carrera judicial. Ahí descansa la pretensión más alta de la Escuela Judicial, pues la implementación exitosa de estas acciones constituye el camino que garantizará la generación del nuevo perfil del juzgador².

En ese marco, se presenta la colección denominada “*Jueces y democracia*”, cuya Línea C de investigación se intitula “Democracia y Poder Judicial”. Y aquí se inscribe la obra de Jorge F. Malem Seña.

En *Los jueces: ideología, política y vida privada*, se reúnen diversos trabajos del autor con el propósito de contribuir a la discusión sobre la trascendencia de tomar en consideración los aspectos más idiosincráticos de los jueces y magistrados, y analizar su influencia en el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas, tanto en los aspectos procesales como materiales, sin dejar de tener en mente —menciona Malem Seña en su nota introductoria— que han de resolver los conflictos que conocen mediante la aplicación de la ley con el debido resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Al respecto, considero que para una debida protección judicial de los derechos humanos, la impartición de justicia debe ser una práctica cotidiana de virtudes; los jueces tenemos que ser los habitantes de una casa de cristal, y estar en posición de salir airosos, y sin mácula, de todo análisis al que se someta nuestra conducta, tanto pública como privada. Para el ejercicio de nuestras responsabilidades, el primer bastión a defender es la independencia, real y absoluta. Los jueces, más allá de nuestras propias convicciones, tenemos que respetar la Constitución y hacer respetar los derechos que ésta reconoce para todas las personas que habitan en este país. Los mejores complementos de la independencia —que deben ser indisolubles, e inseparables— son la integridad, la transparencia y la legitimidad. Y esto se construye día con día, con perseverancia, con disciplina, con nuestro trabajo, con nuestra actitud —no sin sacrificio—, generando en la población

² Plan de Trabajo 2017.

la confianza que es indispensable para que nuestras resoluciones se respeten y, por tanto, se cumplan.

Con esta publicación, el Instituto de la Judicatura Federal, gracias al invaluable apoyo de los distinguidos integrantes de su Consejo Editorial, da un paso importante para consolidarse como la Escuela Judicial líder a nivel nacional e internacional caracterizada por su alta calidad académica, a través del desarrollo de programas de investigación de vanguardia.

Ministro Luis María Aguilar Morales

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal.*

Nota preliminar

Los temas explorados en este libro, el autor los impartió en el 1er. seminario María Cristina Salmorán: “La libertad ideológica de los jueces”, celebrado del 6 al 16 de marzo de 2017 en la Extensión Tabasco del Instituto de la Judicatura Federal con sede en Villahermosa. Dicho seminario es parte de las actividades académicas previstas en el programa de trabajo del Área de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal 2016-2018.

Introducción

El Poder Judicial representa, y no solo en el imaginario popular, el tercer poder del Estado. Que sea considerado la tercera rama —las otras dos serían, naturalmente, la ejecutiva y la legislativa— de un único poder estatal puede llamar, sin embargo, a equívocos. Tercero puede hacer referencia comparativa, al menos, a un orden cronológico o a un orden según su importancia. Pero en ambos supuestos, ese calificativo aplicado al Poder Judicial es erróneo. En primer lugar, porque históricamente se puede sostener que la idea de la existencia de una autoridad —cualquiera sea la forma que esta adquiera— que solucione los conflictos planteados en una sociedad, típica tarea judicial, parece ser previa a la idea de una autoridad ejecutiva o legislativa. Y, respecto de su relevancia, conviene no olvidar que los miembros del Poder Judicial suelen tener la última palabra en la resolución de los diferendos sociales y que, en ese sentido, su importancia no puede ser aminorada.

En cualquier caso, y más allá de las denominaciones o de las desavenencias verbales que pudiera haber, lo cierto es que en las democracias modernas, constitucionales, los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, juegan un papel central en su diseño institucional.

Ahora bien, cómo se estructura el Poder Judicial, quién desempeña el cargo de juez, con qué atribuciones lo hace y bajo qué circunstancias ejerce la potestad jurisdiccional depende de consideraciones jurídico-políticas específicas. Su evolución no siempre ha sido lineal, ni su representación ha sido pacífica a lo largo del tiempo. Esto se debe, en parte, a que no está claro cuál es el entronque del juez en los diversos sistemas jurídico-políticos, en parte porque no existe unanimidad sobre la figura o personalidad deseable del juez y, además, debido a que sus actos pueden ser considerados como realizados por un ciudadano, un funcionario público o en representación de uno de los poderes del Estado.

Por todo lo anterior, no resulta extraño plantear que las normas que regulan la función judicial sean contingentes y queden a merced del diseño institucional, excepto aquellas normas constitutivas, de existencia necesaria, que crean el propio Poder Judicial y desig-

nan a los miembros que lo componen¹. Dado que el entramado de normas que regula la función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado es una cuestión empírica, puede variar de un sistema jurídico a otro. No obstante, se podría señalar, sin pretensión de exhaustividad, que en los derechos iberoamericanos y continental europeo existentes, las principales normas que regulan la actividad de los jueces y magistrados establecen que éstos deben ser independientes e imparciales, han de decidir en todos los casos que conocen conforme a derecho y motivadamente, y han de evitar la arbitrariedad aunque gocen de discrecionalidad. Deben desarrollar y profesar un deber de lealtad hacia el ordenamiento jurídico y sus instituciones, evitando cualquier conducta impropia que menoscabe el respeto de los ciudadanos por el Poder Judicial y la impartición de justicia.

Este entramado normativo tiene por objeto garantizar los derechos de los ciudadanos frente a un posible abuso de las facultades jurisdiccionales. Dicho entramado no se establece, pues, como un privilegio de los togados, ni debe interpretarse de esa forma. Es más, algunas de estas disposiciones tienen por objeto limitar la libertad del magistrado obligándolo a que los ciudadanos sean juzgados bajo el único criterio de sometimiento a la ley.

De ese modo se trata de evitar que los jueces viertan en sus sentencias su ideología, creencias políticas o morales o sesgos generados por sus comportamientos privados. Las decisiones judiciales adquieren, así, la pretensión de legalidad, objetividad e imparcialidad. Y subrayan la idea de que la persona del magistrado que juzga y hace ejecutar lo juzgado carece de relevancia, que uno de ellos puede ser intercambiado por otro sin mengua ni beneficio para el justiciable, que los jueces constituyen una especie de material fungible en la administración de justicia.

La exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, que en algunas jurisdicciones alcanza rango constitucional, tanto en lo material como en lo formal, se encamina en la misma dirección. Lo relevante es el derecho y no quien lo aplica.

¹ Véase al respecto, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 201.

Pero a poco que se analice la difícil tarea de juzgar se observa que el juez va dejando sus huellas y andaduras procesales y materiales como si caminara sobre la arena. Su impronta queda reflejada en la interpretación de los textos legales dotados de autoridad, en la elección de la norma con la cual solucionará el caso individual a debate y en la aplicación del derecho. Y también lo hace cuando selecciona la hipótesis mediante la cual intentará describir los elementos relevantes para el proceso, en la evaluación del contenido del material probatorio o la aplicación del estándar probatorio.

Muchos quisieron imaginar la figura de un juez autómatas. Pero los jueces no son máquinas; es difícil imaginar que éstas puedan suplir al ser humano en la tarea de impartir justicia. La idea de encontrar jueces ideológicamente asépticos, políticamente neutrales o moralmente impolutos se ha manifestado como una vana ilusión. La idea de una administración de justicia objetiva y neutral también, aunque sea ésta una utópica e inalcanzable quimera.

Si esto se aceptara, habría que volver la vista, aunque solo sea por un instante, hacia la personalidad de los jueces y magistrados, hacia sus modos de pensar o de actuar. No resulta una tarea vana, no es necesario asumir el realismo jurídico como teoría explicativa del derecho para advertir el impacto que tienen los aspectos personales del juzgador en sus decisiones.

Los trabajos que se reúnen en este volumen tienen como objetivo contribuir a la discusión sobre la trascendencia de tomar en consideración los aspectos más idiosincráticos de los jueces y magistrados. Y analizar su influencia en el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas, tanto en los aspectos procesales como materiales; sin dejar de tener en mente que han de resolver los conflictos que conocen mediante la aplicación de la ley con el debido resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Estos trabajos han sido publicados en un lapso de alrededor de quince años. Las cuestiones vinculadas a la actividad jurisdiccional nunca han dejado de interesarme, pues constituyen una de las formas plausibles y provechosas para acercarse a la consideración de la naturaleza del derecho. El primer artículo sobre la libertad ideológica de los jueces es, hasta ahora, inédito. “La libertad de expresión de los jueces y magistrados” fue publicado en Saínz-Arnaiz, Alejandro

(dir.), *Los derechos fundamentales de jueces* (Marcial Pons, Madrid, 2012). “La vida privada de los jueces” apareció en Malem, J., Orozco J. y Vázquez, R. (comps.), *La función judicial. Ética y democracia* (Gedisa, Barcelona, 2003). “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, fue publicado en *DOXA*, núm. 24, 2001; y “Sobre los incentivos para la corrupción de los jueces”, en AA.VV., *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (Universidad de Alcalá, 2002).

Los textos que aquí aparecen se reproducen casi sin modificación alguna respecto del original, salvo aquellas mínimas y necesarias para salvar alguna que otra repetición inútil. Tal vez ahora plantearía alguna cuestión de un modo un tanto diferente, pero he preferido ser fiel a lo ya publicado y hacerme cargo, es decir, ser responsable de lo publicado.

La compilación que ahora ve la luz tuvo su origen en una conversación que mantuve en Barcelona en 2015 con René González de la Vega. Con una más que generosa insistencia me pidió que reuniera algunos de mis trabajos para ser publicados en México, país del que siempre he recibido afecto, calidez y respeto. Por ello, René, mi agradecimiento más sincero. Rodolfo Vázquez fue quien ofició como intermediario de aquella reunión origen del proyecto de este libro. Y me alentó a que siguiera las propuestas de René. A Rodolfo me une una larga y profunda amistad. Una vez más, y ya son infinitas, he gozado de su generosidad y de su amistad incondicionales. Para ambos mi especial gratitud y reconocimiento.

El Autor

La libertad ideológica de jueces y magistrados

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta acerca de qué ideología es incompatible para que un juez cumpla con sus funciones de un modo técnicamente aceptable no es fácil de contestar ni ha recibido una respuesta homogénea en todos los sistemas políticos, ni en todas las épocas. Las diferentes soluciones planteadas han diferido radicalmente y no solo en matices. Y la cuestión se complica, aún más si cabe, si se toma en consideración el papel que ha de jugar el juez en una democracia pluralista con ciudadanos que participan de credos, religiones, costumbres o concepciones de la vida y de la sociedad, disímiles. Interrogarse así sobre la personalidad que debería tener un juez o magistrado no es un asunto baladí y cobra plena actualidad.

El punto de partida para abordar esta cuestión supone pensar que los jueces y magistrados son reclutados de entre los ciudadanos de la misma sociedad donde ejercerán su jurisdicción. Los jueces constituyen, pues, un reflejo no muy distorsionado de la parcela social a la que pertenecen. Pero es que, además, como individuos son hacedores de su propia personalidad, con sus creencias, valores, deseos o preferencias, todos ellos idiosincráticos¹.

De tal manera que es imposible pensar en una persona que cumplirá la función jurisdiccional, que vive en sociedad y que mantenga un punto de vista aséptico, neutral o indiferente hacia todo lo que le rodea. Resulta inimaginable, en ese sentido, un individuo, juez o no, que carezca de cualquier ideología.

No resulta sencillo ofrecer un concepto estricto y unívoco de ideología. Fue utilizado por vez primera por Destutt de Tracy para hacer referencia a cómo se conoce la realidad a través de las ideas. Fue asociada

¹ Son innumerables los trabajos que vinculan el origen social, racial o sexual del juez y su práctica jurisdiccional. Aunque el análisis de estos aspectos pueda ser de alguna utilidad, no es de mi interés llevarlo a cabo en esta sede.

así a una ciencia cuyo objetivo era la producción del conocimiento por medio de ciertas facultades humanas. No tuvo, pues, en sus orígenes, un significado emotivo adverso. Luego, dicho concepto fue desarrollado por Marx y Engels como falsa conciencia, cuyo contenido eran ideas desvirtuadoras de la realidad, motivada por intereses de clases sociales. En Marx y Engels, la ideología adquirió un manifiesto cariz peyorativo y su carga emotiva negativa permanece aún hoy presente. El *Diccionario de la lengua española* parece recoger, al menos en parte, en sus dos acepciones, ambas posiciones. En la primera establece que la ideología es la “doctrina filosófica centrada en el estudio del origen de las ideas”, mientras que en la segunda hace referencia al “conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.”.

Las acepciones propuestas por el diccionario involucran valores, deseos, preferencias y todo tipo de creencias, verdaderas y falsas. Que la ideología concita creencias verdaderas y falsas es también sostenido por los partidarios de la sociología del conocimiento, bajo el requisito de que tales creencias estuvieran socialmente condicionadas. En Marx y Engels, sin embargo, la ideología solo hace referencia a creencias falsas, nunca a creencias verdaderas² y Theodor Geiger reserva el uso de ideología solo a formulaciones de las cuales no se pueden predicar su valor de verdad³.

En lo que sigue excluiré del concepto de ideología todas aquellas creencias que son empíricamente verdaderas o lógicamente certificables, quedando incluidas, por lo tanto, las creencias falsas, los valores, los deseos o las preferencias. La razón de esta restricción responde a dos argumentos. El primero es el uso común actual que del concepto de ideología se hace y que excluye el conocimiento científico, prototipo del conocimiento verdadero. Sería absurdo calificar de ideológico la formulación de una ley de la naturaleza tal como “el ácido sulfúrico mezclado con el nitrato de plata precipita capcioso”. O que pueda ser predicada del teorema de Pitágoras, por ejemplo, de que “en todo triángulo rectángulo el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos”. El segundo argumento es que el con-

² Véase Lenk, Kurt, *El concepto de ideología*, trad. de José L. Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1974; y Villoro, Luis, *El concepto de ideología y otros ensayos*, FCE, México, 1985.

³ Véase Geiger, Theodor, *Ideología y verdad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1972.

cepto de ideología adquiere interés también por lo que sobre-define, su opuesto, es decir, lo no ideológico. Si todo es ideología, tanto si lo son los enunciados verdaderos como los falsos e incluso aquellos sobre los cuales no se puede predicar su valor veritativo, el propio concepto de ideología carecería de sentido.

Pero aquí no acaban todos los problemas, ya que la noción de creencia tampoco es fácil de adivinar al contener dos elementos esenciales y diferenciados⁴. El primer elemento se expresa a través de proposiciones y representa, o nos informa, cómo es el mundo o un estado de cosas. De este aspecto de las creencias se puede predicar su verdad o falsedad. El segundo elemento ejerce un papel causal en las conductas de los individuos, esto es, junto a otras causas, como los deseos, determina que las personas sigan un curso de acción específico o se dirijan en una u otra dirección.

Naturalmente, si las creencias son verdaderas y operan los deseos pertinentes, las voliciones o las preferencias adecuadas, estos se satisfarán, o al menos se satisfarán con un alto grado de probabilidad. Si tengo la creencia —verdadera— de que en la tienda X existe una corbata de color azul, la creencia —verdadera— de que tengo el dinero suficiente para comprarla y el deseo y la voluntad de hacerlo, mi acción consistirá en dirigirme hacia la tienda X, pagar el precio de la corbata color azul y, de ese modo, satisfacer mi deseo de poseerla. Haber tenido creencias verdaderas acerca de cómo es el mundo —la existencia de la tienda X, de la corbata azul y el dinero suficiente para su compra— contribuye a que mi acción sea exitosa.

No ocurre lo mismo si las creencias son falsas⁵. Si tengo la creencia —falsa— de que en la tienda X existe una corbata de color azul y no la hay, o tengo la creencia —falsa— de que llevo el dinero para pagar su precio y no es así, aunque posea el deseo y la voluntad de adquirir dicha corbata no alcanzaré mis fines. Mi acción de ir a la tienda X y comprar la corbata no se verá coronada por el éxito⁶.

⁴ Véase Quesada, Daniel, *Saber, opinión y ciencia*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 35 y ss., a quien seguiré en este punto.

⁵ A los efectos de la economía del lenguaje aludo como creencia falsa al contenido proposicional de la creencia y siempre desde el punto de vista externo.

⁶ Véase *Ibidem*, p. 36. El propio Daniel Quesada reconoce que una reconstrucción como ésta es extremadamente esquemática y no está exenta de numerosos

En ese sentido, a la función básica de esas estructuras que llamamos creencias sería *adaptar* a otros estados causales de la acción (primordialmente los deseos) a ciertas condiciones del entorno (el contenido de las creencias), de manera que las conductas que en conjunción provocan estén de acuerdo con esos otros estados (tienden a satisfacer los deseos) cuando las creencias son verdaderas (la tendencia a la satisfacción de los deseos sería el efecto peculiar). Dicho más brevemente, las creencias contribuyen a fomentar conductas que son apropiadas a ciertas condiciones del entorno⁷.

Todos estos aspectos cobran especial relevancia en el caso de jueces y magistrados, ya que este juego entre creencias, deseos y acciones que conforma su ideología debe operar, además, en un contexto normativo tejido por el derecho⁸. En este contexto normativo aparece la cuestión sobre la libertad ideológica reconocida en la Constitución española, por ejemplo, en su artículo 16, incisos 1 y 2, y en la mayoría de los documentos referentes a los derechos humanos, aunque no siempre con idéntica formulación lingüística⁹. ¿Qué ha de entenderse por libertad ideológica?, ¿gozan los jueces de igual libertad ideológica que los ciudadanos que no ejercen la actividad jurisdiccional?, ¿o los jueces deberían soportar ciertas restricciones a este derecho que un ciudadano no juez no debería padecer?

2. CONCEPTO DE LIBERTAD IDEOLÓGICA

El concepto jurídico de libertad ideológica no ha recibido siempre la atención, a pesar de que los ciudadanos, incluso en una democracia y en presencia de textos garantistas, hayan sufrido presiones o discriminaciones por sustentar posiciones ideológicas diferentes a las man-

problemas. Entre ellos el del contenido de las creencias y el modo cómo se vinculan causalmente con las acciones.

⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁸ A este ámbito normativo se hizo referencia ya en la “Introducción”.

⁹ Constitución española, artículo 16.

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3...”.

tenidas por las autoridades estatales y privadas¹⁰. Y no faltan gobiernos que escogen funcionarios públicos destinados a cumplir los más variados destinos por su ideología y no en virtud de sus méritos para ocupar el cargo propuesto. O trabajadores que han sufrido despidos por causas ideológicas. La afinidad o la antipatía ideológica ha servido para marcar la línea entre amigos y enemigos. El Poder Judicial tampoco ha escapado a este sino que parece ineluctable.

Desde el punto de vista jurídico, la libertad ideológica constitucionalmente establecida, tal como está conformada en España, se entiende mediante la conjunción de dos aspectos vinculados aunque distinguibles analíticamente. El primero vuelca su mirada hacia el fuero interno de las personas. El individuo tiene una libertad absoluta para construir o adoptar sus propias creencias, valores, deseos o preferencias. Se podría incluso cimentar una concepción del mundo, de la sociedad y de la persona sobre la base de creencias completamente falsas¹¹. En ese sentido, cualquier contenido podría ser pasible de configurar la libertad ideológica, aún aquel que persiga abolir el orden democrático. La carencia de restricciones en este ámbito es total. Y al Estado le estaría vedado inmiscuirse en estos aspectos e incluso indagar sobre ellos. Como prueba de ello, nadie está obligado a declarar sobre su ideología o creencias, religiosas o de otro tipo. En algunos textos jurídicos este aspecto recibe el nombre de libertad de pensamiento¹².

Pero la libertad ideológica no se acaba en el fuero interno del individuo sino que tiene una segunda arista, y es que se puede exteriorizar

¹⁰ Véase Hernández García, Javier, “El derecho a la libertad ideológica de los jueces”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 65. “La libertad ideológica se convierte en el núcleo duro de un estatuto iusfundamental lleno de singularidades y de enorme trascendencia... Sin embargo, pese a la importancia y la complejidad constitucional de la cuestión resulta extremadamente llamativa la ausencia de una reflexión sistemática y profunda sobre la misma”.

¹¹ Al menos en teoría, ya que no resulta fácil adivinar cómo sería, por razones pragmáticas, el comportamiento de un individuo si todas sus creencias fueran falsas.

¹² Véase Rollnert Liern, Göran, “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)”, *Revista de Estudios Políticos — Nueva Época—*, núm. 99, enero-marzo 1998, pp. 227 y ss., y del mismo autor, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

a través de actitudes, acciones y omisiones¹³. De un modo contundente lo sostiene el Tribunal Constitucional español,

la libertad ideológica [...] no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos¹⁴.

La libertad ideológica consagraría así el derecho a poder actuar conforme a creencias propias, valores, deseos y preferencias, sin sufrir penalización alguna y sin otra limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley¹⁵.

Y la cuestión a determinar aquí es si la libertad ideológica que gozan los ciudadanos es disfrutada con idéntico contenido por los jueces y magistrados y si tiene algún impacto en la actividad de juzgar y de ejecutar lo juzgado. La pregunta es relevante ya que en los Estados democráticos, el derecho trata de evitar como un desiderátum que las decisiones judiciales estén determinadas o influenciadas por la subjetividad de jueces y magistrados. Se quiere soslayar aspectos personales que jueguen un papel decisivo en la jurisdicción. La exigencia de motivación y la posibilidad de apartamiento o de recusación de jueces son mecanismos destinados a velar por la objetividad, siempre relativa, de la práctica judicial.

Sin embargo, a nadie es ajeno que los jueces y magistrados vierten parte de su ideología en al menos algunos de los aspectos relacionados con la actividad de juzgar, ya sea en la interpretación de los

¹³ Estas actitudes, acciones y omisiones deben ser públicas. No se aplicarían a las estrictamente privadas realizadas en privado. Los criterios para establecer la distinción entre lo público, lo privado y lo íntimo es un tema muy discutido. No me detendré en este punto.

¹⁴ STC, 120/1990 de 27 junio.

¹⁵ Como se puede advertir, la libertad ideológica supondría que ha de ser interpretada en un sentido amplísimo. Esto explica que en su exteriorización se pueda solapar con el ejercicio de otros derechos, como el de la libertad de expresión o de asociación, por ejemplo. A pesar de ello, en caso de superposición con estos otros derechos no le serían aplicables las restricciones propias de estos últimos. La libertad ideológica no colapsaría en ellos. Por el contrario, se mostraría como el sustrato que subyace a sus respectivos ejercicios.

textos legales que darán lugar al veredicto, en la formulación de las hipótesis y en la valoración de la prueba que constituirán luego los hechos probados o en la aplicación del derecho. Todo ello propiciado en más o en menos según los sistemas jurídicos concretos y el nivel de discrecionalidad legalmente permitido con el que actúen. De ahí que la ideología impacte con fuerza diversa en la solución de los conflictos planteados.

No es lugar aquí para hacer un detallado análisis de cómo influye la ideología de los jueces en las causas sometidas a la jurisdicción. La formulación de ejemplos sería tan incesante como abrumadora. Alguien podría decir incluso que, desde este punto de vista, la actividad política-ideológica y la estrictamente jurídica poseen fronteras porosas y carecen de límites exactos y tajantes, al menos frente a determinados casos. Esto supone, naturalmente, que existe congruencia entre las creencias y las acciones, tanto propias como ajenas, y que se está autorizado a pensar que si un juez tiene ciertas creencias actuará de determinada manera. Y si actuó de determinadas maneras es porque tenía ciertas creencias¹⁶.

3. LIBERTAD IDEOLÓGICA DE JUECES Y MAGISTRADOS

Asumido el impacto que tiene la ideología en la interpretación y aplicación del derecho se podría pensar que los concretos sistemas jurídicos impiden u obstaculizan que personas munidas de ciertas ideologías puedan ser jueces y magistrados. Sin embargo, no es lo que sucede habitualmente. La tónica general es que la ideología de los postulantes a desempeñar funciones jurisdiccionales no ha de ser tomada en consideración para el acceso a la judicatura. Ni con respecto de sus convicciones íntimas —libertad de pensamiento— ni con respecto de sus exteriorizaciones mediante comportamientos presentes o pasados. Y no solo eso sino que, además, la ideología no constituye

¹⁶ Para las relaciones de veracidad, confiabilidad y coherencia entre creencias y acciones, véase Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, 5ª ed., Siglo XXI, México, 1989, pp. 286 y ss.

un motivo legítimo de abstención o de recusación de los jueces ya en posesión de su cargo.

Así parece indicarlo, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que desde el comienzo de su andadura se ha manifestado pacífica. Esta posición concuerda, en líneas generales, con la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La independencia, la imparcialidad y sus respectivas apariencias no podrían ser opacadas por las ideologías que sustentan los jueces, salvo que sea necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Pero si bien la independencia y la imparcialidad de jueces y magistrados se presumen y las dudas acerca de su carencia por parte de los ciudadanos justiciables supuestamente afectados no constituye una razón suficiente para el apartamiento de los jueces del proceso, es posible pensar que, en algunos casos, se podría probar la afectación de esa independencia y de esa imparcialidad precisamente por razones ideológicas. Si esto se acepta, la cuestión que se manifiesta con meridiana licitud es qué tipo de ideología puede producir tales efectos.

4. RESTRICCIONES IDEOLÓGICAS APLICABLES A JUECES Y MAGISTRADOS

No resulta fácil hacer un listado exhaustivo de restricciones a la libertad ideológica que deban soportar jueces y magistrados en virtud de su cargo pero que no serían aplicables al resto de los ciudadanos. O presentado de otra manera, no es del todo evidente cuáles son los contenidos ideológicos incompatibles con el ejercicio del Poder Judicial. Pero si se admite la relación existente entre el aspecto interno y el aspecto externo de la libertad ideológica, bajo los presupuestos de coherencia y congruencia, y se acepta, por lo tanto, que las acciones y las omisiones de los individuos son el modo cómo se manifiesta lo que se piensa, se podrá diseñar un catálogo necesariamente incompleto pero ilustrativo de pensamientos y comportamientos ideológicos inasumibles para un juez.

1. La primera limitación ideológica de un juez está relacionada con las creencias falsas. No debería ser juez una persona que profese creencias “manifiestamente” falsas. Alguien podría decir, no obstante,

que es imposible carecer de creencias falsas, toda vez que se elimina la posibilidad de un ser omnisapiente sobre la tierra, y que, por lo tanto, esta limitación no tendría sentido. Si bien las acciones de los jueces guiados por creencias falsas les conducirían por los senderos del error y del fracaso, estas estarían justificadas o serían excusables. Nada extraño habría en ello¹⁷. Sin embargo, haber puesto el acento en el adverbio “manifiestamente” supone que el grado de ignorancia o de desprecio frente al conocimiento científico, esto es, a creencias verdaderas, que no sería permisible en cualquier persona culta, lo es menos en un juez.

No se trata tanto de recordar a Voltaire con su desprecio mostrado frente a los ignorantes jueces que condenaron a Galileo¹⁸, sino que es posible sostener que determinado tipo de ignorancia, al menos parcialmente excusable en ciudadanos de poco nivel cultural, nunca lo podrá ser en alguien que detente la posición de magistrado. Una ideología sustentada sobre creencias “manifiestamente” falsas no es compatible con la libertad ideológica predicable de jueces y magistrados¹⁹.

¹⁷ Hay quienes incluso afirman que dado que somos como somos —no omniscientes— tenemos derecho a cometer errores y no merecemos por ello reprobación alguna. Esta posición es inaceptable. Algunas de las acciones equivocadas pueden ser excusadas, esto es, se reconoce que se ha hecho algo indebido o incorrecto pero se solicita indulgencia precisamente por la falta de conocimiento. Si se tuviera el derecho al error, en cambio, nunca debería admitirse que la acción que se nos imputa ha sido indebida o incorrecta y nunca cabría reproche alguno.

¹⁸ Véase Voltaire, *Diccionario filosófico*, trad. de Ana Martínez Arancón, Temas de Hoy, Madrid, 1995, pp. 283 y ss. Decía Voltaire: “Cien veces se os echó en cara la absurda insolencia que demostrasteis condenando a Galileo, y yo os lo reprocho por la vez ciento y una, deseando que celebréis siempre ese aniversario y que se grabe en la puerta de vuestro Santo Oficio lo siguiente ‘Aquí siete cardenales, con asistencia de hermanos menores, encerraron en la cárcel al primer pensador de Italia, a la edad de setenta años, haciéndole ayunar a pan y agua, porque instruía al género humano y sus jueces eran unos ignorantes’”.

¹⁹ Según Richard Dawkins, en sucesivas y recientes encuestas se encontró que más del 40 % de los estadounidenses niega que los humanos evolucionaran a partir de otros animales y el mismo porcentaje afirma que fueron creados por Dios en los últimos diez mil años. Un porcentaje ligeramente inferior se verificó en Gran Bretaña. Señala también que el Eurobarómetro de 2005 muestra que el 51 % de los encuestados turcos pensaban de igual forma y que un 42 % de ese mismo país cree que los humanos coincidieron con los dinosaurios. Véase Dawkins, Richard, *Evolución*, trad. de Jesús Fabregat, Espasa, Madrid, 2009, pp. 379 y ss. Este tipo de creencias —falsas— es incompatible con la profesión de juez.

Los jueces deben tener, por ejemplo, una comprensión adecuada de la ciencia y saber distinguirla de las pseudociencias. Aquí no basta el sentido común ni es suficiente el saber popular. En caso contrario les resultaría difícil poder formular una hipótesis explicativa plausible que fuera relevante para el caso planteado y cómo corroborarla o refutarla mediante el análisis de pruebas o la valoración de evidencias²⁰.

Es obvio, por otra parte, que las creencias falsas que son incompatibles con la actividad jurisdiccional no se ciñen únicamente a acontecimientos o a estados de cosas naturales. Sucede lo mismo con la negación de hechos históricos manifiestamente constatados. El negacionismo que rechaza la idea de la existencia del Holocausto judío o de las execrables dictaduras en América Latina en las décadas de 1970-1980 son buenas ilustraciones de ello. Los casos aquí podrían multiplicarse, no creo necesario hacerlo.

Tampoco conviene olvidar que los jueces han de tener una sólida formación técnica no solo respecto de los aspectos normativos del derecho, sino también sobre aquellos saberes necesarios para el quehacer jurisdiccional. No se entiende cómo un juez en lo penal-económico o en el fuero de quiebras, por ejemplo, carezca de los mínimos conocimientos contables.

No todo contenido de pensamiento, pues, es compatible con la función jurisdiccional. La figura de un juez ignorante, esto es, de un juez con creencias manifiestamente falsas, es la imagen de un mal juez. La figura de un juez culto es al menos un presupuesto para su buen hacer y de su independencia e imparcialidad.

2. La segunda limitación ideológica aplicable a los jueces y magistrados tiene raigambre política y se vincula no tanto con creencias falsas sino con valores, preferencias, deseos o voliciones sobre las cuales no se puede predicar su carácter veritativo. Existen concepciones políticas con sus respectivas acciones que, desarrolladas en determinadas circunstancias, inhabilitarían a un individuo para ejercer el cargo de juez.

Desde esta perspectiva parece crucial evitar las “puertas giratorias” entre la política y la judicatura; es decir, que las mismas per-

²⁰ Sobre la formación que debería tener un juez, véase Malem Seña, Jorge F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008.

sonas puedan ocupar cargos políticos y luego desempeñarse como jueces para regresar a la política con posterioridad, o pasar del Poder Judicial a la vida política y luego reincorporarse a su puesto de origen. Estos movimientos de peonza, legalmente permitidos en muchos sistemas jurídicos, son más comunes de lo que habitualmente pudiera parecer, y ser loables.

La participación de jueces en la política ha adquirido distintos tintes según los diferentes momentos históricos, incluso dentro de los propios sistemas democráticos. En algunas ocasiones, esta participación hunde sus causas en la escasez de recursos existentes que permitía que jueces desempeñaran además el papel de legisladores o cumplieran funciones ejecutivas. Tal fue el caso de la Provincia de Catamarca, en la República Argentina, donde a finales del siglo XIX los jueces eran invitados a participar como legisladores dada la carencia de ciudadanos ilustrados en la región. La confusión entre poder político y Poder Judicial se ponía así de manifiesto. Y la dependencia de los jueces del poder ejecutivo era inevitable si se piensa que el Poder Ejecutivo determinaba que primero cobraran sus salarios sus propios representantes, luego los legisladores y, por último, si el presupuesto alcanzaba, los jueces. Los incentivos para que éstos manifestaran su adhesión política a los gobernadores de turno resultan fácilmente explicables²¹. En casos como este, la independencia y la imparcialidad judicial quedaban claramente en entredicho y ninguna libertad ideológica podría esgrimirse en defensa del cumplimiento de ambas funciones al unísono.

²¹ La Constitución de Catamarca —Argentina— de 1883 estableció expresamente en su artículo 178 que los miembros del Poder Judicial podían ser a la vez diputados de la legislatura. Esta insólita regulación estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 1890. Salvador de la Colina cumplió las funciones de Juez de Primera Instancia y de diputado en 1885. Véase De la Colina, Salvador, *Crónicas riojanas y catamarqueñas*, Editorial La ciudad de los naranjos, 1999, p. 57. El artículo 178 disponía: “Las incompatibilidades establecidas por el artículo 17, principiarán a rejir (*sic*) desde la instalación de la nueva legislatura, con la excepción de la parlamentario-judicial que rejirá (*sic*) desde el primero de mayo de 1890”. Y el artículo 17 al que hace referencia establecía: “No podrán acumularse en la misma persona dos o más empleos de las tres reparticiones provinciales, en que se divide el Poder Público”.

Alguien podría pensar que este es un ejemplo histórico extremo de un país todavía en formación, pero nada más lejos a la realidad. A principios del siglo XXI, para una provincia argentina como la de Mendoza, era posible cumplir con estas cuatro funciones sin incurrir en incompatibilidad legal alguna. Una misma persona podía ser al mismo tiempo senador provincial, abogado en ejercicio, docente universitario y conjuez federal. No cabe ninguna duda que aquel que ejerciera esas cuatro ocupaciones debería haber hecho un esfuerzo sobrenatural para que los diversos intereses involucrados en cada una de esas prácticas no colisionaran en alguna ocasión. Pero convendría advertir que al diseñar las instituciones se ha de tomar en consideración que serán ocupadas por ciudadanos corrientes y no por héroes o santos. Con tantos compromisos previos, ¿se podría ser conjuez con apariencia de independencia e imparcialidad si se es a la vez senador provincial, un cargo de marcado contenido político partidista?

En otras ocasiones, la directa participación de jueces en política se estimula desde diseños institucionales igualmente poco sensatos. Muchas veces, jueces que han adquirido notoriedad en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales son tentados a ocupar cargos políticos o a cumplir otras funciones estatales diferentes a la de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Satisfecha esta etapa regresan luego a la sala de los tribunales a impartir justicia, incluso en asuntos que pudieran haber conocido o tenido noticias por su paso en la vida política activa²². Respecto del llamado caso del juez Baltasar Garzón, Pérez Royo escribió:

por motivos de la misma naturaleza que aquellos por los que decidió incorporarse a la actividad política, el juez decide poner fin a dicha actividad política e incorporarse, no a la función jurisdiccional en general, sino a la función jurisdiccional en un juzgado particular, eligiendo, en consecuencia, los casos sobre los que va a decidir²³.

²² Por esa razón, entre las causales de recusación establecidas por la LOPJ aparecen los incisos 13 y 16 del artículo 219: “13. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”. “16. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

²³ Citado por Jiménez Asensio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 104.

Es muy costoso admitir que en casos como este la apariencia de independencia y de imparcialidad judicial quede garantizada.

Y la cuestión cobra un matiz adicional cuando son los políticos quienes dejan de estar en activo para prestar juramento un día después como jueces o como miembros de las Supremas cortes o de tribunales constitucionales²⁴. En estos casos, la sombra de sospecha de que actuarán con parcialidad disimulada no deja de estar fundada.

Además, los jueces no pueden pertenecer a partidos políticos ni a sindicatos, esta prohibición se establece para evitar su vinculación a ellos y su sujeción orgánica. Es otra de las disposiciones encaminadas a preservar la independencia e imparcialidad de los integrantes del Poder Judicial. Pero pudiera ser el caso que un individuo hubiera pertenecido a una de esas organizaciones antes de la toma de posesión del cargo de juez. Esta actitud pasada, ¿le inhabilita para desempeñar la función jurisdiccional? Conviene no olvidar que los estatutos de los partidos políticos y de los sindicatos obligan a sus miembros a difundir sus principios ideológicos y proyectos políticos, obedecer las directrices que emanan de los órganos competentes y, en general, compartir las finalidades de tales organizaciones. Tampoco olvidar que, aunque nada obsta a que una persona mude sus preferencias ideológicas, normalmente no se cambia de ideología de un modo fácil, de manera inmediata o por ocupar un cargo. La baja de un individuo “en un partido en el que militaba no actúa a modo de lavado de cerebro, ni convierte al juez en una persona neutra o carente de ideología”²⁵. Desde esta perspectiva, resulta muy difícil sostener que la independencia y la imparcialidad de tales jueces se mantengan incólumes²⁶.

²⁴ El Tribunal Constitucional español, como es sabido, no forma parte del Poder Judicial. Muchos de sus integrantes han sido políticos en activo. Dificilmente en cuestiones relevantes dirigen sus votos en un sentido contrario al partido al que pertenecieron y que posibilitó su nombramiento. Es una causa más de su desprestigio.

²⁵ Véase Calvo Sánchez, María del Carmen, “El interés ideológico como posible motivo de recusación”, en *Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 72.

²⁶ Véase, por ejemplo, ATC 180/2013, de 17 de septiembre, especialmente el voto particular del magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez.

3. Por otra parte, algunos jueces no solo participan de la ideología del grupo gobernante en un momento determinado de la historia sino que refrendan sus pensamientos con actitudes y acciones claramente partidistas, de un modo inequívocamente sesgado y sectario. La simbiosis de intereses político-ideológicos en algunos casos cuando no el control de los jueces por el aparato político desnaturaliza por completo la actividad jurisdiccional. Surge así un tipo de juez que Gimeno Sendra denomina juez político y que caracteriza como aquel que:

siendo partícipe de una ideología determinada, en aras de la misma, no duda en violentar la letra y el espíritu de la ley con tal de proteger en el proceso los intereses de una clase o grupo social determinado²⁷.

Un medio para garantizar la existencia de jueces políticos radica en controlar el sistema de acceso a la judicatura. Influir o determinar el nombramiento de jueces afines por parte del poder político ha sido una constante no solo en regímenes autoritarios, como pudiera pensarse, sino también en Estados democráticos. En ocasiones esta estrategia tiene un objetivo proyectivo, allanar el camino para que las políticas públicas implementadas no puedan ser obstaculizadas. En otras ocasiones tiene una finalidad defensiva: garantizar la impunidad frente a investigaciones futuras. Roosevelt domesticó a la Suprema Corte de su país amenazándola con aumentar el número de sus miembros si no se avenían a los requerimientos del *New Deal*. El ex presidente argentino Carlos Saúl Menem hizo suya aquella invectiva e incrementó la composición numérica de la Corte Suprema. Este último perseguía tener “jueces políticos”. Este tipo de jueces es incompatible con el ejercicio del cargo, y de nada vale tratar de escudarse para su elección tras la muralla de la libertad ideológica.

4. Y tampoco la libertad ideológica puede ser un parapeto que justifique actitudes y decisiones judiciales causadas por determinadas concepciones ideológicas contrarias a derecho, y no ya por razones políticas, como en los supuestos anteriores, sino basadas en convicciones personales o en razones morales idiosincráticas. Tal fue el caso, en España, del juez de Pozoblanco Pedro Yun Díaz, que rechazó una demanda de divorcio por mutuo acuerdo invocando el derecho natu-

²⁷ Véase Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 53.

ral de origen divino, en contra de la normativa positiva aplicable. De firmes convicciones católicas y ferviente practicante se negó a disolver el matrimonio porque este era un vínculo que Dios había unido. Dispuesto a obedecer la autoridad de Dios antes que la de los hombres dejaba sin resolver todos los casos de divorcio que conocía en virtud de su competencia. El innecesario daño ocasionado a los justiciables involucrados en todos esos expedientes no merece mayores comentarios²⁸. Tener una creencia religiosa o de otro tipo que obligue a un juez o magistrado a la inaplicación del derecho es también incompatible con el ejercicio de su cargo y, en mi opinión, no sustentable sobre la base de la libertad ideológica.

Por esa razón se prohíbe que los jueces pertenezcan a organizaciones que exijan un juramento de adhesión, fidelidad o de acatamiento a autoridades, normas o instituciones que se consideran jerárquicamente superiores al derecho aplicable. Y por ese mismo motivo se debe prohibir que los jueces integren asociaciones u organizaciones secretas. Así lo recomendó el informe del Consejo General del Poder Judicial de España en el año 2000²⁹. La única sujeción de un juez en el momento jurisdiccional ha de ser el derecho.

Todas estas situaciones muestran que no cualquier contenido sustentado por la libertad ideológica que ampara a los ciudadanos es compatible con la función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, en un marco normativo donde prime la independencia, la imparcialidad, el sometimiento del juez a la ley y el acatamiento a la Constitución.

5. CONCLUSIONES

La ideología de los jueces no parece un asunto carente de importancia en las democracias contemporáneas, ya que impacta en los

²⁸ La sentencia arbitrariamente denegatoria del divorcio es de 1982. La pareja que demandó el divorcio vivía separada de hecho desde 1959. Véase *El País* de 2 de octubre de 1982.

²⁹ Véase CGPJ, *Del modo de arreglar la justicia*, Madrid, Tribunal Supremo, 2000, punto 91, p. 72. Se suele recordar que esta recomendación tenía en mente a los miembros del Opus Dei. Respecto a la incompatibilidad de ejercer la jurisdicción y pertenecer a determinadas logias masónicas, STEDH, 2001/497, de 2 de agosto. Caso N.F. contra Italia.

diversos aspectos de la actividad de juzgar propiamente dicha —y hacer cumplir lo juzgado— y en las normas que regulan los derechos y deberes de los jueces y magistrados.

La afirmación de que los ciudadanos poseen una ideología es un lugar común. La ideología comprende creencias, valores, deseos, preferencias. Esta ideología en parte está construida idiosincráticamente y en parte nos es dada socialmente. Y lo que pensamos acerca del mundo, sea verdadero o falso, activado por los deseos o las preferencias adecuadas guían nuestras acciones y las encaminan en una u otro dirección. En ese sentido, tiene razón Peter Strawson al afirmar que:

en los seres humanos, o incluso en cualquier ser racional, los tres elementos de creencia, evaluación (o deseo) y acción intencional pueden ser diferenciados unos de otros, sin embargo, ninguno de estos tres elementos puede ser adecuadamente entendido, o aun identificado, excepto por su relación con los otros³⁰.

Por lo tanto, no es posible comprender adecuadamente las acciones de los jueces sin hacer referencia también a sus creencias y deseos.

Si la democracia respeta la autonomía de las personas y esta consiste en la posibilidad de que cada individuo establezca su propio plan de vida, esto es, la forma como piensa el mundo, sus prioridades vitales, sus deseos, acciones y la manera de presentar su idiosincrasia a sus congéneres, no resulta irrazonable pensar que debe garantizar que cada uno de sus ciudadanos pueda escoger su ideología con libertad. Esta es una explicación plausible de por qué la libertad ideológica está establecida en casi todas las constituciones democráticas y en los documentos internacionales de defensa de derechos humanos, aunque con formulaciones diversas.

Si la libertad ideológica es irrestricta respecto de las creencias y demás componentes ideológicos en el fuero interno de las personas, es decir, como libertad de pensamiento, no puede serlo también respecto de las acciones que constituyen su exteriorización pública. Y el límite del orden público garantizado por la ley puede ser una cortapisa de-

³⁰ Véase Strawson, Peter F., *Analysis and Metaphysics. An Introduction to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 79. Agradezco a Sebastián Agüero San Juan haberme recordado esta cita.

masiado estrecha para evitar que terceros resulten dañados salvo que sea interpretado de forma amplísima³¹.

Pero es que, además, los derechos y las libertades nunca se encuentran en solitud, sino en combinación con otros derechos y obligaciones. La armonización entre ellos no siempre es fácil. Y la manifestación de la libertad ideológica a través de acciones puede contradecir alguno de estos otros derechos, libertades y obligaciones, y no siempre salir triunfante del conflicto³².

Tampoco hay que perder de vista que el ejercicio de determinados derechos puede ser acotado por el cargo o la función que un ciudadano desempeña. Cuando se trata de la función jurisdiccional, por ejemplo, las prácticas de la libertad de expresión o del derecho a la intimidad pueden quedar menoscabadas. Del mismo modo puede suceder con la libertad ideológica, entendida aquí como la manifestación de la libertad de pensamiento. Los jueces y magistrados prometen o juran el acatamiento a la Constitución y, por lo tanto, deben adecuar las demostraciones de sus posiciones idiosincráticas a los postulados constitucionales. Esto hace incompatible la idea de que cualquier contenido ideológico es compatible con la función jurisdiccional.

Con anterioridad hemos puesto de manifiesto ciertos comportamientos antagónicos con la actividad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, incluso en una sociedad democrática, pluralista y con la libertad ideológica garantizada. También se ha mencionado que las acciones de los seres humanos resultan de una red compleja de creencias que son activadas por deseos y actitudes adecuados. Pero si las acciones responden o son causadas por las creencias, si se quiere eliminar

³¹ Por “orden público protegido por la ley” habría que entenderlo compuesto, en el derecho español, por la seguridad, la moral pública y la salud pública. Véase Xiol Ríos, Juan Antonio, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en *La libertad ideológica. Actas de la VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 27-28.

³² La objeción de conciencia ha sido señalada como un garante de la libertad ideológica. Pero no es aceptable la posibilidad de establecer una objeción de conciencia generalizada a cualquier disposición jurídica, ya que esto destruiría la propia estructura de todo Estado de derecho. Por esa razón, la libertad ideológica puede ceder ante otros derechos. El marco de este trabajo me impide prestar una mayor atención a esta cuestión.

ciertos comportamientos habría que modificar las creencias que las provocan o causan. Y si esto no fuera posible, al menos mitigar los efectos o las consecuencias negativas de tales comportamientos. Se puede actuar así *ex ante* y *ex post* del nombramiento de un ciudadano como juez. Algunas de estas medidas inciden sobre el diseño institucional, otras sobre la actividad jurisdiccional propiamente dicha.

Respecto de los jueces, algunas medidas *ex ante* a la toma de posesión de su cargo son relativamente fáciles de tomar. Hay que impedir, en primer lugar, que ciudadanos cuya ideología o acervo cultural haga gala de creencias manifiestamente falsas accedan a la judicatura. Este objetivo se puede lograr con un adecuado sistema de ingreso a la carrera judicial. Es inadmisibles que en nombre de la libertad ideológica y del principio de no discriminación se quiera justificar el nombramiento de jueces ignorantes, tal como los denostó Voltaire³³.

En segundo lugar, hay que evitar las puertas giratorias por las cuales deambulan jueces que pasan a la arena política y luego regresan a la judicatura muchas veces resentidos al ver insatisfechas sus expectativas y con nuevos y numerosos adversarios políticos, o de representantes políticos que después de vestir la toga de juez pretenden seguir haciendo política. La apariencia de imparcialidad en estos casos queda destruida. También aquí la solución no plantea demasiados obstáculos.

Hay que rechazar, en tercer lugar, que ciudadanos cuya práctica ha estado asociada a los partidos políticos como ex legisladores o asesores prominentes ingresen a la carrera judicial. Nada repulsa más a la conciencia judicial que el juez político. Hay que librarse por todos los medios de jueces partidistas que practiquen lo que se podría denominar una “judicatura de trincheras”, que utilizan decisiones jurisdiccionales como si fuera un mazo para golpear a quienes son definidos como enemigos. Y tampoco hay que permitir el ingreso al Poder Judicial de personas que pertenecen a organizaciones secretas

³³ Esta cuestión cobra especial relevancia en aquellos países iberoamericanos con una población socialmente muy heterogénea, donde la riqueza va unida a la cultura. Habría que adoptar medidas para evitar que los jueces provengan únicamente de una clase social determinada.

o que exijan sometimiento a sus estructuras o lineamientos por sobre el orden constitucional.

Una vez que un ciudadano ha sido designado juez y deja traslucir su ideología y sus prácticas incompatibles con el orden constitucional los remedios *ex post* a su nombramiento se tornan más complicados. Una posible solución para evitar soluciones sesgadas sería establecer criterios más amplios que los actuales para la recusación de jueces y magistrados. Tener un interés directo o indirecto en la causa, tal como hoy se entiende, como motivo para el apartamiento o la recusación de los jueces se muestra, en ese sentido, totalmente insuficiente³⁴. Cabría pensar en la posibilidad de recurrir también por razones ideológicas. Un ejemplo de una recusación exitosa por motivos políticos que puede citarse es el caso de un juez que formaba parte del consejo de redacción de una revista de extrema derecha en la magistratura de Milán. En dicha publicación se habían vertido manifestaciones claras hacia cierto asunto sometido a su jurisdicción, y se entendió probado que el juez tenía un interés especial en resolver la causa acorde a la posición de la revista para mantener intacta su credibilidad política-ideológica frente a sus camaradas de dicha revista³⁵. No se trata de que por esta vía se abran extensos caminos hacia el *judicial shopping* o a permitirle al juez que solo resuelva aquellos casos inocuos desde el punto de vista de su ideología, sino evitar casos muy evidentes de falta de independencia y de imparcialidad, o al menos de su apariencia.

Esto es así porque no siempre el sistema de recursos puede soslayar los perjuicios ocasionados por jueces partidistas. En ocasiones, el fervor ideológico se muestra no solo en acciones sino también en omisiones. El juez Yun Díaz dictó una sentencia rechazando un divorcio apelando al derecho natural de origen divino, y su decisión fue revisada en alzada a través del control motivacional, pero es que, además, tenía inmovilizadas en sus cajones otras numerosísimas demandas de

³⁴ Se podrían introducir cláusulas abiertas como propone para el caso español Joan Picó i Junoy, a semejanza de lo que sucede en Italia y en Alemania. En Italia, como abstención facultativa cuando concurren graves razones de conveniencia y en Alemania cuando existen motivos suficientes para desconfiar hacia la imparcialidad del juez. Véase, Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad y sus garantías: la abstención y la recusación*, J. Bosch, Barcelona, 1998, p. 49.

³⁵ *Idem*.

divorcio sin apenas actuaciones procesales. Aquí el control de las actuaciones jurisdiccionales mediante el control de su motivación pierde toda eficacia y los recursos se manifiestan estériles por el tiempo que demoran en resolverse³⁶.

Un remedio extremo *ex post* para evitar que jueces con una ideología inaceptable provoquen ulteriores perjuicios innecesarios al justiciable es su remoción. La remoción de jueces y magistrados, sin embargo, no es tarea fácil, incluso en la transición de regímenes totalitarios o autoritarios a otros democráticos. Ulrich Klug se quejaba, por ejemplo, de que uno de los errores de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania había sido no distanciarse lo suficiente de las formulaciones nacionalsocialistas. Y que “como consecuencia de ello, se acumulan fatales continuidades, tanto en lo material como en lo personal, en la Administración Pública y en la Justicia”³⁷. Alemania no constituye un único y excepcional caso. Por paradójico que pudiera parecer, existe un problema adicional a la remoción de los jueces. Como ha advertido G. Krause, la protección frente a los malos jueces corre el peligro de tropezar con el obstáculo esencial de la independencia judicial³⁸.

No es que se busque un juez aséptico, neutral, que carezca de toda valoración social e incontaminado ideológicamente; objetivo imposible de alcanzar. De lo que se trata es de evitar que los jueces posean aristas ideológicas irreconciliables con la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado. En este sentido, la diferencia entre los dos aspectos de la libertad ideológica, como libertad de pensamiento y como su forma exteriorizada a través de actitudes y de acciones, se diluye. Los jueces deben decidir de manera correcta las causas que conocen en virtud de su competencia y deben hacerlo asimismo por

³⁶ Quienes afirman que el control de los jueces se debe hacer únicamente a través del control de las motivaciones de sus decisiones se encuentran con este tipo de problemas. Prestar atención a la personalidad del juez es un mecanismo complementario al del control motivacional para evitar decisiones inadecuadas.

³⁷ Es decir, no se habían expulsado a todos los jueces del nacionalsocialismo. Véase Atienza Manuel y Garzón Valdés, Ernesto, “Entrevista a Ulrich Klug”, *DOXA*, núm. 6, 1989, p. 517.

³⁸ Citado por García Arán, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 64.

motivos correctos³⁹. Ningún juez sesgado ideológicamente o partidista puede cumplir con estas dos exigencias al unísono.

Una democracia con base republicana debe adoptar la división de poderes como uno de sus dogmas. Tal división es siempre relativa. Tal vez sea imposible distinguir de un modo concluyente en los casos límites entre la actividad política y la actividad judicial, entre lo político y lo judicial, ya que en esos casos sus límites son evanescentes. La cuestión de la libertad ideológica de los jueces puede ser muestra de ello. Pero esto no ha de llevar a la conclusión que no se puede realizar ningún esfuerzo para evitar los casos patológicos más graves de la división de poderes⁴⁰.

Y no se debe olvidar, por último, que el entramado normativo que regula la actividad del juez se establece como una garantía para el ciudadano, y de ninguna manera debe ser considerado como un privilegio de los togados. Las posibles restricciones a la libertad ideológica de jueces y magistrados han de entenderse en idéntico sentido, como una medida más para garantizar los derechos de los ciudadanos.

³⁹ Véase el magnífico trabajo de Aguiló Regla, Joseph, “Imparcialidad y aplicación de la ley”, *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 151, 2008, pp. 141 y ss.

⁴⁰ Para un análisis de las anomalías más graves de la división de poderes, véase Ma-lem Seña, Jorge F. y Seleme, Hugo O., “La patología de la división de poderes”, *DOXA*, núm. 36, 2013.

La libertad de expresión de los jueces y magistrados

1. INTRODUCCIÓN

En una democracia la libertad de expresión es un derecho fundamental de los ciudadanos que debe ser protegido y garantizado de la forma más eficaz y amplia posible. Protegido frente al ataque y la interferencia de los demás miembros de la sociedad y de las grandes corporaciones, y no solo de la acción del Estado¹. Hay que construir murallas que supongan una defensa adecuada para los intentos de limitarlo de un modo ilegítimo. Garantizado para potenciar su disfrute con la máxima amplitud que sea compatible con un esquema de derechos iguales para todos los ciudadanos.

Pero esto no supone, naturalmente, que el derecho a la libertad de expresión, como ocurre con cualquier otro derecho, sea incondicionado o que su disfrute no pueda ser adecuadamente restringido. En primer lugar, porque la libertad de expresión se inserta en un entramado de diferentes derechos y deberes con los que puede colisionar y no siempre salir triunfante. La libertad de expresión, aunque merezca ser bien atrincherada, no opera en un marco de solitud normativa. Los derechos a la intimidad o al honor, por ejemplo, parecen adversarios dignos a ser tomados en consideración en el juego de ponderación entre derechos que ameritan ser necesariamente sopesados. En segundo lugar, porque el disfrute de ese derecho, como sucede con tantos otros, puede limitarse por la posición, el cargo o la función que tiene o cumple un determinado ciudadano.

La libertad de expresión puede ser entendida, en un sentido amplio, como aquel derecho que permite expresar y manifestar ideas que ayudan a que los ciudadanos puedan informarse con el fin de contribuir mejor al autogobierno colectivo. Esto no supone que la

¹ Para un análisis de estas cuestiones puede consultarse las obras de Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, trad. de Jorge Malem Seña, Fontamara, México, 1997, y *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, trad. de Roberto Gargarella y María L. Piqué, AdHoc, Buenos Aires, 2010.

libertad de expresión proteja únicamente las emisiones de contenidos estrictamente políticos; tales contenidos pueden tener también un carácter social, cultural, mercantil, etc. Tampoco supone que cualquier declaración de una idea pueda ser amparada por la libertad de expresión. Este derecho no implica, por lo tanto, que proteja cualquier opinión basada en el ejercicio de la autonomía personal. A través de la libertad de expresión y de información se protege la formación de una opinión pública libre y el pluralismo político que debe caracterizar a una sociedad democrática.

Si la libertad de expresión garantiza y protege el derecho de los ciudadanos a comunicar sus ideas en público para mejorar el autogobierno colectivo, alguien podría pensar, pues, que la libertad de expresión ampara solo la transmisión de opiniones emitidas verbalmente. Sin embargo, tal no es el caso. Comunicar no queda reducido aquí a formular expresiones mediante enunciados proposicionales, sino que incluye también actos de expresión simbólicos realizados con la intención de llegar al menos a parte del público. Por esa razón, una de las peculiaridades del ejercicio del derecho a la libertad de expresión consiste en que el contenido de los mensajes que se manifiestan no requiere ser presentado en un lenguaje natural, oral o escrito, sino que puede formularse a través de acciones o de comportamientos diversos. Son bien conocidos los ejemplos de aquellos que quemaban la cartilla de alistamiento como un modo de manifestar su oposición a la guerra del Vietnam o realizaban sentadas o marchas para hacer saber su oposición a acciones políticas o empresariales. En determinados contextos, el comportamiento de una persona denota no solo cómo es esa persona sino que se transforma en el vehículo idóneo mediante el cual se exponen ideas que al menos parte del auditorio capta sin mayores dificultades.

Con estas consideraciones en mente, la pregunta acerca de cuál es el grado de disfrute que tienen los jueces y magistrados del derecho a expresar libremente sus opiniones con el fin de contribuir al autogobierno colectivo no es fácil de precisar de un modo general. En primer lugar, porque los modelos de jueces han cambiado históricamente y por ello la amplitud o restricción del goce de los derechos que tienen y que incluso les afecta como ciudadanos no siempre ha sido el mismo. En segundo lugar, porque en países como España, con una democracia constitucional, no conviene olvidar que el juez también es un

funcionario público sujeto a normas específicas que le son aplicables debido únicamente a su estatus. Los derechos de los jueces y el nivel de su disfrute dependen por completo, entonces, del sistema jurídico aplicable al juez y del entramado institucional que es del todo contingente.

El ordenamiento constitucional español, por ejemplo, establece que la tarea fundamental de los jueces y magistrados consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en todos los casos que competencialmente les corresponden y hacerlo conforme a derecho. Para asegurar estos objetivos, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones.

En lo que sigue, presentaré de un modo sucinto cuál es la principal labor de jueces y magistrados, en qué marco institucional deben realizar dicha labor y qué papel debería jugar la libertad de expresión en esa labor. Posteriormente haré unas breves referencias a las manifestaciones que las personas que detentan el cargo de jueces y magistrados podrían hacer sin comprometer las exigencias institucionales en las que desarrolla su actividad profesional, esto es, qué puede hacer en tanto funcionario. Por último, terminaré con unas breves reflexiones acerca de cómo queda afectada la libertad de expresión de los jueces en su calidad de ciudadano².

2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La constitucionalización del deber de motivar las decisiones judiciales por parte de jueces y magistrados no hizo sino situar dicho deber en un nivel jerárquico superior al que ya existía legislativamente. Sin embargo, tal prelación o estatus jerárquico no resolvió cómo se ha de interpretar y cumplir dicho deber.

Motivar, aunque en algún sentido pueda significar “ofrecer motivos”, ha de entenderse en este contexto como justificar. Si ofrecer

² Obviamente la vinculación entre libertad de expresión y jueces puede analizarse desde al menos otra perspectiva distinta; esto es, cómo deben tratar los medios de comunicación a los jueces y a las cuestiones jurisdiccionales en general. Y las restricciones a la libertad de expresión que ello comporta para tales medios. No prestaré atención aquí a ese aspecto.

motivos es explicar o describir el itinerario psicológico o el proceso intelectual seguido por el juez para alcanzar un veredicto, justificar supone que el juez ha de ofrecer razones a favor de su decisión que resultan aceptables y persuasivas³.

Pero la justificación de una decisión judicial no puede realizarse a través de un discurso libre, ha de hacerse también según los cánones legales vigentes en el momento de esa decisión. Las restricciones, tanto formales como materiales, impuestas legalmente respecto de cómo se han de ofrecer dichas razones son una cuestión empírica y su imposición absolutamente contingente, aunque nadie ignora por ello su importancia. Tales restricciones o exigencias dependen por completo de los concretos sistemas jurídicos vigentes. Pero, en general, el legislador suele establecer cómo es la estructura de una decisión, sea una sentencia, auto o providencia, qué se debe justificar, cuáles son los medios de pruebas admisibles o el valor de las pruebas acreditativas.

Según una determinada versión estándar, para que una decisión judicial esté justificada ha de estarlo tanto interna como externamente. La justificación interna supone la correlación lógica entre los enunciados fácticos y normativos de la decisión y el fallo de la misma. Esto es, el fallo de una decisión ha de ser una consecuencia lógica de las premisas de hecho y de derecho.

La justificación externa, por otra parte, tiene dos vertientes. Según la primera se ha de justificar los enunciados de hecho de una sentencia. Según la segunda se ha de justificar los enunciados normativos de la misma⁴.

Para que un enunciado de carácter fáctico esté justificado ha de ser verdadero. Es decir, las premisas empíricas que forman parte del fundamento de hecho de las decisiones judiciales deben ser verdaderas. Existen muchos argumentos a favor de esta tesis, que no reproduciré aquí. Basta señalar, por todos, que la aplicación del derecho supone que los enunciados acerca de los hechos objeto del proceso son verdaderos. Si la norma establece “el que mata a otro será reprimido

³ Véase García Figueroa, Alfonso, “De lo que el derecho dice a los jueces”, *Jueces para la democracia*, núm. 36, noviembre de 1999, p. 59.

⁴ Ejemplificaré como una decisión judicial sin mayores precisiones aquí, y por todas, a la sentencia.

con ocho años” y se castiga a Juan por haber matado a Pedro con la pena de ocho años de prisión, la única forma de entender que se ha aplicado correctamente el derecho en ese caso es que efectivamente Juan haya matado a Pedro. Si no lo hizo no se aplicó el derecho independientemente de su condena. El juez cometió una arbitrariedad o hizo un acto de magia, pero no aplicó el derecho, porque el derecho establece esa pena para “el que mata...”.

En cuanto a la justificación externa normativa no conviene olvidar que el juez ha de resolver las controversias aplicando el derecho. Esto es, para solucionar las cuestiones planteadas ha de invocar una o más normas jurídicas generales y ha de ofrecer razones de por qué las ha escogido, aunque goce de cierto margen de discrecionalidad para realizar esa tarea. Aunque se reconozca que la identificación de la norma aplicable y su aplicación propiamente dicha no sea una tarea simple y que las operaciones que tiene que realizar el juez en el proceso de toma de decisiones sean complejas, no se debe opacar el hecho de que la construcción de las razones por las cuales se aplica una norma es una cuestión técnica-jurídica, sujeta a un razonamiento en gran parte reglado donde no todo vale.

La pregunta relevante en esta instancia es qué papel juega la libertad de expresión de los jueces y magistrados en el contexto de la justificación de sus decisiones. Desde luego, por las propias características del razonamiento lógico-deductivo, la libertad de expresión no tiene lugar en la justificación interna. Opinar lo contrario sería como decir que la libertad de expresión tiene un papel determinante en la formulación de las operaciones matemáticas. Cuando el matemático sostiene que $2 + 2 = 4$ no está haciendo uso de su libertad de expresión, sino siguiendo las reglas de las matemáticas, ni tampoco el juez lo hace cuando sostiene que su fallo es consecuencia lógica de lo contenido en las premisas fácticas y normativas. Él sigue las reglas de la lógica.

En cuanto a la justificación de carácter fáctico. El juez debe formular enunciados verdaderos acerca de los hechos esenciales del proceso. Si el juez decide adjetivar los hechos o realizar algunas valoraciones políticas o morales acerca de los hechos objeto del proceso, no agrega ni una pizca de verdad a los enunciados fácticos que tiene la obligación de formular. Es más, sus propias opiniones causadas por sus convicciones religiosas, políticas, morales o ideológicas pueden llegar

a conspirar contra la verdad del enunciado u oscurecer su significado. Si un hombre mata a su expareja sentimental golpeándola repetidamente con un hueso de jamón hasta destrozarle por completo el cráneo, nada agrega a la descripción de ese hecho que la jueza califique esa muerte como “crimen atroz y execrable fruto de la vorazmente aniquiladora violencia machista”. Al verter sus personales opiniones se aparta del cumplimiento de sus obligaciones y sale de su cerco competencial, aunque se comparta la idea de que sea un “crimen atroz y execrable”. Que el juez señale sus idiosincráticos puntos de vista no puede quedar autorizado ni excusado por una retórica y vacía apelación a la libertad de expresión.

Y lo mismo ocurre con la justificación de las premisas normativas. El juez ha de explicar las razones de por qué resuelve la controversia planteada en virtud de la aplicación de una norma y no de otra, atendiendo a las técnicas jurídicas que rigen la interpretación y aplicación del derecho. Pero, aunque se reconozca cierta discrecionalidad interpretativa, esta actividad nada tiene que ver con las idiosincráticas visiones u opiniones que el juzgador tiene sobre la solución dada al caso por el legislador. Ni con sus opiniones acerca de la justicia de la norma, ni con la evaluación ideológica, política o moral de la misma. El juez tiene la obligación de aplicar la norma que corresponde incluso aunque le disguste. Y si pone de manifiesto su disgusto, se equivoca. Tal manifestación no agrega nada a la correcta aplicación de la norma, labor que tiene la obligación legal de cumplir. Aquí tampoco la libertad de expresión de jueces y magistrados juega papel alguno. El Estado no paga al juez para que muestre su adhesión, conformidad o disconformidad ante el sistema jurídico en general o hacia una norma particular. El Estado le paga para que juzgue y haga ejecutar lo juzgado aplicando el derecho, no para que opine libremente sobre los hechos que le toca juzgar o sobre las normas que le toca aplicar. Estas exigencias vienen determinadas por el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que los jueces y magistrados deben garantizar, y no por la libertad de expresión de los jueces⁵.

⁵ De esta misma opinión parece ser Marc Carrillo; véase “Cuando los jueces se expresan”, *El País*, sábado 26 de junio de 2010, p. 29.

3. EL JUEZ FUNCIONARIO

El juez es, por otra parte, un funcionario del Estado. Como tal ha de cumplir con ciertas obligaciones y restricciones que le son particularmente impuestas. Esas obligaciones no valdrían respecto de un ciudadano que no fuera juez-funcionario. En palabras de Requero Ibáñez,

quien accede en la forma jurídicamente prevista a la condición de juez, voluntariamente se somete a un estatuto que modula su condición de ciudadano en el sentido de que es titular en exclusivo de ciertos poderes, pero por razón de los mismos queda sometido a un régimen de deberes y limitaciones más intenso respecto del que cabe predicar de cualquier otro ciudadano⁶.

Las limitaciones a la libertad del juez como funcionario son de variado signo, según los concretos sistemas jurídicos de referencia. Así, por ejemplo, en España el juez no puede pertenecer a partidos políticos o a sindicatos. No puede participar en actividades políticas partidistas exceptuando su derecho al voto, aunque haya sentencias que sostengan que el juez puede expresar sus ideas políticas. Ni tampoco puede dirigir felicitaciones o censuras a los poderes, autoridades o funcionarios públicos. En algunas legislaciones como la argentina, además, se le prohíbe asistir a salas o recintos donde se practican juegos de azar, y otras prohibiciones semejantes.

Entre las exigencias comunes a las cuales el juez está sometido en su calidad de funcionario se encuentra el deber de sigilo o secreto. El juez debe abstenerse de hacer públicos los datos relativos al objeto, las personas y las circunstancias que rodean al caso que está sometido a su jurisdicción. Debe obviar todo comentario, cualquiera sea el medio empleado, que suponga el conocimiento por parte del público de sus actuaciones pasadas o presentes, o sobre sus intenciones futuras en la causa⁷. Dada esta prohibición, el juez no puede referirse a determinado caso que juzga mientras imparte una conferencia en sede universi-

⁶ Véase Requero Ibáñez, José Luis, “Libertad de expresión y de opinión de los jueces”, *La Ley*, núm. 5700, 20 de enero de 2003, p. 1507.

⁷ Véase art. 417.12 LOPJ. Un caso algo diferente ocurre cuando un juez se refiere a una causa que estuvo bajo su jurisdicción una vez transcurrido un largo período de tiempo, digamos treinta años. Aquí, la prohibición se atenuaría siempre que

taria, actividad académica en principio permitida, ni tampoco puede hacerlo en los corrillos formados en los pasillos universitarios después de dicha conferencia ante los medios de comunicación. Tampoco debería hacerlo en libros autobiográficos, de memorias o de análisis de actualidad. Mientras más silencioso sea el juez a este respecto tanto mejor.

Por ese motivo, los jueces no pueden filtrar a la prensa partes del expediente judicial, ya sea de forma cuasi anónima o a través de persona interpuesta. En determinadas jurisdicciones y en algunos países esta suele ser una práctica más habitual de lo que cabría pensar y sería deseable. Por eso acuerdo con quienes propugnan que la filtración a la prensa por parte de los jueces de aspectos sometidos a su jurisdicción debería ser establecido como delito específico⁸.

Tanto las declaraciones encubiertas como conferencias universitarias o de otro tipo, como las filtraciones de diferentes calibres a los medios de comunicación pueden tener diversas explicaciones. Desde la más espuria a las más loables. Desde la intención de congraciarse con el poder político o de hacerle daño, a la voluntad de informar a los ciudadanos sobre determinados aspectos del proceso que causan conmoción social. Informar en detalle sobre las maquinaciones realizadas en un caso de corrupción que implican a funcionarios o políticos como forma de entrar en el debate público es un ejemplo del primer tipo de motivaciones. Hacer conocer a la prensa, y por su intermedio al público, qué operaciones de rastreo en un río o en zonas adyacentes se llevan a cabo para la búsqueda del cadáver de una joven supuestamente violada y muerta es un ejemplo del segundo tipo de motivaciones.

Sean cuales fueren las motivaciones, subyace la idea por parte de algunos de estos jueces que se manifiestan ante la prensa o ante el público en general de que su misión es participar en una especie de batalla o guerra y que deben “ganar” el conflicto que les toca dirimir, ya sea contra la droga, la corrupción, el crimen organizado o la

sus manifestaciones no afecten los derechos de terceros y sean datos o aspectos contenidos en el expediente judicial.

⁸ Existen ya en los códigos penales delitos de revelación de secretos de funcionario público y otros afines; aquí se propugna el establecimiento de una figura penal específica para el caso de un juez.

violación de los derechos humanos. También pretenden alcanzar una “legitimación” popular distinta de la que tienen por obedecer el mandato constitucional de juzgar y hacer cumplir lo juzgado conforme a derecho en una sociedad democrática. De ahí que les guste verse a sí mismos como combatientes contra la corrupción y el crimen organizado, por ejemplo, o reclamen el aliento del público y el apoyo de los ciudadanos para alcanzar un mayor sustento institucional para sus fines o, simplemente, una excusa para seguir adelante en su empeño⁹.

Pero la misión de los jueces no consiste en luchar en ninguna guerra particular ni en “ganar” conflicto alguno, aunque el supuesto enemigo que se dibuja sea tan odioso como el crimen organizado o la corrupción. La única misión del juez es resolver los conflictos aplicando el derecho; fuera de ello se comporta al margen del sistema jurídico y equivoca sus razones y función. Y tampoco tiene sentido que busque la legitimación popular; el juez no es un político, estrictamente hablando, que hace gala de representación popular cualquiera sea su definición, aunque encarne un poder del Estado. Su fuente de legitimidad surge en una democracia del cumplimiento de sus obligaciones legales, y no del apoyo popular a sus acciones. Si esto fuera así, nada avalaría que el juez participe intencionadamente en el debate político o social a través de sus decisiones, presentando su cometido profesional como el de un buen soldado justiciero que goza del fervor popular. Nada le autoriza a presentarse de ese modo. Simplemente, esa no es su función. Estos excesos nada tienen que ver con la libertad de expresión¹⁰, a pesar de que algunos jueces hacen referencia en sus dichos y acciones con la excusa de que están ejerciendo ese derecho.

Existe un régimen de incompatibilidades muy severas para que el juez pueda desarrollar tareas diversas a las jurisdiccionales donde fuera de la docencia y de las actividades artísticas, científicas o técnicas poco más le está permitido. Y muchas de estas actividades previa

⁹ En cualquier caso, queda claro que, como una cuestión de hecho, los jueces pueden llegar a participar en el debate público con sus decisiones. Las decisiones del juez Baltasar Garzón sobre el “caso Pinochet” provocaron, de hecho, un debate público amplio y abierto en la comunidad internacional acerca de los límites de la capacidad punitiva del Estado y sobre el alcance de la justicia universal. Y lo hubieran provocado aún en el supuesto que el propio juez no lo hubiera querido.

¹⁰ *Idem.*

autorización del organismo competente que le gobierna. Así lo piensa también el Tribunal Constitucional que admite que, en el contexto de esas limitaciones, la libertad de expresión de ciertos funcionarios pueda limitarse por la función que cumplen, el grado de jerarquización o disciplina interna a los que están sometidos, o por otros factores que dependen de cada caso. De modo que expresiones o informaciones que en otros contextos de carácter privado pueden ser legítimas se ven restringidas en el ámbito judicial precisamente porque el juez es un funcionario del Estado. Y no es un funcionario cualquiera. El juez encarna al mismo tiempo un poder del Estado y por ello sus obligaciones o las restricciones que puede padecer son mayores a la de un cartero o la de un profesor de universidad, ambos también funcionarios públicos.

Tan es así, que el juez debe abstenerse de hacer declaraciones a la prensa como respuesta al ataque de algún medio de comunicación, de una de las partes de un proceso que conozca, de otro juez o de miembros del foro donde ejerce la jurisdicción. Precisamente debido a su deber de reserva y discreción propios de su profesión, dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

los magistrados no pueden defenderse de la misma manera, por ejemplo, que un hombre político cuando un cierto tipo de prensa, aparentemente ávida de sensaciones lucrativas, los ataca y los arrastra por el lodo... ya que... un juez no puede discutir en público un caso pendiente ante él a fin de justificar así su conducta¹¹.

4. EL JUEZ CIUDADANO

Pero el juez también es un ciudadano que reclama para sí los mismos derechos que cualquier otro ciudadano. Demanda en ese sentido que sus derechos, y su ejercicio, que le corresponde en tanto ciudadano no sean limitados, porque al quitarse la toga el juez deja de ser un servidor del Estado y recupera plenamente su condición de normal y anónimo ciudadano. Exige la mayor cantidad posible de libertad de expresión en ejercicio que sea compatible con un esquema similar de disfrute de libertad de expresión de los demás.

¹¹ TEDH/1997/12, De Haes y Gijssels contra Bélgica.

Aun así, conviene recordar que, además de funcionario, el juez ocupa una posición singular dentro del Estado y personaliza uno de los poderes del mismo. Esto supone que su estatuto personal comprende dos grupos de deberes: el primero común a todo funcionario y que se refiere a su ejercicio profesional y, el segundo, que abarca determinados deberes que le son específicos o singulares y que van unidos a la especial relevancia constitucional que ocupa dentro del Estado¹². Hice referencia a algunos de esos deberes con anterioridad. Pero a los efectos que aquí interesan mencionaré adicionalmente, entre otros, los siguientes deberes: el juez tiene la obligación de lealtad constitucional, de afianzar la confianza en la justicia y de abstenerse de realizar cualquier acción que pueda ser percibida como una afectación a su independencia e imparcialidad o que vaya en desmedro de la consideración que el ciudadano debería dispensar a la justicia y a sus servidores. Estos deberes no se satisfacen únicamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, ni con el cumplimiento de las obligaciones de funcionario.

En ese sentido, todas las tareas ajenas a la actividad jurisdiccional realizadas por la persona que ocupa un cargo de juez no pueden perder de vista tales deberes bajo la excusa de que son realizadas en su papel de ciudadanos. Dicho de otra manera y en palabras del Tribunal Supremo español:

no es lícito al juez o magistrado quitarse la toga a su antojo y tratar de convertirse en ‘ciudadano’ para llevar a cabo conductas que supuestamente solo le estarían prohibidas con ella puesta¹³.

Por esa razón, no se puede establecer una diferencia tajante entre determinadas actuaciones de un individuo en tanto juez y en tanto ciudadano, porque el ciudadano-juez siempre tendrá que cumplir con cierto tipo de obligaciones impuestas al individuo-juez. Las restricciones en el ejercicio de determinados derechos que estarían injustifica-

¹² Véase, por ejemplo, STS, de 14 de julio de 1999. “Esto explica que su estatus jurídico personal comprenda dos grupos de deberes: unos, comunes a los de los funcionarios, y referidos a la vertiente puramente profesional de su dedicación; y otros que les son específicos o singulares, y que van ligados a la relevancia constitucional del cometido que les corresponde dentro del Estado”.

¹³ STS, de 23 de enero 2006, RJ/2006/4321.

dos en el ciudadano común quedarían así justificadas en el ciudadano-juez. Esto explica en parte que el ciudadano-juez vea restringida su libertad de expresión no solo por el contenido de sus manifestaciones, sino también por el modo de hacerlas y por el medio utilizado.

El ciudadano-juez debe ser sumamente cuidadoso al emitir juicios con contenidos políticos o sociales controvertidos, sobre todo si lo hace prevaleciéndose de su cargo, esto es, si vierte sus opiniones mencionando su cargo de juez o dejando constancia de que lo hace dada su experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Y su cautela debe ser aún mayor si se piensa que puede llegar a juzgar sobre lo que opina y que su actitud puede arrojar un mar de dudas acerca de su independencia e imparcialidad.

Tal fue el caso de las declaraciones de quien fuera presidente del Tribunal Constitucional español Manuel Jiménez de Parga, que al referirse a la idea de nación y de nacionalidades hizo alusión despectivamente a supuestos hábitos higiénicos de carácter histórico de los pobladores de Catalunya. En palabras del ex magistrado:

en el año 1000, cuando los andaluces teníamos y Granada tenía, varias decenas de surtidores de agua de colores distintos y olores diversos y en alguna de esas llamadas comunidades históricas ni siquiera sabían que era asearse los fines de semana.

Estas opiniones fueron formuladas en el marco de un debate sobre el Estado autonómico patrocinado por varias empresas privadas y al que fue invitado en virtud de su cargo¹⁴. Declaraciones formuladas en un contexto político y social muy tenso donde al menos una parte importante de la ciudadanía de Catalunya reclamaba para sí ser una nación —diferente de la española— y no una mera nacionalidad, cuestión que en algún momento debía decidir el Tribunal Constitucional.

El escándalo que causaron estas palabras fue enorme y provocaron un aumento de la crispación en la vida política e institucional que contribuyeron a desacreditar al propio Tribunal Constitucional, y a minar la confianza de los ciudadanos en la justicia. Más allá de si los

¹⁴ Véase para analizar el contexto y las declaraciones de Jiménez de Parga, el trabajo de Luna Yerga, Álvaro y Ramos González, Sonia, “El honor de Catalunya”, *Indret*, working paper, núm. 201, 2004.

conceptos de nación, nacionalidad, comunidades históricas y tantos otros puedan y deban ser debatidos en ámbitos académicos, políticos o periodísticos, Jiménez de Parga no debió entrar en ese debate por el cargo que ostentaba. El contenido de la discusión en juego vedaba su participación en la futura discusión sobre esta cuestión en el seno del Tribunal Constitucional, aunque hubiera manifestado sus opiniones sin la toga puesta.

Pero la libertad de expresión de los jueces queda limitada no únicamente por los temas que pueden abordar, sino también por la forma cómo lo hacen. Resulta obvio que el juez, por sus especiales conocimientos, está en una posición idónea para opinar sobre cuestiones técnico-jurídicas, ya sean estas dogmáticas-científicas, de análisis de casos o de aspectos jurídicos de la actualidad. Puede referirse críticamente por ello a algunas decisiones judiciales o a la labor que desempeñan algunos de sus colegas. Pero debe hacerlo de modo tal que no afecte la dignidad de la justicia o disminuya la confianza del ciudadano en la misma.

Por ello, la forma elegida para formular una opinión es importante. El juez no puede, por ejemplo, aludir a otros compañeros u opinar sobre ellos y sus respectivas tareas profesionales de cualquier forma. Que un juez llame “caracol” a otro para significar su lentitud en el desarrollo de una causa no parece ser la mejor manera de expresarse¹⁵. Ni tampoco lo es que en un medio de comunicación un juez manifieste respecto de una decisión judicial que es “cainita, mendaz, cínica, prevaricadora” o “inicua e infame que ha pasado por derecho propio a la peor historia de la prevaricación celtibérica”¹⁶.

Tampoco resulta indiferente el contexto o el medio utilizado por el juez para formular una opinión. No es lo mismo un seminario universitario de pocas personas, todas ellas especialistas, sin la presencia de periodistas donde el juez puede explayarse con mayor libertad, que las declaraciones o artículos firmados en la prensa donde el potencial lector es el conjunto de la ciudadanía. Esto cobra una mayor relevan-

¹⁵ Esa fue la expresión utilizada por Santiago Vidal, Magistrado de la Sala Penal 10 de la Audiencia de Barcelona para referirse a Juli Solaz, juez instructor del llamado caso Palau de la Música de Barcelona.

¹⁶ TC, Auto núm. 100/2001, de 26 de abril.

cia si se piensa que los medios de comunicación social se han transformado en grandes centros económicos, con intereses políticos propios, cuya objetividad, búsqueda de la verdad y contribución a un debate desinteresado y abierto suele brillar por su ausencia. En este contexto es usual que se practique una especie de “periodismo de trinchera” cuyo objetivo, más que informar, es hacer el mayor daño posible a su oponente político-ideológico o simplemente económico.

La elección de un medio de comunicación en lugar de otro no suele ser fruto del azar o de la casualidad; suele responder a una posición o estrategia meditada por parte del juez que le sitúa también, o que puede ser interpretada como una toma de posición en este juego de trincheras. Más si se piensa que los propios jueces suelen mantener canales abiertos y fluidos de comunicación con determinados medios o periodistas para que corran opiniones, informaciones o comentarios interesados en ambas direcciones. No es arriesgado pensar que esta actitud puede contribuir a que se ponga en duda su ecuanimidad o que se merme la confianza del ciudadano en una justicia que comenzará a percibir como parcial o partidista.

La cuestión se complica un poco más, si esto es posible, si se recuerda que a través de las acciones que tienen un valor simbólico también podemos manifestar opiniones. Esto no supone eliminar la distinción entre “decir” y “hacer”. Supone admitir, en cambio, que cuando actuamos en determinados contextos nuestros comportamientos comunican mensajes no verbalizados de relativamente fácil comprensión. Tal es el caso de un juez que comulga diariamente en la parroquia de su domicilio, asiste puntualmente a determinadas procesiones y manifiesta fuertes convicciones antiabortistas y a quien le toca juzgar ahora una cuestión vinculada al aborto. ¿Generaría confianza en el ciudadano? ¿Sus ideas expresadas a través de sus actos serían percibidos como una afectación a su imparcialidad? Lo mismo cabe preguntarse sobre un juez que manifiesta públicamente su homosexualidad junto a su actual pareja. ¿Supone este desvelamiento de su sexualidad una actitud militante a favor de los homosexuales que podría sesgar su juicio aunque sea en apariencia?¹⁷ Si el Tribunal Federal alemán

¹⁷ La cuestión aquí no es el derecho del juez y de cualquier otro ciudadano a ejercer libremente su sexualidad, sino la conveniencia de mantener una actitud fuerte-

de lo contencioso, por ejemplo, condenó en 1990 a un profesor de enseñanza media por acudir a clase con un distintivo antinuclear muy visible con el fundamento de que el funcionario no mantuvo, en el servicio, la imparcialidad y la neutralidad política exigida. Y lo hizo, además, porque utilizó su puesto de trabajo para hacer propaganda política en el ejercicio de sus funciones¹⁸, con más razón deberíamos ser capaces de exigir a los jueces la prudencia y la mesura acorde con la dignidad de su cargo.

5. CONCLUSIÓN

La visión del juez como un sacerdote —asumiendo que sea una visión positiva— alejado de las pasiones mundanas es un mito en el Estado moderno. Los jueces son personas ancladas en la realidad con sus propias ideologías y prejuicios. No sería razonable pensar en un juez neutro, políticamente aséptico e ideológicamente impoluto. Pero esto no puede hacer olvidar que el juez es un profesional del ámbito de lo jurídico además de ser un funcionario del Estado que desarrolla su labor dentro de un marco institucional que le asigna como labor primaria y cuasi exclusiva juzgar y hacer cumplir lo juzgado con sujeción al derecho.

Como profesional, el juez adquiere compromisos morales específicos que le distingue del ciudadano común. También contrae otros por el hecho de ser funcionario. Nada obliga a nadie a ser juez. Se entra en el oficio libremente. Pero al hacerlo se aceptan sus cargas. Una de ellas es la reducción del goce de algunos derechos, tesis ésta aceptada aun cuando se piense que la limitación de derechos, sobre todo si son fundamentales, deba interpretarse restrictivamente.

Es evidente que los jueces no han de comparecer ante la opinión pública a petición propia, como lo podría hacer cualquier ciudadano, porque esa acción genera compromisos informativos de difícil solución. Los magistrados que lo hagan asumen demasiado rápido el riesgo de desvelar secretos o de adelantar opinión sobre acciones u

mente militante incluso a favor de derechos reconocidos.

¹⁸ Citado por García Macho, Ricardo, *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 137.

omisiones de los asuntos bajo sus respectivas jurisdicciones. No deben incluso solicitar tal comparecencia ni tan siquiera para defenderse sobre imputaciones o críticas a su persona o a sus decisiones. Nada más lejos de la función jurisdiccional que mantener canales abiertos con periodistas afines con el objetivo de intercambiar favores informativos por una parte con notas o artículos de adhesión o de apoyo por la otra. Los jueces han de abstenerse siempre de decir o de hacer algo que ponga en entredicho su independencia e imparcialidad ante el caso concreto que les toca juzgar. Pero esta actitud con ser necesaria, no es suficiente.

Los jueces tienen un especial deber de lealtad constitucional, como lo tienen también de afianzar la confianza del ciudadano en la justicia, a la vez que han de evitar cualquier manifestación impropia de su profesión.

El síndrome del micrófono o del asalto informativo ha llevado en ocasiones a algunos jueces a situaciones desairadas, cuando no de revelación indebida de datos. Prudencia, pues, precedida de una actitud de abstención. Lo que deba y pueda comunicarse habrá de serlo por los canales usuales y, a ser posible, establecidos¹⁹.

Cuando se jura el cargo de juez se asume una serie de obligaciones para el cumplimiento de su función que excede el ámbito de la actividad estrictamente jurisdiccional y funcionarial, y que alcanza a su vida privada. No se puede ser juez únicamente de 8 horas de la mañana a 14,30 horas de la tarde. Se es juez todo el día. Esto hace que algunos de los derechos que le corresponderían al juez en tanto ciudadano pueden ser restringidos en su goce. La libertad de expresión no es una excepción.

Por ese motivo, los jueces tienen que adiestrarse en el ejercicio de la autocontención, y no únicamente respecto de las opiniones formuladas por escrito u oralmente, sino que deben practicar también la mesura en la realización de actos con fuerte contenido simbólico. Y, por lo tanto, deben ser cuidadosos con los temas que públicamente abordan, cómo lo hacen y los medios que emplean.

¹⁹ Véase López Gabaldón, José, “Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces”, *Revista del Poder Judicial, número especial XVII: Justicia, información y opinión pública*, p. 8 en la Colección Digital.

Si las formas que deben utilizar los jueces han de ser exquisitamente respetuosas, no es menos cierto que los contenidos de sus expresiones deben ser sopesados cuidadosamente. Incluso si hacen referencia a cuestiones técnico-jurídicas, ya que a veces es difícil separar lo jurídico de lo político e ideológico. Deben tener especial precaución con los medios de comunicación. En tiempos de crispación y de manifiesta rivalidad periodística-empresarial no es conveniente que el público perciba la figura del juez como formando parte de uno de los contendientes en liza.

Legislar sobre estas cuestiones no es tarea fácil. No se puede comprometer la independencia y la imparcialidad judicial. Pero esto no ha de servir de coartada para que los legisladores lleven a cabo dejación de funciones. Mientras tanto, y como una manera más de enfrentar esta situación, cabría pensar que los códigos deontológicos de la judicatura podrían indicar cuáles son las aspiraciones de excelencia, las prohibiciones más comunes y los ejemplos más significativos para que los jueces guíen sus conductas respecto del adecuado disfrute de sus derechos, incluido el de la libertad de expresión.

No hay jueces totalmente mudos, ni hay comportamientos totalmente neutros desde el punto de vista político-ideológico, por ello tal vez sería poco plausible pensar en un juez que nunca afectara en modo alguno los deberes propios de su profesión. Pero esto obliga a los jueces a un mayor ejercicio de prudencia, medida y autocontención. Los cargos implican cargas. Y pocos cargos como el de juez implican tantas cargas que no están obligados a padecer los ciudadanos comunes.

La vida privada de los jueces

1. INTRODUCCIÓN

Es habitual observar que los ciudadanos demandan para sí un ámbito de privacidad que no están dispuestos a permitir que disfruten cierto tipo de personas, especialmente si son determinados funcionarios públicos. Como ciudadanos exigen que se respete su propio derecho a la intimidad; esto es, reclaman, entre otras cosas, que no se conozcan datos sobre su vida privada, sobre su propio cuerpo, emociones, creencias morales y religiosas, o que no se interfiera en la formulación de sus planes de vida; mientras que al mismo tiempo alzan sus voces cada vez con una mayor frecuencia solicitando informaciones acerca de las actitudes individuales, las relaciones personales, los bienes y las acciones de las personas públicas, de los funcionarios, de los políticos y también de los jueces, sobre todo cuando ocupan las más altas instancias judiciales de un país¹.

La indagación sobre los aspectos personales de los funcionarios públicos es tan vieja como la propia vida política. Pero en la actualidad este tipo de práctica se ha visto aumentada debido a factores tales como la relativa indefensión en la que se encuentran los funcionarios frente a los ataques de la prensa, a la nueva forma de hacer política a través del uso de los medios de comunicación que permite que estos avances sobre ámbitos de intimidad sean cada vez mayores, a los políticos que utilizan los escándalos privados para desacreditar a sus opositores o a los jueces que los indagan y, en fin, aunque no menos importante, a la negativa a reconocer una separación tajante entre el ámbito público y el privado².

Pero no solo es un hecho empíricamente verificable que los ciudadanos piden una mayor publicidad sobre las finanzas y modos de vida de los funcionarios, sino que se sostiene incluso que, desde un punto

¹ Véase Thompson, Dennis, *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, trad. de G. Ventureira, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 185.

² Véase Dobel, Patrick, *Public Integrity*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, p. 171.

de vista normativo, así debe ser, que éstos deben resignar parte de su intimidad como una obligación impuesta por la función que desarrollan o por el cargo que ocupan, que su privacidad es del todo inferior a la de los demás.

Una de las razones que se ofrece para fundamentar esa afirmación es que dado que los funcionarios toman decisiones que afectan al conjunto de la sociedad, los individuos tienen el derecho a conocer sus competencias físicas y psicológicas, sus aptitudes personales y los rasgos más relevantes de su carácter por la influencia que ellas pudieran ejercer en tales decisiones. Tienen derecho a saber si padecen alguna enfermedad invalidante, si consumen algún tipo de drogas, si las amistades que frecuentan pueden significar un obstáculo para el desempeño de sus funciones o si su ideología afectará su juicio de un modo acusado. Tienen derecho a saber, en fin, en manos de quién están depositadas sus vidas y haciendas.

Esta exigencia de publicidad no se manifiesta con igual rigor, naturalmente, respecto de todo funcionario público. No se debe pedir idénticas informaciones a un cartero que a un ministro o que a un miembro de la Suprema Corte de Justicia. Esta diferencia en el trato se debería establecer, según Dennis Thompson, de acuerdo al grado de autoridad ejercido por el funcionario público, conforme al tipo de deberes que tiene que cumplir y por los efectos de sus decisiones³. El conocimiento del que se ha de disponer sobre ciertos aspectos personales que pueden ser muy relevantes en algunos casos puede tener nula importancia en otros. En Estados Unidos, por ejemplo, en 1976,

la confirmación de Griffin Bell como procurador general de la nación despertó duras críticas cuando se supo que era miembro de varios clubes privados donde se excluía a las mujeres y a los negros [...] Bell [...] renunció a esas instituciones, concediendo que ello era incompatible con la función de procurador general, a la que consideraba ‘un símbolo de la igualdad ante la ley’. El Secretario Cyrus Vance y el Secretario de Defensa Harold Brown también pertenecían a clubes privados discriminatorios, pero aquí no se suscitaban objeciones⁴.

³ Véase Thompson, Dennis, *La ética política ...*, op. cit. p. 188.

⁴ *Ibidem*, p. 193.

Esto mostraría que la información que se podría reclamar de un Procurador General de la Nación para evaluar su idoneidad para el cumplimiento de sus funciones no es idéntica a la que podría solicitarse de un ministro, y lo mismo vale para el resto de los funcionarios públicos.

Respecto de jueces y magistrados, advertir algunos aspectos de sus vidas privadas adquiere un valor especial en la medida en que tales funcionarios deben aplicar el derecho de una forma independiente e imparcial, y hay que asegurar que sus acciones institucionales no se vean torcidas por aspectos idiosincráticos o por sus relaciones personales o sociales.

Un ejemplo extraído de la práctica judicial española tal vez pueda ser útil para ilustrar lo afirmado. En España, los jueces se deben apartar si tienen un interés directo o indirecto en la causa. ¿Pueden las convicciones más íntimas del juez constituir una causal de apartamiento o de recusación? Creo que sí, aunque estoy dispuesto a admitir que tal respuesta no genere un consenso generalizado. Según Joan Picó i 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 asunto⁵.

En ese sentido, conocer la vida privada y las creencias de los funcionarios en general y de los jueces en particular puede contribuir a ajustar las predicciones sobre decisiones institucionales.

Por cierto, es posible pensar que determinadas actitudes personales, aunque reprensibles desde el punto de vista moral, son sin embar-

⁵ Véase Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J. Bosch, Barcelona, 1998, p. 85.

go consideradas de un modo positivo o ejercen una influencia beneficiosa cuando son asumidas por personajes públicos. No es necesario retrotraerse a Maquiavelo.

En Indonesia, la indiscriminada preocupación sexual del presidente Sukarno era objeto de admiración y no de vilipendio; quizás la demostración de su continua virilidad ratificaba también su potencia política⁶.

Algo similar ocurrió en la República Argentina respecto de la valoración que merecía el comportamiento a veces escandaloso del expresidente Carlos Menem o la indulgencia con la que se miraba los continuos escándalos amorosos de Trudeau, el ex primer ministro de Canadá. En estos tres casos, los desvaríos amorosos de dichos mandatarios, que en principio pertenecen a su ámbito privado, eran vistos como acciones de personalidades exitosas y, por lo tanto, con el carácter y la decisión necesarios para conducir las riendas políticas de sus respectivos países. No requiere ser señalado que este tipo de valoraciones depende por completo del contexto social y ético vigente.

Pero no todos estarían dispuestos a admitir que la vida privada de una persona es un elemento que ha de ser tomado en consideración para evaluar la competencia de un candidato a ocupar cargos públicos o para juzgar su profesionalidad. Hay quienes sostienen que llevar una vida poco ordenada, mantener posiciones teórica-ideológicas rígidas o extremas, o rechazar los convencionalismos sociales no es óbice para que se ejerza una función pública con probidad y acierto. Para abonar esta tesis se suele mencionar que cuando en 1987 Ronald Reagan propuso a Robert Bork como miembro de la Suprema Corte de Justicia la conmoción social que se produjo fue enorme. Bork, antiguo profesor de Yale, era bien conocido por sus severas críticas contra el derecho a la privacidad, contra la legislación a favor de los derechos civiles o contra las leyes y políticas de segregación racial en las escuelas de Washington. Se decía que, dadas las convicciones de Bork puestas de manifiesto repetidamente en numerosos trabajos científicos y académicos, no podía desarrollar adecuadamente la función para la cual había sido propuesto.

⁶ Véase Thompson, Dennis, *La ética política...*, op. cit., p. 191.

Sin embargo, en la audiencia correspondiente del Senado previa a su designación, Bork recibió la inestimable ayuda de un colega de Yale, el profesor George Priest, quien a pesar de conceder que los trabajos de Bork eran radicales e hipercríticos, afirmaba que tales trabajos y las creencias y actitudes que a ellos subyacían, no debían ser tomados como indicadores de su temperamento judicial. Priest sostenía que un profesor universitario debe asumir una posición teórica y mantenerla con firmeza, si es necesario debe extremar los argumentos con el fin de mostrar más adecuadamente las tesis en juego. Un buen profesor universitario incluso debe rechazar los argumentos de autoridad, los precedentes y la legislación y proponer nuevos criterios. Esto le exige en ocasión formular objeciones despiadadas hacia sus contrincantes. Ser capaz de dirigir ataques intelectualmente feroces, ser dogmático y radical se transforma así, según Priest, en una virtud académica. Pero esto que era propio de Bork en su comportamiento como profesor, no lo era en absoluto en su comportamiento como juez federal de apelaciones donde sus posiciones y decisiones eran meditadas, medidas y conforme a las leyes y precedentes⁷. En ese sentido, el Bork “privado” podría ser sometido a ciertas críticas políticas, morales e incluso científicas que no serían aplicables al Bork “juez”. La práctica y la moral profesional en el ejercicio de la potestad jurisdiccional servirían para frenar o excluir en los jueces los embates de su moral y de sus creencias privadas y, por lo tanto, éstas no se manifestarían relevantes en la toma de decisiones conforme a derecho. Casos como este demostrarían que es del todo innecesario conocer la vida privada de los funcionarios públicos en general y de los jueces en particular para su designación o para su control, ya que el impacto que tendría en sus respectivas actividades profesionales sería prácticamente irrelevante. Así, la probidad en la vida privada de los jueces no sería una condición necesaria para que dicten resoluciones adecuadas a derecho y moralmente aceptables.

⁷ Véase Luban, David, *Legal Modernism*, The University of Michigan Press, 1994, pp. 1 y ss. No me interesa señalar tanto aquí el vacío que pareciera existir, según Priest, entre la teoría académica y la judicial; ni tan siquiera poner de manifiesto la relativa inutilidad que la teoría jurídica tendría para la práctica judicial, sino solo mostrar que hay quienes defienden la existencia de dicotomías de creencias y actitudes en una persona que están determinadas por las diferentes funciones que cumplen. Para una acertada crítica de estas posiciones puede consultarse el trabajo de Luban citado.

Los diseños institucionales que regulan la figura de juez y su comportamiento como tal tienden a presentarlo como un agente sin demasiadas aristas individuales, a diferencia de los políticos o de otros funcionarios públicos. El uso obligatorio de la toga de alguna manera representa simbólicamente, entre otras cosas, lo superfluo de quien es efectivamente el juzgador. La toga al decir de Carnelutti, “no es un vestido de trabajo”, “invita al recogimiento”⁸, “la toga, dijo el extraordinario jurista, despersonaliza tendencialmente al juez, simboliza la exigencia de uniformidad en las actitudes y comportamientos como garantía de la objetividad e igualdad en la aplicación de la ley”⁹. La toga también protege al juzgador frente a los demás participantes en el proceso y su propio estatus procesal le sitúa en una situación de privilegio, “esta exigencia protegida y respetada termina literalmente en la puerta del edificio de tribunales; afuera el juez despierta poco la atención, aquí más bien es un hombre insignificante”¹⁰. Por estos motivos no se debería prestar mayor atención a la vida privada de los jueces.

Naturalmente, cualquier indagación sobre la vida privada y sobre las normas morales que son su sustento de los jueces y magistrados estaría admitido y tendría trascendencia únicamente si el marco institucional en el que se desarrolla la potestad de juzgar permite que dichos aspectos ejerzan influencia de un modo negativo en sus decisiones. Hay que impedir que los jueces en el proceso de interpretación y de aplicación del derecho, debido a sus caracteres idiosincráticos, tomen decisiones que dañen indebidamente a terceros o no protejan legítimamente la generación o el mantenimiento de bienes públicos. Conviene recordar que, “la prohibición de dañar al prójimo y la obligación de contribuir a la generación de bienes públicos, es decir a renunciar a comportamientos parasitarios” son dos de los principios centrales que ha de regir un Estado democrático y social de derecho¹¹.

⁸ Citado por Andrés Ibáñez, Perfecto, “El ‘velo’ de la justicia”, *Claves*, núm. 102, p. 7.

⁹ *Ibidem* p. 8.

¹⁰ Véase Lautman, Rudiger, *Sociología y jurisprudencia*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Sur, Buenos Aires, 1974, p. 90.

¹¹ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Privacidad y publicidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 14, 1999.

Pero el difícil anclaje entre independencia e imparcialidad con responsabilidad y el de la obligación de decidir conforme a derecho con la discrecionalidad hace que al menos en algunos casos el juez haga uso de su moralidad y de sus creencias personales en el momento de resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento. Esto explica, en parte, la afirmación de A. Lovegrove respecto de que “si pones a dos magistrados sentados uno junto a otro ante el mismo conjunto de hechos, las mismas circunstancias, la misma persona, pueden dictar dos sentencias enteramente diferentes”¹².

La cuestión a dilucidar ahora es qué parte de la vida privada de un juez adquiere significación cuando tiene que decidir. Este es un aspecto difícil de establecer de una manera dogmática. Previo a ello habría que definir qué se entiende por vida privada.

2. UNA NOCIÓN DE VIDA PRIVADA

La noción de vida privada genera tantos problemas que en la jurisprudencia se ha preferido en ocasiones no dar una definición precisa. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en una sentencia de 1992, sostiene que:

el Tribunal no considera posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de ‘vida privada’. Sin embargo, sería demasiado restrictivo limitar la noción a un ‘círculo interior’ en el que el individuo pueda desarrollar su propia vida personal como él elija y excluir por completo de él el mundo exterior no integrado en ese círculo. El respeto de la vida privada debe, también, englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos¹³.

Tampoco es posible ofrecer el conjunto de acciones necesarias o suficientes que constituya el ámbito de lo privado para un ciudadano particular, y tampoco es posible mencionar el conjunto de las acciones que los funcionarios deban someter al escrutinio público en razón de

¹² Citado por Garrido Marín, Eugenio, “La psicología de las sentencias judiciales en materia de delitos sexuales”, *Poder judicial*, núm. 37, p. 94.

¹³ Tedh, Nimietz C., Alemania, sentencia de 16 de septiembre de 1992. Citada por Mieres Mieres, Luis, *Intimidad personal y familiar*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 34.

su cargo. Carecemos de una teoría adecuada y confiable al respecto. Tan es así que el TEDH ha denotado con la expresión “vida privada” una serie diversa aunque no exhaustiva de intereses. Señala, por ejemplo,

la vida e identidades sexuales, la elección del propio nombre, la garantía frente al almacenamiento, registro y comunicación de datos personales o la protección frente a inmisiones nocivas y molestas de ruidos y olores en los espacios donde se desarrolla vida privada¹⁴.

A estas dificultades conceptuales hay que sumarle el peligro de que con un acto de revelación de un rasgo caracterológico o de ciertas acciones personales se comience a transitar por una pendiente resbaladiza que se sabe dónde comienza pero no dónde termina. No hay que olvidar que el juez, como cualquier otro funcionario público, es también un ciudadano y que el desvelamiento de su intimidad ha de ser lo menos invasivo posible, dejando intocadas aquellas áreas de privacidad que carecen de significación para la función pública. La cuestión se complica aún más si se piensa que defender la privacidad ante los tribunales de justicia puede tener como contrapartida un mayor conocimiento por parte del público del asunto que allí se discute dado el carácter abierto de este tipo de procesos¹⁵.

A continuación se mencionarán algunos aspectos personales de los jueces que pueden tener unos efectos directos o indirectos sobre su actividad juzgadora. Pero si estos aspectos son relevantes, entonces deberían ser conocidos por el justiciable, ya que en caso contrario situaríamos a los usuarios del servicio público de justicia en una clara situación de indefensión. Depender ya de aspectos idiosincráticos del juzgador en lugar de estar sometido a leyes claras y precisas no constituye el mejor modo de garantizar los derechos de los ciudadanos, y esto se ve agravado aún más si cabe cuando se desconoce por completo cuáles son estos aspectos.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Véase Thompson, Dennis, *La ética política...*, op. cit., p. 186.

3. EL COMPORTAMIENTO PRIVADO DE LOS JUECES

Ahora bien, no existe consenso sobre qué aspecto de la persona del juez se ha de tener conocimiento. Las informaciones que son relevantes dependen muchas veces del contexto. Por ese motivo, el listado de los aspectos caracterológicos que a continuación se ofrecerá no tiene la pretensión de exhaustividad, y ha de ser analizado, además, dentro de cada contexto particular.

1. Usualmente se sostiene que las personas tienen el derecho a mantener el control de la información sobre sus propios cuerpos, sus estados de salud y sobre los problemas físicos y síquicos que padecen. Alrededor de estos aspectos existiría una especie de coraza que impediría a los demás acceder a su conocimiento. Este es uno de los fundamentos que sustenta el secreto médico, por ejemplo. Parecería, pues, que nadie tiene el derecho a conocer el estado físico y síquico de los jueces y funcionarios en tanto que ciudadanos. Su derecho a la intimidad así se lo garantizaría.

Sin embargo, no parecería que este derecho a la privacidad triunfe siempre sobre el derecho que los ciudadanos tienen a informarse¹⁶. Se debe asegurar que tales funcionarios gozan del estado de salud suficiente como para desempeñar su misión. Con ese objetivo, los candidatos a funcionarios deben presentar los correspondientes certificados médicos de salud antes de acceder a su cargo. Esto se exige para evitar que los ciudadanos puedan ser dañados por resoluciones dictadas por personas físicas o síquicamente incompetentes.

Además, tener un conocimiento veraz sobre el estado de salud de los jueces evita interpretaciones erróneas o suspicaces que pueden llegar a erosionar el respeto por el tribunal.

Quando el juez Rehnquist se internó en 1981, los médicos se negaron a dar el nombre de la droga que le causó una reacción adversa, diciendo que era una de las que usaban para tratar su lumbago crónico. Como en reiteradas ocasiones el juez había confundido y articulado mal las palabras en el tribunal, algunos observadores (los médicos, inclusive) sospecharon que

¹⁶ Utilizaré aquí las nociones de intimidad y de privacidad como intercambiables, sin mayores precisiones.

estaba sufriendo un *delirium tremens* como síndrome de abstinencia del alcohol. Una revelación más completa hubiera evitado esta confusión¹⁷.

Otro tanto ocurre con la salud mental de las personas. Aquí la cuestión se complica un poco más si se piensa que existen diferencias entre los profesionales de la salud para definir con exactitud los parámetros de normalidad psicológica. Muchas veces los jueces suelen padecer depresiones u otras alteraciones que afectan en diversos grados su capacidad para cumplir con sus tareas. Excepto que sea el propio juez quien pida licencia por enfermedad no suelen haber mecanismos para pedir su apartamiento temporal o definitivo hasta que se han producido gravísimos daños en el justiciable. La independencia judicial suele imponer barreras a este tipo de investigaciones sobre el estado mental de los jueces.

2. Tampoco está claro cuáles son las causas que pueden provocar dichas alteraciones. A veces pueden deberse a un exceso de trabajo o de responsabilidad. Las llamadas “enfermedades profesionales” de un juez no constituyen hechos extraordinarios. En muchas ocasiones, en cambio, es un acontecimiento que en principio puede ser considerado puramente privado el que produce un cambio radical en la vida de un funcionario que afecta su capacidad de trabajo socavando su independencia e impidiéndole cumplir con su función. La pérdida de un familiar directo o el conocimiento sobre el padecimiento de una enfermedad grave e incurable puede producir este tipo de conmoción personal que afecta directamente el ejercicio de un cargo público. Este tipo de conmoción, no tiene por qué producirse necesariamente por acontecimientos negativos. Para dar un ejemplo ofrecido por la policía de los Estados Unidos, en 1885, después de haber ocupado con honestidad y provecho el puesto de senador de los Estados Unidos, Charles Jones desapareció durante dos años de las sesiones senatoriales incumpliendo todas sus funciones porque había perdido la cabeza por una rica y joven mujer, y pasó todo el tiempo en Michigan cortejándola¹⁸.

En ese sentido, los jueces, para poder juzgar con acierto, deben ser sobrios, equilibrados, pacientes, trabajadores, respetuosos, con capa-

¹⁷ *Ibidem*, p. 200.

¹⁸ Véase Dobel, Patrick, *op. cit.*, p. 185.

cidad para saber escuchar los argumentos que las partes les ofrecen en el proceso y con la habilidad suficiente como para poder superar sus propias limitaciones personales¹⁹. Pero no suelen existir mecanismos institucionales para controlar estos aspectos.

Una posible solución para conocer el estado de la salud física y mental de los jueces sería que éstos se sometieran periódicamente a exámenes clínicos y psicológicos, y a un reconocimiento médico en general. El conocimiento sobre el padecimiento de problemas de salud en el juez puede contribuir a evitar que sus decisiones dañen injustificadamente a terceros²⁰.

3. También se suele sostener que el consumo de ciertas sustancias, como el tabaco, el alcohol u otras drogas de distintos tipos puede formar parte del diseño que hacen los ciudadanos de sus respectivos planes de vida. Se suele afirmar que tal consumo no daña a terceros y que, en consecuencia no habría razón para prohibirlas. Nada habría de objetable si un ciudadano decidiera satisfacer sus preferencias por la droga. Pero el alcoholismo y la drogadicción hacen que quienes los padezcan pierdan el control sobre sí mismos y puedan tomar decisiones nocivas para terceros. Por ese motivo, quienes sufren tales adicciones deben ser apartados de su cargo. Naturalmente, para que ello sea posible hay que tomar conocimiento público primero de dicho estado. El escudo protector de la intimidad aquí simplemente no existe.

4. Las prácticas sexuales también son consideradas de un modo generalizado como un ámbito propio de la intimidad. Hay muchas cosas que el ser humano tiende a ocultar al público, curiosamente son las cosas que más placer suelen causarle, el sexo entre ellas. Según C. Schneider,

¹⁹ Para un ejemplo de las propiedades que deberían ser satisfechas por un juez, véase Mendonça, Juan Carlos, *Los mandamientos del juez*, Ediciones del autor, Asunción del Paraguay, 1986.

²⁰ La importancia de que los jueces estén en posesión de un buen estado de salud tanto desde el punto de vista físico como psicológico se pone de manifiesto con la obligación que tienen de hacerse las pruebas de aptitud antes de jurar el cargo. Pero luego se asume, curiosamente, que el resultado de esos exámenes médicos se mantienen inalterados durante la vida profesional porque no se exige que se vuelvan a practicar en ocasiones posteriores.

el comer y su eliminación, como el sexo, son actividades físicas que pertenecen al reino privado y, por lo tanto, necesitan una cubierta protectora simbólica. Los animales involucrados en tales actividades son físicamente vulnerables a un ataque, los seres humanos son vulnerables a una violación simbólica²¹.

Sin embargo, en no pocas ocasiones, comportamientos sexuales no ortodoxos o, simplemente, no aceptados por la población han sido utilizados como un arma para criticar a oponentes políticos o a jueces. Hace relativamente poco, en Argentina, un juez fue muy criticado, entre otras cosas, por asistir con frecuencia a locales homosexuales y donde se practicaba la prostitución masculina. Crítica que normalmente no se dirige a ciudadanos comunes.

La crítica a ciertas prácticas sexuales de los funcionarios por parte de la ciudadanía no se debe únicamente a un cierto sentido pacato de la población. Es común que los políticos, por ejemplo, hagan pública su sexualidad para reivindicar ciertos comportamientos que en ese momento son reprimidos o que producen marginación en quienes los practican. Ya no es inusual que personajes públicos declaren abiertamente sus preferencias sexuales como un modo de mostrar que tales preferencias no constituyen un impedimento para el ejercicio de cargos estatales. Aquí las preferencias y los comportamientos sexuales adquieren un marcado cariz público.

Cuando el presidente Clinton designó a Roberta Achtenberg como secretaria asistente de la secretaría de vivienda y desarrollo urbano, el hecho de que ella fuera abiertamente lesbiana hizo de su vida privada íntima una cuestión pública. Dado el clima político, Achtenberg y el presidente Clinton escogieron airear la cuestión con el objetivo de romper las barreras para acceder a la función pública impuestas por los prejuicios contra los homosexuales y las lesbianas que exponían su orientación sexual. Buscaban confirmar en un fórum público que un homosexual podía ser un profesional competente y eficaz y que la cuestión privada de su orientación sexual no debería ser central para tomar la decisión de despedirla, elegirla o designarla²².

²¹ Véase Schneider, C., *Shame, Exposure and Privacy*, W. Norton and Co., 1977, p. 67.

²² Véase Dobel, Patrick, *op. cit.*, p. 189.

Alguien podría sostener que cuestiones como esta tan propias de la vida política carecen de sentido en el mundo judicial. Sin embargo, no parece que así sea. Se puede pensar en el caso de una mujer que ya siendo estudiante de la facultad de derecho forme parte de las asociaciones universitarias de gays y lesbianas haciendo pública su sexualidad no heterosexual. Que en su profesión como abogada siempre hubiera defendido a colectivos lésbicos no solo en los tribunales, sino también en numerosos y diferentes foros: en la prensa escrita, a través de la televisión, impartiendo conferencias, etcétera. En todas sus manifestaciones deja constancia de su apoyo decidido hacia las asociaciones de homosexuales y a la necesidad de su reconocimiento jurídico. Y que luego de acceder al puesto de juez, tiene que decidir un asunto que trata sobre el cierre de determinados locales donde se fomenta el asociacionismo homosexual. ¿Estaría esta persona en condiciones de decidir con imparcialidad? ¿O se encuentra en la misma situación a la del juez, miembro del Opus Dei, que había vertido innumerable veces su opinión contraria al aborto y cuando tuvo que conocer un caso en virtud de su competencia fue recusado —y aceptó apartarse— según se vio con anterioridad?

Si de lo que se trata es evitar toda posibilidad de sesgo en las decisiones judiciales, de asegurar la independencia y la imparcialidad del juzgador y de garantizar los derechos de los ciudadanos, habría que estar atento a determinadas formas de comportamiento sexual de parte de los jueces que pudieran tener una influencia desproporcionada en sus fallos.

5. La situación económica de la que gozan —o sufren— las personas es un aspecto que suele ser mantenido en un clima de opacidad. Es común aceptar que el estado patrimonial de los individuos no puede ser desvelado a menos que presten su consentimiento. El secreto bancario se apoya en parte en esta afirmación. No obstante ello, en la actualidad, se pide a ciertos funcionarios, y debería extenderse a los jueces, que realicen una declaración sobre su patrimonio y situación financiera en el momento de asumir el cargo. Este tipo de declaraciones financieras deberían realizarse con periodicidad a lo largo de toda la vida profesional.

Estas declaraciones cumplirían dos objetivos básicos. En primer lugar, permitirían conocer si existen conflictos de intereses que pusie-

ran al juez en una posición de parcialidad. En segundo lugar, permitirían evaluar si sus ingresos profesionales condicen con la evolución de su patrimonio o si, por el contrario, se ha enriquecido de una manera inusual. Esta idea no es nueva, ya se practicaba en las Indias con los juicios de residencia.

Hasta aquí algunos aspectos de las vidas de las personas que no dudaríamos en sostener que pertenecen a su ámbito privado, pero en cambio tendríamos buenos argumentos para pensar que su conocimiento debería estar a disposición del público en el caso del juez debido a que tales características podrían influir en su toma de decisiones. Nadie discute que la salud física y síquica de los jueces es básica para que cumplan adecuadamente su función. Y, sin embargo, no se suelen ofrecer mecanismos para corroborar estos extremos. El alcoholismo y la drogadicción constituyen ejemplos típicos de enfermedades que producen alteraciones en el carácter con previsibles consecuencias en la actividad de juzgar. Estos aspectos no deben ocultarse bajo la excusa del derecho a la intimidad de los jueces.

También adquiere significación el conocimiento sobre la ideología y las creencias morales del juez, dado que pueden constituir elementos que tuerzan la independencia y la imparcialidad que han de regir en el ejercicio de juzgar. Es importante asimismo conocer, en ciertos supuestos, cuáles son las actitudes sexuales de los magistrados, ya que a veces superan el ámbito de lo estrictamente íntimo para formar parte del estado de cosas que merecerían ser conocidos por el público.

En todos estos casos, los rasgos personales del juez tienen un impacto directo en su labor profesional. Pero la vida privada del juez puede tener también consecuencias indirectas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Una de las razones que con mayor insistencia se aduce para exigir que los jueces lleven una vida privada ordenada es que no solo deben tomar decisiones conforme a derecho y cumplir con los demás deberes impuestos por el sistema del juez, sino que deben evitar cualquier comportamiento impropio o que tenga la apariencia de incorrección. Así parece establecerlo el Código de Conducta para los jueces en los Estados Unidos que en su Canon 2 dice: “Un juez debe evitar comportamientos impropios y la apariencia de comportamientos impropios en todas sus actividades”.

Esto se debe a que el sistema judicial se asienta en parte en la confianza que tienen depositada los ciudadanos en que los jueces tomarán decisiones imparciales, independientes y fundadas solo en derecho. Por ese motivo, deben eludir cualquier comportamiento que tienda a debilitar ese convencimiento. Este razonamiento ha permitido dictar distintas normas de carácter disciplinario para regular las actividades no oficiales de los magistrados.

La noción de comportamiento impropio o incorrecto es vaga y ambigua. Obviamente, es una noción que depende del contenido de normas morales y sociales. Lo que se considera impropio en un lugar y en un momento determinado puede no serlo en otro lugar o en una época diferente. Esto explica en parte que haciendo uso de esa noción se haya llegado a sancionar a los jueces por una serie de comportamientos muy diversos. En los Estados Unidos, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad, se ha sancionado disciplinariamente a jueces que se encontraron realizando actos sexuales dentro de un automóvil en un estacionamiento público con una mujer que no era su esposa, o a un juez que llevaba pornografía e iba acompañado de prostitutas a las fiestas de los amigos, o a un juez que realizaba viajes acompañados por señoritas con quienes aparentaba estar casado sin estarlo²³.

En otras ocasiones se prohíbe a los jueces que participen en juegos de azar o que concurran a lugares destinados a esas actividades. Los jueces no pueden ir a casinos o a hipódromos aun cuando sean meros espectadores y no realicen apuesta alguna²⁴.

A veces se ha tenido en cuenta ciertos actos privados que una persona realizó con anterioridad a su pretendido acceso a la carrera judicial para denegarle el cargo. Cuando Douglas Ginsberg fue presentado como candidato a ocupar un lugar en la Suprema Corte de los Estados Unidos por el presidente Ronald Reagan en 1987, los periodistas, sin citar fuentes, publicaron que Ginsberg había fumado marihuana repetidamente con anterioridad. Este hecho motivó el retiro de su candidatura. Quienes propugnaron tal decisión afirmaron

²³ Véase Martineau, Robert, "Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law", *University of Baltimore Law Review*, vol. 10, núm. 2, 1981, p. 241.

²⁴ La legislación argentina, por ejemplo, establece este tipo de prohibiciones.

que los jueces de la Suprema Corte no solo deben dictar sentencias conforme a derecho sino que tienen que ser un símbolo, un modelo que muestre que se ha de obedecer la ley. Y ello queda en entredicho si el público observa que el propio juez transgrede a menudo las propias normas jurídicas²⁵.

Otro tanto sucede con las descalificaciones de candidatos que han contratado personas, generalmente inmigrantes, para realizar las tareas del servicio doméstico en su domicilio particular sin darles de alta en la seguridad social, no pagándoles los salarios que corresponden o, simplemente, incumpliendo con la legislación sobre migración. O el caso de quien permanentemente comete infracciones de tráfico.

En todos estos casos se afirma que nadie debe desobedecer la ley.

Es más, las personas que ocupan ciertos tipos de cargos públicos — jueces de la Suprema Corte, Procurador General de la Nación, por ejemplo—, deben ser excepcionalmente proclives a obedecer la ley precisamente porque es la ley. Esta tendencia debe ser mayor de la que debemos esperar de otros ciudadanos y mayor de la que debemos esperar de las personas que ocupan otros cargos públicos²⁶.

El descrédito de un tribunal ante la opinión pública de su país y la desconfianza que sus sentencias producen se ha generado a veces porque sus integrantes carecen de las aptitudes intelectuales para ejercer el cargo que ocupan. Julio Nazareno, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina logró su nombramiento con el único antecedente de haber sido socio de su mentor, el ex presidente Carlos Menem. En otras ocasiones, sucesos luctuosos que acompañan a la vida particular de un juez contribuyen también a su menoscabo como juzgador. Augusto Belluscio hizo surgir dudas sobre su integridad personal cuando se supo que su ex socia y amante se suicidó arrojándose desnuda desde la ventana de un hotel de París²⁷.

No son estas todas las situaciones que implican comportamientos impropios imaginables. Los jueces deben abstenerse de mantener

²⁵ Véase Schauer, Frederick, “Can Public Figures Have Private Lives?”, *Social Philosophy*, vol. 17, núm. 2, 2000, p. 298.

²⁶ *Ibidem*, p. 299.

²⁷ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco tesis sobre la situación política en Argentina”, inédito.

“amistades peligrosas”; esto es, deben evitar relacionarse con personas del ámbito de la delincuencia, con personas muy cercanas al poder, hacer demostraciones de amistad con un alto grado de familiaridad con letrados que abogan en su tribunal, mantener relaciones íntimas con ex testigos o ex imputados en causas en las cuales intervinieron, etcétera. También deben evitar situaciones donde se vean comprometidos aparentemente su veracidad y su honestidad y su equilibrio como persona. Lo que se trata de evitar es la apariencia de parcialidad o de favoritismo la vez de mantener la confianza pública en los miembros que componen el Poder Judicial.

Naturalmente, crear normas para castigar disciplinariamente a los jueces por actividades no oficiales que socavan la confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial supone que es posible establecer una vinculación causal entre dichos estados de cosas. Pero esto, desde luego, no siempre resulta fácil. Por eso, en ocasiones, se ha debilitado tal exigencia y se ha preferido utilizar el criterio de la “persona razonable” o del “hombre medio” para determinar si un acto es impropio o mina el candor público. Y aunque se reconozca que este criterio no es del todo objetivo no hay que olvidar que es bien conocido por los propios jueces y se ha utilizado con provecho en otros contextos jurídicos como el de las indemnizaciones por daños extracontractuales²⁸.

Pero hay un peligro manifiesto en fijar la atención de un modo excesivo en la vida privada de los funcionarios. Se puede llegar a desatender, de esa manera, lo verdaderamente importante, esto es, su desempeño en la función pública. En cualquier caso, los funcionarios públicos en general y los jueces en particular necesitan mostrar que sus vidas privadas son sólidas como una forma de apoyar su integridad pública. La vida privada ofrece el apoyo social y emocional necesario para los compromisos morales que toda profesión implica y también es un reducto para que los individuos reflexionen acerca de la función pública que desempeñan. Debido a que la vida privada refuerza la imagen pública, la vida privada importa. Si esto es así, entonces el escrutinio sobre algunos aspectos de la vida privada de los jueces y de los funcionarios públicos está justificada²⁹.

²⁸ Véase Martineau, Robert, *op. cit.*, p. 243.

²⁹ Véase Dobel, Patrick, *op. cit.*, p. 171.

4. CONSIDERACIONES ADICIONALES

Existe además una razón adicional para ser un poco más exigentes respecto de los comportamientos de la vida privada de jueces y magistrados. Y es que las sentencias no únicamente tienen un valor jurídico, sino que cumplen una función simbólica: la de afirmar, promocionar y reforzar los valores que el derecho defiende.

Pero para que la sentencia cumpla esa función simbólica es necesario que se den una serie de condiciones. Una de ellas adquiere una especial relevancia para el tema que aquí se analiza y que ha sido señalado por Gerald Dworkin. Y es que si aquel que formula una crítica moral padece los mismos vicios que critica, sus observaciones, aunque sean éticamente correctas, pierden fuerza persuasiva y motivadora³⁰.

Por esa razón, los jueces han de tener un especial cuidado en no realizar aquellas acciones que serían consideradas como merecedoras de crítica moral. Si uno de los deberes impuestos por el sistema del juez es que los jueces deben abstenerse de realizar conductas que disminuyan su cargo y su función o que ofrezcan la apariencia de parcialidad o impropiedad entonces es necesario que mantengan una actitud virtuosa. Esto es, debe actuar también en su vida privada con mesura, sensatez y autocontrol.

Comencé mi exposición señalando que la intimidad de la que deberían gozar los funcionarios públicos y los jueces es inferior a la de los demás ciudadanos. En el caso de los jueces esto se debe al contexto institucional donde desarrollan su profesión, que está gobernado básicamente por la independencia, la imparcialidad y la discrecionalidad. No ocupa un lugar menos en este contexto la necesaria confianza que los ciudadanos han de tener en los jueces y en sus decisiones para que la vida jurídica en su conjunto opere adecuadamente. Espero haber mostrado que algunos aspectos personales de los jueces como la salud física o psicológica; ciertos caracteres de su personalidad como el equilibrio, la paciencia o la sobriedad; determinadas actitudes o creencias morales y una serie de estados de cosas muy diversas tienen

³⁰ Véase Dworkin, Gerald, "Morally Speaking", en Ullman-Margalit, Edna (ed.), *Reasoning Practically*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 184. Para un mayor desarrollo de este argumento puede verse mi contribución: "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en este volumen.

consecuencias directas e indirectas en el ejercicio de la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Se debe crear el diseño institucional para que el conocimiento de estos aspectos a los que tiene derecho el justiciable sea posible.

Necesitamos buenos jueces. Jueces que conozcan el entramado legal y que sean capaces de fundar bien sus sentencias. Necesitamos jueces honestos, alejados de toda corrupción económica o política. También necesitamos jueces que sean capaces de apartarse voluntariamente de una causa cuya decisión puede quedar sesgada por un prurito o un prejuicio personal. Un buen juez ha de ser consciente de los datos que conforman su propia personalidad. Sin ello, la imparcialidad difícilmente será garantizada. Sin imparcialidad no hay oportunidad para la justicia.

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?

1. INTRODUCCIÓN

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 cupiere¹. Y si nominamos juez a quien cumple la función de dichos órganos resultará que los jueces son una parte necesaria de todo sistema jurídico moderno.

La propia labor jurisdiccional y las razones que los jueces habrían de invocar en favor de sus decisiones han dependido 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.

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 comportamientos morales en su vida privada que no condicen con iguales requisitos o exigencias en 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 desarrollaran correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional.

¹ Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, especialmente capítulo V.

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 fe².

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 mejor³.

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 pretensión de reconstrucción histórica, sino más bien tratar de mostrar qué papel juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de esos dos esquemas teóricos, para concluir después dando respuesta a la pregunta acerca

² Véase Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por abogados*, trad. de Sentis Melendo et al., Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989, pp. 261-262.

³ 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. Véase Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. de Enrique Alonso, Civitas, Madrid, 1980, p. 28. 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 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 en 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 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”. Bustos Navarro, Arturo, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1962, p. 102. Agradezco a Ernesto Garzón Valdés haberme señalado este dato.

de si una mala persona —moralmente hablando— puede ser un buen juez —técnicamente hablando—.

2. 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 XVIII⁴. 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 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 de-

⁴ Véase Garriga, C. y Lorente, M., “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*, núm. 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.

bían 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 humana 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 insumían, 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 sospechas⁵.

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 apreciación⁶.

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:

⁵ Véase Kagan, Richard, *Pleitos y pleiteantes en Castilla: 1500-1700*, trad. de M. Moreno, Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

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 civil⁷.

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 justicia⁸.

De ahí que a los jueces se les exigiera poseer ciertos rasgos morales muy marcados y determinados comportamientos sociales muy estrictos. Se les compelmía 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

⁷ Véase Tomás y Valiente, Francisco, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 228-229.

⁸ Véase Garriga, C. y Lorente, M., *op. cit.*, p. 106.

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 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, etcétera⁹.

Solo 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 maritable con su legítima mujer¹⁰.

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 sig-

⁹ Por todo véase Lázaro de Dou, Ramón, *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.

¹⁰ Ejemplos citados por Kagan, Richard, *op. cit.* p. 174.

nifica 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 régimen político vigente¹¹.

El modelo jurisdiccional castellano no era así, pues, un orden de legalidad y solo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral. Aquí radica justamente su razón de ser. Traducido 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 reprochable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia¹².

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 solo 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,

¹¹ 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.

¹² Véase Garriga, C. y Lorente, M., *op. cit.*, pp. 111-112.

munida de poderes discrecionales tan amplios para decidir, no podía ser, técnicamente, un buen juez, ni tan siquiera en las apariencias¹³.

3. 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 1829¹⁴.

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

¹³ 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 depedaçando 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 tenía 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 hazia porque con aquellas cozes y puñadas ponía terror al preso y le induzia a que confessasse lo que le preguntava; invencion del diablo: y assi le vi despues perdido y menospreciado”. *Cfr.*, Francisco Tomás y Valiente, *op. 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.

¹⁴ Véase Ortells Ramos, Manuel, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 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.

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 constatarse 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 Ordenanzas¹⁵.

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”¹⁶.

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 sometimiento¹⁷.

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

¹⁵ *Ibidem*, p. 909.

¹⁶ Véase Garriga C. y Lorente, M., *op. cit.*, p. 132.

¹⁷ Véase García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, en García de Enterría, Eduardo, y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 51 y ss.

y cuya conclusión es la decisión o fallo. Obviamente, puede haber además premisas analíticas o definicionales¹⁸. 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 pruebas¹⁹.

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, 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 públicas²⁰. 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

¹⁸ Véase Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 356.

¹⁹ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2000, p. 623.

²⁰ Véase González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 189.

sin mancha” o su “celo no interrumpido”, que quedan en los textos más como elementos retóricos que como requerimientos reales”²¹.

Esta paulatina “desmoralización” 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 prevén 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 por qué 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.

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, por ejemplo, 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 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.

²¹ Véase Sainz Guerra, Juan, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Eudema, Madrid, 1992, p. 275.

4. ¿MALAS PERSONAS?

Que una mala persona pueda ser un buen juez incluso en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. 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 al 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 estos 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 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 impropias²².

²² Véase Riley, Joe, “Ethical Obligations of Judges”, *Memphis State University Law Review*, vol. 23, 1993, p. 509.

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 solo con fines pedagógicos. En todos estos casos se supondrá 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?²³

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.

²³ Véase Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 302.

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 amigos²⁴. ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?

Hay quien 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 descritas²⁵. 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 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 póker organizadas en los clubes 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 muchas 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 corresponden. 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,

²⁴ 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 Martineau, Robert, "Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law", *University of Baltimore Law Review*, vol 10, núm 2, 1981, p. 239.

²⁵ Véase Lubet, Steven, "Judicial Ethics and Private Lives", *Northwestern University Law Review*, vol. 79, núms. 5 y 6, 1985, p. 993.

pero el juez terminaba cancelando todas las deudas no sin apuros y dificultades económicas.

Comentamos *supra* que 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 actividades²⁶. 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 social 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 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,

²⁶ Véase Dromi, Roberto, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 60.

se han impuesto sanciones disciplinarias a jueces por el mero hecho de mantener una vinculación estrecha e íntima con delincuentes²⁷. 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 clubes, 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 membresía que realicen un voto de obediencia a los postulados de la organización y que antepongan este voto frente a cualquier otra obligación contractual, 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”²⁸.

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 ac-

²⁷ Véase Lubet, Steven, *op. cit.*, pp. 996-997.

²⁸ *Ibidem*, p. 998.

tos 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. Los postulados de estas asociaciones son perfectamente compatibles con los principios constitucionales. Al adherirse a los principios de esas asociaciones el juez ejecuta al mismo tiempo mandatos o permisiones constitucionales. Por ello no es de extrañar que si la figura del juez queda afectada ante un caso concreto pueda prosperar el apartamiento voluntario o la recusación. Para solucionar este tipo de casos, sería suficiente 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 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?²⁹

²⁹ Véase Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 302.

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 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 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 solo 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 mal³⁰.

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 reconocerse 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 solo 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 motivante³¹.

Las consideraciones precedentes suponen, por lo tanto, la negación de la afirmación que sostiene que incluso en un Estado de derecho, democrático, 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, sino también

³⁰ Véase, Dworkin, Gerald, "Morally Speaking", en Ullmann-Margalit, Edna (ed.), *Reasoning Practically*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 184.

³¹ *Ibidem*, p. 187.

sobre el 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 estrafulario, 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 cuándo se comienza pero no cuándo 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 Ibáñez, “no puede 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”³².

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 por qué 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 reo³³.

³² Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 262.

³³ El propio G. Dworkin parecería aceptar que el mundo de la moral se diferencia en este aspecto del ámbito jurídico.

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 ello³⁴. Y si esto es así, el argumento que exige absoluta coherencia moral entre las sentencias emitidas por los jueces y los valores personales por ellos mantenidos pierde gran parte de su plausibilidad³⁵.

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 Judicial³⁶.

³⁴ 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.

³⁵ 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. Dificilmente un juez que aborrezca la pena de muerte dicte repetidamente sentencias condenatorias en ese sentido.

³⁶ 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 democra-

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 i 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 asunto³⁷.

Pero, además, difícilmente se podría calificar a una persona que mantiene posiciones a favor de los derechos humanos como que es una “mala persona”.

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 pre-establecido 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 intérprete³⁸. Según estas tesis,

tización del país. Para un caso como el de los jueces chilenos puede consultarse: Matas, Alejandra, *El libro negro de la justicia chilena*, Planeta, Barcelona, 2000.

³⁷ Véase Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998.

³⁸ Aquí utilizo el término “interpretar” ambiguamente, para describir las normas que los legisladores dictan en los casos que ello sea posible (cuando la formula-

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 suficientes³⁹, 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”⁴⁰ para definirlos y hacerlos operativos al momento de resolver una controversia.

ción legislativa tiene solo un significado posible) y para asignar un significado a esa formulación de entre varios posibles.

³⁹ 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 Schauer, Frederick, “Can Public Figures Have Private Lives?”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 17, núm. 2, 2000, pp. 293 y ss.

⁴⁰ Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, p. 253.

- d) Además hay cuestiones 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 práctica moral como la dignidad o la autonomía de la persona⁴¹.
- 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 valoración⁴².
- 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 indudable⁴³.

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 sentencias⁴⁴. En efecto, cuando el juez

⁴¹ He tomado prestado este ejemplo de una discusión mantenida con José Juan Moreso en la *Universitat Pompeu Fabra* de Barcelona.

⁴² Véase Bulygin, Eugenio, *op. 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.

⁴³ Para un análisis en detalle del problema de las lagunas axiológicas, véase Alchourrón Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, especialmente pp. 145 y ss.

⁴⁴ Se distingue aquí claramente entre los fundamentos de las sentencias normativos y fácticos a los efectos expositivos. Sin embargo, esa distinción no es radical

evalúa la credibilidad de un medio de prueba o la atendibilidad de una prueba no siempre lo hace desde la perspectiva de la sana crítica racional, utilizando criterios que reenvían 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 apoyar de mejor manera 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”⁴⁵.

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 ideología de un juez juega un papel relevante en la presentación de los hechos que considera probados⁴⁶.

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

como bien señala Ezquiaga Ganuzas, Francisco, “*Iura Novit Curia*” y aplicación judicial del derecho, Lex Nova, Valladolid, 2000, especialmente pp. 70 y ss.

⁴⁵ Véase Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 191.

⁴⁶ Por todo, véase Ruiz-Rico, Juan José, *El sexo de sus señorías*, Temas de Hoy, Madrid, 1991.

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 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 posible⁴⁷.

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. No conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aún con sus sentencias a la moral social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales.

⁴⁷ Hay que señalar aquí que aunque se trata de una cuestión empírica, es razonable pensar que todos los jueces se enfrentarán a casos como estos más de una vez en su ejercicio profesional.

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.

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 los 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 reconsiderados.

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 aun cuando no dañan a otro deberían ser prohibidas o sancionadas. Pero una actitud tal 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 uniformes⁴⁸.

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 por su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser, de ese modo, un buen juez en sentido técnico⁴⁹.

⁴⁸ No prestaré atención aquí a las funciones simbólicas que cumplen determinadas formalidades, exigencias estéticas y vestimentas que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional.

⁴⁹ 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.

Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción de los jueces

1. INTRODUCCIÓN

Todo sistema jurídico desarrollado necesita la figura del juez, que encarne al órgano cuya misión sea resolver, de un modo pacífico, los conflictos que pudieran plantearse en la sociedad. Ahora bien, quién ha ejercido el papel de juez, cómo lo ha ejercido y en qué circunstancias lo ha hecho ha dependido por cierto de condiciones históricas. Antes del advenimiento del orden democrático, los jueces dependían directamente del gobernante e impartían justicia por delegación. La potestad jurisdiccional descansaba en el propio gobernante, personificación del Estado, quien con frecuencia la ejercía personalmente. Tal fue el caso de España. El rey era, “en efecto, en aquella época, el primer juez del reino, y no solo un órgano de la justicia, sino la justicia misma”¹. Se podría considerar, en ese sentido, a los Reyes Católicos como los últimos reyes juzgadores, aunque la justicia siga dependiendo después de la Corona y se imparta en su nombre². Pero en la Edad Moderna, con el aumento de las competencias del Estado y frente a las nuevas necesidades impuestas por el orden social comienza una rápida burocratización de los órganos jurisdiccionales.

En este contexto, no era infrecuente la venta de cargos judiciales, el torcimiento de los jueces por dádivas y compensaciones o la utilización del aparato judicial como un poderoso mecanismo político en las luchas por el poder.

En la Francia pre revolucionaria [por ejemplo] se compraba el cargo de juez. La riqueza, base socioeconómica de la clase alta, era considerada como el requisito para la formación de una elite cultural y ésta, a su vez, se consideraba como garantía de una jurisprudencia imparcial. En virtud de esta situación el estrato superior del personal judicial en los *parlements*

¹ Véase Beneyto, Juan, “La gestación de la magistratura moderna”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1953, tomo XXIII, p. 55.

² *Ibidem*, especialmente pp. 66 y ss.

se convirtió en una auténtica nobleza del cargo, con derechos legítimos y hasta hereditarios³.

Por eso no es de extrañar que el pensamiento ilustrado y los impulsos democratizadores vieran con preocupación a quienes decidían sobre las vidas y haciendas de las personas. Se suponía que estas tenían unos derechos inalienables y que había que desarrollar un diseño institucional equilibrado que garantizase el disfrute de tales derechos. Con ese objeto se propugnó lo que tradicionalmente se considera la separación de poderes, asignándoseles a los jueces un papel muy específico.

En este nuevo contexto histórico, se persiguió que los jueces guiaran su comportamiento a través de la aplicación del derecho, con independencia e imparcialidad. Se supuso que las garantías y restricciones que rodean su función y su accionar impedirían su venalidad. Nada más lejos de la realidad. Pronto se tomó conciencia de ello y hasta hubo una fuerte resistencia teórica para limitar el uso del término “soborno” solo a los jueces⁴. Hoy resulta frecuente encontrar escándalos jurídico-políticos cuyo centro de gravedad sean jueces corruptos.

Pero, dado que, por ejemplo, en España, desde 1882, fecha en que se aprobó el Código Penal y 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, tan solo tres jueces de la carrera judicial ordinaria fueron condenados por el Tribunal Supremo, dos por prevaricación y uno por malversación de caudales públicos⁵, y que en los Estados Unidos, en 200 años de justicia federal, únicamente tres fueron condenados por conducta temeraria de entre 10 *impeachment*⁶, alguien podría pensar

³ Véase Loewenstein, K., *Teoría de la constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 297.

⁴ Véase Noonan, John, *Bribes*, MacMillan Pub. Co., Nueva York, 1984, p. xx.

⁵ STS 20/02/1906; STS 08/07/1917; STS 15/03/1949; véase Montero Aroca, J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 111-112. Montero Aroca señala que este exiguo número hace referencia únicamente a sentencias condenatorias del Tribunal Supremo, y que pudiera haber algunos otros más si se tomara en consideración la jurisprudencia de las diversas Audiencias. Pero al mismo tiempo advierte que el supuesto incremento de casos aunque posible es poco probable. No abundaré sobre el error de esta última apreciación.

⁶ Véase Mikva, Abner J., “Crooked Judges and the Law”, en Stuhler, J. y Cochran, R. (eds.), *Public Morals and Private Interest*, University of Oregon Books, 1989, pp. 20-22. Respecto de los jueces estatales —no federales— el número de condenados por actos de corrupción es mucho mayor. Las razones de la abismal

que hablar de la corrupción de los jueces no deja de ser un mero ejercicio académico, sin ningún sustrato real. Los jueces serían una isla de cordura, honestidad y bastión último de los derechos del justiciable.

Naturalmente, quien afirme que los jueces constituyen, en algún momento histórico, un colectivo corrupto debe probarlo. No es la intención de este trabajo presentar los resultados de una indagación empírica al respecto. Más bien me interesa mostrar cuáles son las posibilidades que tiene un juez de corromperse, cuáles son los incentivos que tiene para hacerlo y qué consecuencias se siguen para el sistema jurídico de un comportamiento de ese tipo.

2. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Según una bien conocida ecuación de Robert Klitgaard⁷, *Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad - Responsabilidad*. Naturalmente, las condiciones expuestas en esta fórmula no han de entenderse como condiciones necesarias o suficientes para que se produzcan actos de corrupción, como tal vez pareciera pensar dicho autor, sino más bien como generadoras de un marco que ofrece fuertes incentivos para la corrupción. Si esta hipótesis se acepta, y se muestra que los jueces satisfacen las propiedades designadas en esa ecuación, habría que concluir que en su práctica profesional tienen muchos incentivos para comprometerse en actividades corruptas. A continuación se analizará brevemente cada uno de los aspectos de esta ecuación.

Respecto del monopolio. Uno de los corolarios que suele aducirse respecto de las tesis clásicas de la separación de poderes, es el cuasi monopolio de la potestad jurisdiccional que tienen los integrantes del poder judicial⁸. Así lo ha entendido la constitución española cuando en su art. 117 establece:

diferencia entre uno u otro ámbito son atribuidas por Mikva fundamentalmente, aunque no en exclusividad, al bajo salario y a la falta de responsabilidad en los nombramientos de los jueces estatales y, en un grado importante, a la poca formación ética que se imparte en las Facultades de Derecho.

⁷ Véase Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción*, trad. de E. Sierra Ochoa, Sudamericana, Buenos Aires, 1994, p. 85.

⁸ Empleo aquí la expresión “cuasi monopolio” para señalar el hecho de que dentro de los sistemas jurídicos similares al español, por ejemplo, también ejercen la

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan⁹.

Detentar el cuasi monopolio de la potestad jurisdiccional otorga a jueces y magistrados numerosas prerrogativas y un gran poder. En efecto, estos tienen la facultad de dirimir los conflictos que conocen en virtud de su competencia y de hacer ejecutar sus decisiones aun contra la oposición de los afectados a través del uso de la fuerza estatal. Este cuasi monopolio jurisdiccional se manifiesta tanto en la exclusividad como en la unidad jurisdiccional. El principio de exclusividad significa que todo posible conflicto que surja en la vida social tiene la posibilidad de ser presentado ante los tribunales, y exige que estos decidan según la ley. Naturalmente, la exclusividad se manifiesta en las fases declarativas del proceso y en las instancias ejecutorias. La unidad jurisdiccional, por otra parte, implica que la competencia para resolver las controversias jurídicas recaiga en un único cuerpo de jueces y magistrados. Y, además, que la facultad para establecer la cosa juzgada les pertenezca en exclusiva¹⁰.

Este cuasi monopolio ha sido tradicionalmente presentado como una garantía para el justiciable. Así parece entenderlo Alexis de Tocqueville cuando afirma:

es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la

potestad jurisdiccional jueces que no forman parte del Poder Judicial, como lo son los jueces militares o los parlamentarios en el ámbito de su competencia. A pesar de ello, solo prestaré atención aquí a los miembros de la clase de los jueces que pertenecen al Poder Judicial.

⁹ Concordantemente con ello, el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LO-PJ].

¹⁰ Para un análisis de las consecuencias políticas del monopolio de la potestad jurisdiccional, véase Andrés Ibáñez, Perfecto y Movilla Álvarez, Claudio, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, especialmente pp. 153 y ss.

libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan¹¹.

Esta larga cita se justifica si se piensa que argumentos similares se han utilizado para afirmar que el poder judicial es la última instancia de la salvaguarda de los derechos. “Frente al aparato del Estado, la Administración de Justicia es el refugio del ciudadano, y cuanto más oprimido se ve éste, más potencia y tolera la sociedad la figura del juez. El juez ofrece protección y por ello obtiene poder”¹².

Pero este cuasi monopolio de la potestad jurisdiccional también tiene consecuencias negativas. Una concentración de competencias tan amplias genera el control de la oferta de las últimas instancias de las soluciones a los conflictos. Un juez de instrucción, por ejemplo, puede ofrecer a un importante narcotraficante detenido acusado de introducir toneladas de drogas en el país dictar un auto de libertad provisional bajo fianza y así posibilitar que éste evada la acción de la justicia. Es obvio que el detenido puede o no aceptar. Pero lo importante es señalar que el juez oferente crea su propia demanda. Y que su fuerza cuasi monopólica le hace ocupar una posición privilegiada en la negociación del intercambio corrupto. A la inversa, supóngase ahora que es el detenido el que demanda al juez su puesta en libertad a cambio de una fuerte suma de dinero, aquí la demanda crea una oferta que solo el juez puede satisfacer, lo que le sitúa nuevamente en una posición de privilegio. Como se ha puesto de manifiesto repetidamente, una vez que el acuerdo se ha logrado puede resultar empíricamente difícil reconocer quién

¹¹ Citado por García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1974, pp. 98-99.

¹² Véase Hernández Marín, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 64.

corrompió a quién, si se está en presencia de un soborno o de una extorsión¹³.

Por otra parte, en muchas actividades, una única persona puede producir u operar eficientemente, según la magnitud del mercado y la reducida escala a la que tiene que efectuarse la producción de bienes y servicios. Lo mismo sucede en el caso estatal, con una burocracia jerárquicamente estructurada y donde únicamente una instancia de ella es la que toma la decisión pertinente. En ese contexto, el pago por los servicios irregulares del juez pueden ser considerado como un tipo de renta generado por su poder cuasi monopolístico¹⁴.

Es importante señalar que una vez que el juez ha formalizado el primer acuerdo corrupto, se abren nuevas posibilidades para que este tipo de intercambio se reproduzca en el futuro. Los colegas del narcotraficante demandarán del juez iguales servicios y éste verá en su accionar un medio para aumentar sus beneficios. Se habrá generado, pues, un mercado de corrupción que tenderá a la expansión. Pero la expansión no se producirá solo en ese sentido. Supóngase que el órgano jurisdiccional sea colegiado y que uno de sus miembros necesite del concurso de otro para alcanzar los fines perseguidos. O que se deba asegurar el resultado final a través de la participación del juez que intervendrá en la causa dado el posible recurso de revisión. En casos como éstos, de aventura compartida, el efecto expansivo de la corrupción es manifiesto¹⁵.

Además, cuando el mercado que da lugar al conflicto judicial es totalmente ilegal, como el de las drogas, los pagos potenciales a los funcionarios públicos por la protección de una posición en el mercado negro —si es monopolístico mejor— son enormes. Cuando el poder para otorgar estos servicios de protección se concentra en pocas manos, el pago por comprometerse en actividades corruptas es extremadamente elevado. Los jueces, por ejemplo, tienen el control cuasi

¹³ Para un análisis de estas cuestiones puede consultarse, Malem Seña, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.

¹⁴ Véase Dey, Harendra K., "The Genesis and Spread of Economic Corruption: A Microtheoretic Interpretation", *World Development*, vol. 17, núm. 4, 1989, pp. 504 y ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 507.

monopólico sobre la resolución de estos tipos de casos que les tocan conocer y, por lo tanto, el pago por los actos de corrupción judicial puede ser substancial¹⁶.

En contra de este tipo de razonamiento suele aducirse, a menudo, que este cuasi monopolio del poder jurisdiccional que ostenta el poder judicial en su conjunto no puede predicarse de cada uno de los integrantes del mismo. No solo regiría el principio del juez natural predeterminado por ley, lo que hace que el juez tenga pocas posibilidades de abocarse a causas de su interés que faciliten una práctica corrupta dado el sistema de turnos, sino que pueden existir hasta tres o cuatro instancias juzgadoras diferentes a las que se accede por vía de recursos ordinarios y extraordinarios. El Poder Judicial tendría un cuasi monopolio de la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, pero sus miembros cumplirían esa función en grados diversos, hecho que disminuiría notablemente su poder y, por cierto, su capacidad para ofrecer acuerdo corruptos.

Es verdad que las reglas que establecen el criterio del juez natural y la presencia de diversos recursos dificultan la existencia de una oferta monopólica por parte de cada uno de los jueces y magistrados antes de que le sea otorgada la causa, pero no la imposibilitan. Primero, porque es una práctica habitual que los abogados esperen a que esté de turno un juzgado presidido por un juez afín para presentar sus demandas. Segundo, porque en incontables ocasiones el juez de primera instancia aparece como una instancia única, sobre todo en lo que hace referencia a los hechos que servirán de base a la sentencia y que no podrán ser revisados en apelación. Al tener el monopolio sobre la determinación del hecho judicial, el juez de primera instancia limita ciertamente el conjunto de normas que son aplicables al caso y, por lo tanto, reduciendo el ámbito de discusión del tribunal superior conserva en cierta medida el monopolio de las posibles soluciones alternativas. Tercero, en ciertas circunstancias los tribunales superiores se abocan al conocimiento de la causa por el procedimiento *per saltum*, reservándose para sí el monopolio juzgador. Por otra parte, la exis-

¹⁶ Véase Benson, Bruce, "Corruption in Law Enforcement: One Consequence of 'The Tragedy of the Commons' Arising with Public Allocation Processes", *International Review of Law and Economics*, vol. 8, 1988, p. 79.

tencia de recursos suele ser ineficaz para evitar una oferta monopólica de la potestad jurisdiccional. Si un juez instructor decreta una libertad condicional y el procesado huye de la acción de la justicia de nada sirve que su decisión pueda ser revocada por la instancia superior. El pacto corrupto habría alcanzado ya todos sus objetivos.

Naturalmente, la validez de estas consideraciones dependerá de las facilidades que el sistema jurídico ofrezca al respecto. Pero siempre un juez tendrá el monopolio sobre algún tipo de decisiones jurisdiccionales en algún momento del proceso.

Respecto de la discrecionalidad. Los jueces y magistrados también gozan de una gran discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Esta discreción se advierte no únicamente en las decisiones finales o últimas, sino también en cada paso procesal. Y, por cierto, se manifiesta tanto en sus acciones como en sus omisiones. Además, la discreción judicial no se limita a las elecciones sobre cuestiones sustantivas, se extiende a los métodos seguidos, a aspectos formales y procesales y a otros factores subsidiarios¹⁷.

Ahora bien, el término “discreción” se usa en diversos sentidos para hacer referencia a varios contextos diferentes. En primer lugar, se dice que un órgano tiene discreción cuando sus decisiones no son pasibles de ser controladas o revisadas por ningún otro organismo. La discreción aquí se entiende como definitividad. En segundo lugar, la discreción denota la capacidad que tiene quien ocupa un determinado cargo para tomar decisiones dentro de un abanico de posibilidades legalmente establecidos. Y, finalmente, un tercer contexto de discrecionalidad existe cuando el decisor carece de parámetro legal que le guíe al tomar una decisión.

Resulta obvio que cada sistema jurídico concreto aceptará alguna de —o todas— estas formas de discrecionalidad. A los efectos de este trabajo, me limitaré a señalar, de forma un tanto dogmática, que en sistemas como los nuestros los jueces y magistrados participan, según los casos, en todos estos sentidos de discrecionalidad y que obtienen su poder discrecional fundamentalmente por delegación legislativa y por las especiales características del lenguaje jurídico. Cuando la ley

¹⁷ Véase Culp Davis, Kenneth, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1969, p. 4.

autoriza a un juez a graduar las penas en una sentencia condenatoria le otorga un importante poder discrecional. Y goza también de ese poder cuando se ve abocado a la interpretación de normas que son vagas y ambiguas. En este marco, los tribunales utilizan su discrecionalidad para la determinación, dotada de autoridad, de los significados específicos que las formulaciones normativas tienen para el caso concreto.

Si esta forma de caracterizar la discreción se aceptara, resultaría de imposible eliminación en un sistema jurídico complejo cuyas disposiciones fueran formuladas en un lenguaje natural y donde en algún punto habría que terminar con el conflicto jurídico. Es por eso que se puede afirmar que “ningún gobierno ha sido nunca un gobierno de ley y no de hombres en el sentido de eliminar todo poder discrecional. Todo gobierno ha sido siempre *un gobierno de leyes y de hombres*”¹⁸. Pero la discrecionalidad judicial no aparece únicamente como un dato ineludible del mundo jurídico sino que, además, no son pocos los que valoran positivamente el hecho de que los jueces posean cierto grado de discrecionalidad.

Un sistema de reglas sin discreción no permite adecuar los resultados legislativos perseguidos a los hechos y circunstancias de cada caso particular. De ese modo, la discreción podría justificarse sobre la base de la necesidad de una justicia individualizada, y se transformaría en una de las principales fuentes de creatividad en el ámbito de lo jurídico. Por otra parte, la discrecionalidad evitaría que leyes inadecuadas provocaran efectos no queridos, y permitiría que los jueces se acercaran a los problemas que les toca conocer desde estándares políticos, sociales y morales vigentes en la comunidad¹⁹.

Pero la discreción judicial no solo genera efectos positivos, encierra también numerosos peligros. Si un juez tiene una discreción amplia en la aplicación de la ley y en la función de fijar los méritos de los hechos objeto del proceso podría entonces solucionar un caso de un modo y de una manera diferente otro caso manifestamente similar. Cualquier persona estaría a su merced, pudiendo ser beneficiada o perjudicada de un modo sustancialmente desigual. Además, un ejercicio marcadamente discrecional en la interpretación y aplicación de

¹⁸ *Ibidem*, p. 17, en cursivas en el original; concordantemente, pp. 216-217.

¹⁹ *Idem*.

la ley introduce falta de certeza acerca de cuáles son las normas del sistema jurídico, socavando su eficacia y disminuyendo su utilidad²⁰. Se rompe el principio de igualdad, y aun cuando se admita que no hay ninguna relación necesaria entre discrecionalidad y arbitrariedad, cuando más amplios son los poderes discrecionales mayor es el peligro de arbitrariedades.

Y al margen del perjuicio que se pudiera causar en el caso concreto por el uso discrecional de la potestad de juzgar, se produce una especie de amenaza genérica acerca de su posible uso futuro sobre el justiciable. Sobre todo cuando el precedente versa sobre asuntos con connotaciones políticas o morales importantes. Y aunque esa amenaza nunca llegue a materializarse, ejerce una influencia dañina en las personas que podrían considerarse como víctimas potenciales, afectando las prácticas sociales de una sociedad pluralista y abierta²¹. Su efecto conservador es manifiesto.

Cuasi monopolio del poder jurisdiccional más discrecionalidad constituyen, pues, un binomio de difícil separación en la labor de jueces y magistrados que generan amplios incentivos para la realización de prácticas corruptas.

Respecto de la responsabilidad. La responsabilidad de los jueces ha sido presentada como un elemento necesario para imponerles límites que eviten un uso arbitrario de su poder. Una persona o un organismo es responsable cuando tiene que “rendir cuentas”; o expresado en otros términos, cuando debe explicar y justificar sus acciones. Esto es lo que subyace a la exigencia de que el juez deba fundar sus decisiones, es decir, deba mencionar las consideraciones de hecho y de derecho que las fundamentan. Es más, su responsabilidad sería una garantía efectiva para el correcto funcionamiento de la administración de justicia y de los derechos del ciudadano. Este sentido de la responsabilidad cobra mayor importancia, si esto es posible, en una

²⁰ Véase Ingram, Peter, “Procedural Equality”, en Guest S. y Milne. A. (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*, Franz S. Verlag, Stuttgart, 1985, p. 47.

²¹ Véase Traynor, Roger, “Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *The Hasting Law Journal*, vol. 28, enero de 1977, pp. 550 y ss.

democracia, porque como tradicionalmente se ha señalado, una de las características de toda instancia democrática es su responsabilidad²².

Pero la idea de la responsabilidad judicial se afianza también mediante un sistema de medidas punitivas. El juez debe hacer frente a sanciones por incumplimiento de sus deberes. En este sentido, la responsabilidad de los jueces, dependiendo por cierto de cada sistema jurídico particular, puede ser de carácter civil, penal o disciplinaria. Estas tres formas de responsabilidad pueden operar disyuntiva o conjuntamente según el caso del cual se trate. Respecto de la responsabilidad civil de jueces y magistrados, al menos en España, el comentario más generalizado de la doctrina es que constituye una de las más grandes mentiras de nuestra cultura jurídica-política. A pesar de su existencia legislativa, de hecho no ha jugado históricamente ningún papel, y hasta se ha llegado a proponer su supresión²³. La responsabilidad civil del juez, considerada como un mecanismo de resarcimiento de daños, por otra parte, dado que la garantía de resarcimiento es ofrecida por el Estado, adquiere una importancia muy secundaria.

En cuanto a la responsabilidad penal, el juez debe responder por la posible comisión de una serie de delitos que van desde el no cumplimiento del deber de prestación jurisdiccional al cohecho, pasando por la malversación y la prevaricación. Común a la aplicación de todas estas figuras, en un contexto de actividad corrupta, es la instrumentalización del cargo para lograr un beneficio para sí o para otros. Lo que en estos casos se intenta proteger no es ya el deber de probidad de jueces y magistrados, sino el correcto funcionamiento de la administración de justicia y el respeto al principio de imparcialidad u objetividad.

Pero aun cuando los supuestos delictuales cometidos por los jueces pudieran multiplicarse y recibir sanción legislativa siempre quedaría pendiente el complicado problema de la prueba. Esto ya fue advertido

²² Naturalmente, la responsabilidad de los jueces no nace con la democracia, ni se limita a su sistema político. Baste recordar, por ejemplo, la responsabilidad judicial establecida por el Fuero Juzgo o el Juicio de Residencia. Véase Almagro Nosete, José, *Responsabilidad judicial*, El Almendro, Córdoba, 1984, especialmente pp. 13 y ss.

²³ Véase Díez-Picazo, Ignacio, *Poder judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, pp. 13 y ss.

en distintas sentencias del Tribunal Supremo español, donde se llega a afirmar que en el cohecho cometido por jueces, debido a su dificultad probatoria, existe “en la práctica un muy grave efecto de impunidad o cuasi impunidad”²⁴. De todos modos, afirma Almagro Nosete,

ocurre que estos delitos son más bien en algunos supuestos, reliquias históricas o piezas de adorno en los códigos penales, que cumplen en todo caso una función de catarsis social pues estas conductas, en sus formas graves, son realmente difíciles que se pueden producir en la práctica y más complejo aun que puedan probarse²⁵.

La dificultad de la prueba explica solo parcialmente que:

un largo servicio en la justicia federal por parte de jueces extraordinariamente corruptos —durante 25 años David; 21 años Johnson; 23 años Manton— proclamaron la compatibilidad del honor público y del cargo judicial con la práctica secreta del soborno. Colegas cercanos no habían visto nada malo. Los colegios de abogados locales eran tan indiferentes al problema que no siguieron investigando a los abogados que habían asegurado el pago de sobornos en foros no judiciales bien documentados²⁶.

Por otra parte, los abogados, quienes por su especial tarea profesional deberían estar interesados en el control de la actividad jurisdiccional, son a menudo los representantes de intereses poderosos y partícipes necesarios en los delitos de corrupción judicial. Y no es inusual que prefieran tratar de enmendar una sentencia dictada con motivo de una prevaricación o cohecho a través de los recursos pertinentes —si los hubiera y fuera posible— que embarcarse en una ardua tarea de denuncia y de prueba de esos delitos que puede suponerle la animadversión de todo el juzgado o de otros jueces con el consabido perjuicio para causas futuras. La complicidad entre jueces y abogados, por otra parte, siempre ha existido, fue una práctica habitual, por ejemplo, a finales del imperio romano. Amiano Marcelino ha dejado testimonios más que sobrados:

de los abusos de un sistema judicial que permitía la connivencia de jueces y abogados que de mutuo acuerdo se abrían camino a honores y riqueza, vendiendo los intereses de los más humildes a cortesanos y

²⁴ STS, 15 de julio de 1988.

²⁵ Véase Almagro Nosete, José, *op. cit.* p. 91.

²⁶ Véase Noonan, J., *Bribes*, MacMillan Pub. Co., Nueva York, 1984, p. 575.

altos oficiales, y en el que los tribunales en vez de garantizar los derechos mediante los debidos procesos, se convertían fácilmente en instrumentos abusivos de poder²⁷.

Si la responsabilidad civil de jueces y magistrados es de hecho nima, la penal no lo es menos.

En cuanto a las sanciones disciplinarias por actos de corrupción valen también las mismas prevenciones que respecto de las penales. Es más, para imponer sanciones disciplinarias —se hace referencia aquí exclusivamente a supuestos de corrupción— se suele exigir, como lo hace el art. 415 de la LOPJ, que no se dictará resolución —disciplinaria— hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal, y que la declaración de hechos probados en sede penal vincula a la autoridad disciplinaria. Si hay dificultad para imponer sanciones penales por actos de corrupción también lo habrá para imponer por esas mismas causas sanciones disciplinarias.

La imposición de sanciones por un ejercicio intencionalmente desviado del poder jurisdiccional se ve debilitado, además, por otros factores importantes. El primero de ellos es el carácter corporativo que adquiere la organización judicial. La burocratización del aparato judicial fue necesaria para la modernización de la justicia, pero ha generado a su vez una rígida estructura de verticalidad y de solidaridad entre sus miembros. Esto hace que los propios jueces sean renuentes a investigar, juzgar y condenar, en su caso, a sus propios compañeros. Temen que si lo hacen pudiera haber alguna represalia profesional sobre ellos. También temen que si hacen público ciertos casos de corrupción, la polución generada termine contaminando a la luz de la consideración de los ciudadanos a todo el colectivo. Por esa razón, los escasísimos jueces corruptos condenados tienden a ser considerados como “manzanas podridas”, individuos indecentes que se desarrollan o enquistan en un colectivo de personas honestas.

Por cierto, la perspectiva de la “manzana podrida” pone el acento en las características personales de los agentes corruptos. Trata de explicar por qué un individuo se corrompe y otro no. Y al llamar la

²⁷ Véase Carrasco Serrano, G., “Justicia y poder en Amiano Marcelino”, *Hispania Antiqua*, vol. XVI, 1992, p. 371.

atención sobre la culpabilidad individual deja a salvo las instituciones. Pero este procedimiento a veces implica recorrer el camino más fácil.

Acceptar este tipo de explicación es ignorar las preguntas más difíciles acerca de las imperfecciones de nuestras leyes e instituciones o sobre los problemas básicos y las contradicciones dentro de nuestra experiencia colectiva en el gobierno democrático. El punto de vista personalista es típicamente un ejercicio para inculpar a las personas, no para explicar los procesos políticos y frecuentemente poco nos dice acerca de los problemas básicos de la corrupción²⁸.

Tal vez más que respecto de cualquier otro funcionario público, las tesis de la “manzana podrida” hayan sido utilizadas para justificar, y no únicamente explicar, un sistema judicial con fuertes incentivos para la corrupción. Y explica también en parte por qué hay tan pocas sentencias condenatorias de jueces corruptos.

El panorama hasta aquí sucintamente presentado muestra que están dadas las condiciones para que los jueces se corrompan. Poseen el cuasi monopolio de una actividad que distribuye cargas y beneficios en los casos particulares que competencialmente conocen y una amplia discrecionalidad a lo largo del proceso que se manifiesta fundamentalmente en la interpretación de la ley y en la valoración de los hechos. Si se acepta la fórmula de Klitgaard, solo una fuerte responsabilidad podría reducir los incentivos para su corrupción, pero la responsabilidad civil, penal o disciplinaria ha jugado, ya sea por la dificultad de la prueba, la engorrosidad del proceso o la connivencia de otros operadores jurídicos, un escaso papel en la práctica. Y aunque se pudieran establecer controles más rigurosos de la actividad jurisdiccional permanecería abierto su compatibilidad con la independencia judicial.

Parecería entonces que el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un terreno abonado para el desarrollo de prácticas corruptas, cuyas consecuencias más negativas se analizarán a continuación.

²⁸ Véase Johnston, Michael, *Political Corruption and Public Policy in America*, Brooks/Cole Pub. Co., Monterrey, California, 1982, p. 13.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CORRUPCIÓN DE LOS JUECES

La cuestión a dilucidar ahora es cuáles son los efectos que produce la corrupción de los jueces sobre el sistema jurídico en su conjunto y sobre la cultura jurídica de los ciudadanos que la padecen. Algunos de estos nocivos efectos serían los siguientes.

1. Como ya se ha señalado, la democracia funciona como un sistema de controles y contrapesos, uno de cuyos mecanismos consiste en que las decisiones político-administrativas deben someterse al escrutinio del poder judicial. Y no solo respecto del principio de legalidad en sentido estricto, sino también respecto de su control material de constitucionalidad. Pero en ocasiones, el poder ejecutivo, amparado, en algunos casos, en una amplia mayoría legislativa, ejerce presión sobre las más altas instancias judiciales o nombra directamente a parte de sus miembros con el fin de que ese control se relaje y posibilite una actividad política libre de trabas que podría rayar la ilegalidad o la inconstitucionalidad. A cambio, ofrece ventajas económicas, políticas o de cualquier otro tipo —de hecho, en estas circunstancias, la designación como juez o magistrado constituye ya un beneficio—. Esto es lo que sucedió en los Estados Unidos cuando Roosevelt amenazó a la Suprema Corte con modificar su número si no permitía sus políticas del *New Deal* y en la Argentina cuando el ex presidente Carlos Menem amplió el número de miembros de la Corte Suprema con el fin de obtener un poder judicial más obsecuente a sus necesidades²⁹. En ambos casos, la ampliación numérica de los miembros de las Cortes respectivas estaba legal y constitucionalmente permitida. Sin embargo, no cabe duda de que en ambos casos se está en presencia de actos de corrupción política, ya que los jueces aceptaron debilitar los criterios de control político violando los deberes inherentes a su cargo, lo que denota poco —o nulo— respeto hacia las reglas de la democracia por parte de quienes participaron en esos acuerdos. La falta de control estricto de las actividades del ejecutivo por parte de las más altas instancias del poder judicial en la Argentina, y su abierta complicidad en algunas causas, produjo que en la década de 1990 se llevaran a cabo procesos de privatizaciones irregulares que tuvieron un fuerte

²⁹ Se hizo referencia a estos ejemplos con anterioridad.

impacto negativo desde el punto de vista económico, político, social y jurídico³⁰. En casos como esos, la independencia entendida como insularidad política y la imparcialidad que deben regir la actividad judicial quedan destruidas y el poder ejecutivo tiene el camino allanado hacia la arbitrariedad y la injusticia.

2. El derecho funciona, además, como un sistema de seguridad. Todo derecho tiene por objeto restringir —normativamente— el ámbito de las acciones posibles de ser realizadas. En ese sentido, el derecho, por el mero hecho de serlo, constituye un sistema de seguridad. Y opera como un sistema de seguridad en dos vertientes diferentes.

En la primera, que responde a la seguridad *stricto sensu*, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad³¹.

Pero la corrupción de los jueces resquebraja este sistema de seguridad tanto objetiva como subjetivamente. En el primer caso porque pone al justiciable en una situación manifiesta de riesgo al hacer depender el ejercicio de los derechos de los ciudadanos no ya de un sistema de reglas aplicado con criterios de igualdad sino del arbitrio del juez corrupto. En el segundo caso porque en un contexto de arbitrariedad judicial la predecibilidad de las consecuencias que pudieran acarrear las acciones propias sería prácticamente imposible o al

³⁰ Para un análisis de cómo el gobierno de Carlos Menem construyó una Corte Suprema afín, véase Verbistky, Horacio, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993. Para un examen de cómo los procesos privatizadores generan marcos adecuados para la corrupción, con particular atención a tales procesos en Argentina, véase Malem Seña, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 139 y ss.

³¹ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 21.

menos con un alto porcentaje de incertidumbre. La corrupción de los jueces hace que la seguridad jurídica sea un puro espejismo.

3. La corrupción de los jueces —política o de otro tipo— no solo supone un nivel de indefensión y de inseguridad para los ciudadanos que se ven sometidos concretamente a su jurisdicción, sino que la arbitrariedad que envuelve todo acto de corrupción judicial pende como una amenaza potencial que pudiera eventualmente ser ejecutada en el futuro contra cualquiera. Y como las decisiones judiciales son decisiones definitivas porque no pueden ser revocadas por ningún otro poder estatal sus efectos son menos subsanables, aun si cabe. Como el ciudadano no puede acudir a otro nivel estatal en busca de auxilio y apoyo, la percepción de debilidad y vulnerabilidad que genera tal corrupción en el conjunto de la población no es comparable a la corrupción de otro órgano o poder estatal. El ciudadano descreerá de la justicia y buscará solucionar sus conflictos por medios no siempre legales, con el consabido impacto que ello tiene en la convivencia social.

4. Por otra parte, los jueces deben dictar sentencia basándose en el sistema de fuentes establecido. Deben hacerlo, además, por las razones establecidas por ese sistema. Pero cuando se toman decisiones afectadas por el trato corrupto, las normas que se aplican no pertenecen al sistema de fuentes o no responden a las razones impuestas por él.

Todo sistema jurídico admite que cierto número de decisiones judiciales se tomen atendiendo a intereses espurios. Ello no afectaría la validez ni la vigencia general de las normas jurídicas. Pero existe un límite —ambiguo— de lo tolerable.

Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites alguno a sus decisiones. Si la mayoría de sus fallos tuvieran ese carácter y fueran aceptados, ello impondría una transformación del sistema³².

Si tal fuera el caso, el potencial destructivo de la corrupción, política o económica, habría quedado demostrada.

³² Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 181.

5. Cuando la corrupción interesa, por otra parte, a los miembros de los tribunales superiores, el impacto que su accionar puede llegar a tener en los tribunales inferiores es gravísimo, según sea la fuerza del precedente de los más altos magistrados, los tipos de recursos para llegar a ellos y el peso que su opinión tenga sobre el sistema de ascensos en la carrera judicial. En efecto, los jueces que ocupan una posición inferior tenderán a dictar resoluciones conforme a los criterios de sus superiores con el objeto de no ver casadas sus sentencias y para no ser señalados, en consecuencia, como un elemento “disonante” del *statu quo*. También lo harán si presienten que su estabilidad profesional peligra o si piensan que una oposición a los jueces corruptos puede significarle un estancamiento en su carrera, la no promoción personal o incluso si puede acarrearles problemas disciplinarios. Se pierde de ese modo independencia funcional, la autonomía del juez es eliminada o restringida en grado sumo y desaparece la imparcialidad.

4. CONCLUSIONES

Hasta aquí se ha tomado como punto de partida para el análisis de la corrupción de los miembros del poder judicial la ecuación formulada por Klitgaard con un sentido algo modificado. Se ha señalado que el monopolio que tienen los jueces para ejercer la potestad jurisdiccional sumado a la discreción con que interpretan y aplican la ley constituye un marco de actuación potencialmente muy peligrosa, porque crea un ambiente propicio, entre otras cosas, para que los jueces se corrompan. Que la discreción judicial favorece la corrupción no es nada nuevo, ya lo sabían los incas, como recuerda Ernesto Garzón Valdés,

decían que dando licencia al juez para poder arbitrar, disminuían la majestad de la ley... y que era hacer venales los jueces y abrirles puerta para que, o por cohechos o por ruegos, pudiesen comprarles la justicia, de donde nacería grandísima confusión en la república, porque cada juez haría lo que quisiese³³.

³³ Véase De la Vega, Garcilaso, *Comentarios reales de los incas*, vol. 2., Biblioteca Ayacucho, Caracas, vol. 1, p. 87, citado por Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en Laporta, F. y Álvarez, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 53-54.

La cuestión se complica, aún más, si se piensa que al debilitar el monopolio del ejercicio de juzgar de los jueces se corre el riesgo de atentar contra los derechos de los ciudadanos y el sistema democrático en su conjunto. Por otra parte, tampoco parece subsanable el hecho de que las disposiciones jurídicas deban ser formuladas en lenguajes naturales y que, por lo tanto, los jueces deban decidir su significado para el caso concreto. Se abre la vía así para que el juzgador actúe discrecionalmente en diversos grados. Y como los conflictos jurídicos han de terminar en algún punto tampoco parece razonable pensar que se ha de renunciar a que los jueces sean la instancia que resuelva los contenciosos planteados de forma última o definitiva.

La responsabilidad de los jueces ha sido establecida en los sistemas jurídicos como un elemento de control sobre su actividad. La obligación que tienen de fundar en derecho sus sentencias se explica en parte por la desconfianza que el ejercicio de la potestad jurisdiccional despierta en los sistemas liberales dado el poder que los magistrados habían atesorado en el antiguo régimen. Pero como ya se ha mostrado, la responsabilidad de los jueces en sus tres niveles, civil, penal y disciplinario no deja de ser muchas veces un remedio puramente retórico para evitar casos de corrupción judicial. Y no parece que un endurecimiento de las penas, o medidas similares, puedan aumentar realmente dichas responsabilidades. Quedarán pendientes los problemas probatorios y una cierta reticencia para indagar en un colectivo con fuertes intereses corporativos. Y no hay que olvidar que cualquier sistema punitivo que se diseñe al respecto ha de ser cuidadoso de no interferir con la independencia y la imparcialidad de los jueces.

Pareciera, pues, que no resulta fácil salir de un esquema que tanto posibilita la actividad corrupta de los jueces. Cuando los jueces se corrompen, las consecuencias que producen son desgraciadas tanto respecto de los derechos de las partes directamente afectadas por sentencias torticeras como sobre la cultura jurídica en general. La independencia y la imparcialidad que deben regir la actuación de los jueces quedan destruidas y se camina inexorablemente hacia la arbitrariedad. Que los jueces sean la instancia definitiva no hace sino agregar una mayor gravedad al caso.

Que el esquema institucional ofrezca fuertes incentivos para que jueces y magistrados se corrompan no implica que estos lo hagan. La

corrupción es, en última instancia, un problema moral. Y la decisión de corromperse no es un mero cálculo de ejercicio prudencial, es una cuestión de principios. Por esa razón, el juez debe ser más sabio que ingenioso, más respetable que simpático y popular, y más circunspecto que presuntuoso. Pero ante todo debe ser íntegro, siendo ésta para él una virtud principal, y la calidad propia de su oficio³⁴.

³⁴ Véase Bacon, F., *Ensayos sobre moral y política*, trad. de A. Roda Rivas, Ed. Lautaro, Buenos Aires, 1946, p. 257.

Nota curricular del autor

Nacido en Córdoba, Argentina, en 1949. De nacionalidad española. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra desde 2009. Autor de los libros: *Concepto y justificación de la desobediencia civil* (Barcelona 1988; 2ª ed. 1990); *Estudios de ética jurídica* (México, 1996; 2ª ed. 2000); *Globalización, comercio internacional y corrupción* (Barcelona, 2000); *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* (Barcelona, 2002); *Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione* (Milán, 2004); *El error judicial y la formación de los jueces* (Barcelona, 2008), y *La profesionalidad judicial* (México, 2010). Coautor del libro *El error judicial* (Madrid, 2009), junto a Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez; y compilador de la obra *La función judicial. Ética y democracia* (Barcelona, 2003), junto a Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez. Ha escrito más de medio centenar de artículos y capítulos de libro sobre temas de teoría y filosofía del derecho, filosofía moral y teoría política. Ha impartido conferencias, comunicaciones y ponencias en distintas universidades e instituciones de América Latina y Europa, principalmente Argentina, Colombia, España y México. Es Director de la colección “Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos” y Co-director, junto a Ernesto Garzón Valdés, de la colección “Derecho/Filosofía del derecho”; editadas ambas por Gedisa.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx