

La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

El control ideal de la actividad judicial exigiría que el juez diera cuenta del razonamiento que sigue para llegar a la decisión y de la limitación de medios que le impiden afinar el sentido de la misma. La motivación de la decisión atiende preferentemente a los argumentos. No es una motivación de las condiciones reales de la decisión. La confianza social se preserva ocultando las deficiencias del funcionamiento del sistema judicial. Esto provoca una contradicción entre el modelo de hombre inteligente y virtuoso que toma como referencia el juez para determinar la rectitud de su decisión y el modelo de hombre medio, susceptible de manipulación por falta de información, que toma como referencia a la hora de asegurar la credibilidad del sistema.

Palabras clave: *Juez, imperio de la ley, discrecionalidad, credibilidad social, deber moral.*

ABSTRACT

The best control over judicial activity would demand that the judge make explicit the line of reasoning used to come to the decision and the limitations encountered, and acting as obstacles to a greater explanation of the sense of the same. The motivation for any decision is dictated, first and foremost, by the arguments presented for the same. It is not a motivation which describes

the real conditions of the decision. Credibility is maintained by hiding the deficiencies in the functioning of the judicial system. This produces a contradiction between the model of the intelligent and virtuous person which is taken as a reference by the judge when determining justice of his/her decision, and the model of the average person who may be susceptible to manipulation due to lack of information, which is taken as a reference when ensuring the credibility of the system.

Key words: *Judge, law's empire, discretion, social credibility, moral duty.*

SUMARIO: I. EL MARCO TEÓRICO DE LA ÉTICA JUDICIAL.—II. LOS BIENES SOCIALES IMPLICADOS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL.—III. EL IMPERIO DE LA LEY EN ENTREDICHO.—IV. CREDIBILIDAD JUDICIAL Y MORALES SUPERPUESTAS.

I. EL MARCO TEÓRICO DE LA ÉTICA JUDICIAL

La doctrina científica muestra en los últimos tiempos un interés indiscutible por las cuestiones de ética judicial. Ese interés se explica en gran parte por el cambio de modelo de juez vigente. Las tesis del silogismo que veían en la función judicial una actividad mecánica de enlazamiento automático entre los hechos sometidos al juez y las consecuencias legales dispuestas para ellos no pueden reflejar el proceso complejo que culmina en la sentencia. En realidad, es un modelo que nunca ha podido realizarse plenamente. La naturaleza humana, los sentimientos, valores y caracteres personales del juez no han dejado de influir nunca en el contenido de sus decisiones. Aunque esa influencia le haya quedado ocultada al mismo juez en un contexto doctrinal de sacralización de la ley positiva como respuesta omnipotente a cualquier problema de la vida social. Lo que ha cambiado no es la función del juez, que siempre ha dejado su huella personal en su actuar profesional, sino la percepción de esa misma función. No es lo que hace el juez sino lo que los juristas en general, y él mismo en particular, entienden que hace el juez. La decadencia de las doctrinas realistas no ha impedido una cierta pervivencia, matizada evidentemente en sus aspectos más radicales, de algunas de las consideraciones expresadas por las tesis del escepticismo de los hechos y de las normas jurídicas.

La insuficiencia del método tradicional resulta particularmente evidente en una sociedad en continua transformación en la que la hiperactividad del legislador no puede ni mucho menos dar una solución *ad hoc* a cada uno de los nuevos problemas planteados. El juez se ve obligado continuamente a justificar su decisión con argumentos que van más allá de la letra de la ley, tomando un protagonismo direc-

to en las distintas respuestas jurídicas. La positivación constitucional de los valores y principios que se entiende que han de dirigir su actuación le ofrece un motivo perfecto para entender ajustada a derecho su decisión, pero no le libra de la necesidad de dotar de significado en su aplicación individualizada a los valores y principios reconocidos. En esa labor resulta particularmente evidente la función creadora del juez. La diversidad social e ideológica de los miembros de la carrera judicial¹ hace tanto más imprevisible el sentido final de la decisión afianzando la necesidad de mecanismos de control que garanticen una cierta seguridad, que sólo puede ser probabilista, a los destinatarios del derecho². Puede decirse que en este sentido la Constitución extiende el «acta de defunción» del modelo de juez tradicional³.

Los planteamientos de ética judicial en el modelo tradicional no tenían prácticamente sentido. El único deber que tenía el juez era aplicar la ley, que se entendía que reflejaba el ideal superior de justicia. Era indiferente el juez que fuera llamado a resolver una cuestión. El carácter despersonalizado de su intervención en el proceso que conduce a la sentencia le convertía en un «sujeto realmente fungible»⁴. Preguntarnos por los rasgos particulares que debiera tener la personalidad del juez para que éste pueda llevar a cabo de mejor manera su función es absurdo si la personalidad no se vierte de ningún modo y en ninguna medida en la sentencia judicial.

Al juez le basta el conocimiento del derecho para asegurar su aplicación a unos casos que se entienden perfectamente contemplados en la ley. No hay excusas para la inaplicación de la ley porque nada hay por encima de ella. Sólo su aplicación puntual garantiza la solución justa del caso. La responsabilidad del juez se agota en el acto mismo de la traslación de la consecuencia prevista en la ley al supuesto que se trata de decidir, sin espacio ninguno a reservas ni reparos de conciencia. La prudencia está de más ante el cumplimiento estricto del deber. Los desajustes del sistema tendrán un carácter excepcional por la misma dificultad de eludir el órgano judicial la aplicación de un ordenamiento jurídico absolutamente transparente y previsible en sus consecuencias.

¹ Frente a la homogeneidad relativa de otros tiempos TOHARIA CORTÉS, J. J., «Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica», en Díez-Picazo, L. M. (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 12, registra en la judicatura actual una diversidad ideológica en proporciones «no muy dispares» a la que se da en la sociedad misma.

² Hemos analizado este tema en «Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho», en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 2, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, pp. 253-268.

³ ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 86, 1998, p. 33.

⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, P., «Ética de la función de juzgar», en *Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo 2001, p. 19.

La superación del modelo tradicional de juez va a provocar una muy diferente situación. Asumir un inevitable margen de discrecionalidad judicial supone reconocerle también un campo de acción al juez para el posible uso ilegítimo de su poder. La discrecionalidad no tiene por qué degenerar en arbitrariedad, pero es también cierto que «cuando más amplios son los poderes discrecionales mayor es el peligro de arbitrariedades»⁵. Evidentemente, el buen juez tendrá que ejercitar su poder discrecional en el modo que garantice la solución jurídica más adecuada teniendo siempre presente el deber de resolver las cuestiones conforme a derecho. Hay que prevenirse por ello ante la posibilidad de que el juez utilice su propio poder como vía de escape del sometimiento a la ley que ha de regir su solución.

El primer frente que debe abordar la ética judicial es la misma identificación de las conductas corruptas que pueden llevar a cabo los órganos judiciales. Cuando se dispone de un poder de actuación el riesgo de uso indebido del poder en beneficio propio está presente siempre. No es que en la sociedad en la que regía el modelo de juez tradicional no existiera ese riesgo. Todo lo contrario, la representación artificial de la vida jurídica como un mecanismo de aplicación automática de consecuencias previstas de antemano lo que hacía era favorecer la impunidad del juez corrupto. La apariencia de la imposibilidad de escapar a esa misma aplicación automática dificultaba la percepción del uso indebido de lo que siempre era un poder de decisión. Y la impunidad del uso indebido del poder era el mejor estímulo para su realización. Pero la falta de percepción del problema, que se entendía que, por lo transparente que resultaba en caso de producirse, siempre podía resolverse con un uso adecuado de medidas represivas, evitaba su mismo planteamiento. O en el mejor de los casos provocaba un planteamiento simplificador, que no podía atender toda su complejidad. Sólo cuando se toma conciencia del carácter en gran medida abierto de los cuerpos legales a los que ha de someterse el juez se comprende el alcance exacto de la situación. El juez puede hacer un uso indebido en beneficio propio de su poder amparándose en la norma misma que decide conscientemente vulnerar. La discrecionalidad judicial constituye así un presupuesto favorecedor de la corrupción. Como también la conciencia de esa misma discrecionalidad lo es del planteamiento adecuado del problema.

La comprensión del problema exige no obstante tener en cuenta las circunstancias que pueden en la actualidad incentivar o desalentar las prácticas corruptas del juez. Jorge Malem ha identificado en el monopolio del poder judicial y en el carácter corporativo de la profesión incentivos adicionales a lo que significa el mismo poder discrecional

⁵ MALEM SEÑA, J. F., «Función jurisdiccional e incentivo para la corrupción de los jueces», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 1, cit., p. 185.

que encarna la decisión judicial⁶. Evidentemente, el acaparamiento de la capacidad de decisión en relación a un determinado problema hace que los interesados en él vean al juez como el elemento determinante para la consecución de sus objetivos. La eliminación del mercado de la corrupción no hace sino favorecer la posición de poder del juez a la hora de negociar los beneficios que pudiera obtener por su actuación ilegítima. Y cuanto más elevados sean esos beneficios mayor es el acicate que encuentra el juez para su realización. Por otro lado, es cierto también que una profesión cerrada como es la judicatura, reconocida comúnmente por el prestigio que le da la impartición de la justicia, la capacidad de resolución desde el pedestal del derecho de los conflictos de convivencia, tiende en general a preservar el crédito que le proporciona su posición social. Un crédito al que contribuye además el distanciamiento con que el ciudadano medio observa a quien a la hora de la verdad resuelve sus contiendas y determina los derechos y obligaciones que le corresponden. Los jueces serían entonces los primeros interesados en ocultar las acciones corruptas de sus compañeros. O, por lo menos, en relativizar el alcance real de los supuestos de corrupción judicial. Se trataría de evitar que la imagen de la «manzana podrida» pudiera degenerar en una deslegitimación general del sistema, perjudicando la confianza social depositada en la institución y el prestigio personal de los distintos miembros de la profesión judicial⁷.

Contribuye también a nuestro entender a incentivar la corrupción judicial la misma complejidad de la regulación legal. En el afán de proporcionar una respuesta adecuada a los nuevos problemas y necesidades que genera el ritmo acelerado de los cambios sociales y de los progresos científicos y tecnológicos de nuestro tiempo el legislador ha poblado el ordenamiento jurídico de un sinnúmero de disposiciones que hacen prácticamente inaccesible el conocimiento real de la producción jurídica. Disposiciones que no sólo resultan muchas veces contradictorias en su tenor literal sino también en ocasiones en su espíritu, poniendo en jaque la racionalidad general del sistema. En esa complejidad encuentra el abogado el mejor argumento para hacer valer su pericia profesional, su capacidad para instrumentalizar las piezas legales que benefician a sus intereses. Pero también el juez es consciente de las posibilidades que se le ofrecen para asumir uno u otro punto de vista legal. Puede así fácilmente encontrar amparo legal para decisiones que sin embargo entienda él mismo incorrectas por vulnerar el sentido general del sistema jurídico. La interpretación sistemática del derecho es un imperativo judicial que sin embargo no siempre lleva incorporada la solución de los problemas. La tentación que puede sobrevenir al juez de convertirse en este punto a la hora de dictar la solución en abogado de su propia causa personal no debe pasar inadvertida en un contexto de complejidad normativa que favorece la

⁶ *Ibidem*, pp. 175 ss.

⁷ *Ibidem*, p. 187.

impunidad de los usos ilegítimos de las habilidades técnico jurídicas. Incluso de los usos ilegítimos que se pueden hacer desde la posición institucional de impartición de justicia.

Frente a estos incentivos a la corrupción judicial hay también otras circunstancias que sin duda la desalientan. El mismo prestigio social de la profesión obstaculiza este tipo de prácticas. A diferencia de lo que sucede en otras profesiones en que el prestigio se apoya en el éxito, en la consecución de los objetivos que benefician a la parte para la que se trabaja, clientes, empresas, etc., o al propio patrimonio personal, sin importar tanto los medios que se utilicen, en el caso del juez el éxito es la neutralidad, la no consecución de ningún objetivo que no sea el que marca la ley. Y hay un cierto autocontrol de la profesión judicial para preservar el prestigio que asegura la neutralidad. Al igual que tiende la profesión judicial a ocultar los supuestos de corrupción y a relativizar la importancia de los supuestos conocidos tiende también a evitar que se produzcan de hecho. El prestigio disminuye por el conocimiento público del mal uso del poder que proporciona la administración de justicia, y la mejor manera de que no se produzca el conocimiento público es que no haya nada que conocer, que no exista la corrupción. El control profesional constituye en este punto un importante factor de desaliento de la corrupción judicial. El juez corrupto sufre una desvaloración en el seno de su mismo gremio profesional en general mucho mayor que la que puede sufrir el incompetente o el que no realiza con la debida diligencia su trabajo. Porque con su ilegítima acción está poniendo en entredicho el sentido específico de su profesión que tiene precisamente como un objetivo concreto la lucha contra la corrupción.

La desvaloración se extiende igualmente al conjunto de la sociedad que no puede ver con los mismos ojos a quien vulnera las reglas exponiéndose a una respuesta negativa del juez que a quien las vulnera desde la posición de poder que le da el deber de reprimir jurídicamente las conductas infractoras. Deber cuyo ejercicio sufraga económicamente además el conjunto de la sociedad. La misma estabilidad económica y profesional que proporciona el acceso a la carrera judicial contribuye también a desalentar este tipo de actividades. Es una cierta garantía para el ciudadano de que los intereses en conflicto que se ventilan en los tribunales van a ser valorados desde una posición de neutralidad.

El punto de vista del modelo constitucional de juez obliga a relativizar no obstante esta garantía al comprender a la función judicial en el marco real que hace posible la corrupción. Un marco que el modelo superado tendía a invisibilizar. El fenómeno de la corrupción en los jueces es percibido por el conjunto de la sociedad con una consideración muy diferente ciertamente a la que genera en otras esferas públicas. Aun no le es aplicable al juez la idea de que la denuncia o procesamiento por corrupción «no necesariamente se percibe como un paso adelante en la lucha contra ese fenómeno, sino como la confirmación

de que éste crece en forma incontenible»⁸. Es un juicio que no excluye sin embargo la existencia de supuestos concretos sobre los que recae la repulsa social y profesional correspondiente, ni nos hace inmunes a una evolución desfavorable de la situación. La atención a los elementos de incentivación y desaliento de la corrupción que genera la organización judicial deja en todo caso abierta la posibilidad de la valoración ética del trabajo del juez que quedaba excluida desde los presupuestos deformantes e irreales del modelo tradicional.

II. LOS BIENES SOCIALES IMPLICADOS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

La problemática de la ética judicial no puede constreñirse únicamente al tema de la corrupción, que además tiene en general una respuesta concreta en el derecho penal y en el derecho orgánico judicial. Interesa ante todo plantear las exigencias éticas que van más allá de los deberes reconocidos y sancionados por el derecho positivo. Estas exigencias tienen su razón de ser en algún bien, en concreto en el bien social que realizan los jueces. El primer bien es, evidentemente, la impartición de justicia. Este es el objetivo que justifica inmediatamente la institución del poder judicial. Pero junto con ella opera también otro bien que necesita la sociedad para poder desarrollarse adecuadamente, y que esperan los individuos obtener del derecho. Si el derecho es un instrumento indispensable para la convivencia y los jueces tienen encomendada su aplicación a las conductas concretas que se dan en ella, la confianza en el ejercicio correcto de la labor judicial constituirá también un bien social de importancia indiscutible. Un bien social inherente en este punto a la función de juzgar⁹, pero que plantea exigencias que pueden distinguirse claramente de las de aquella.

La realización de estas exigencias no sólo requiere una disposición de ánimo para llevarlas a cabo. Es necesario que se den las condiciones materiales que la hagan posible. Algunas de estas condiciones afectan a la organización misma de la justicia: volumen de trabajo, tiempo para reflexionar sobre los casos, etc. Otras se refieren a la personalidad misma del juez. Se entiende así que éste desarrollará mejor su función si tiene ciertos caracteres que se traducen en hábitos de conducta que le permiten cumplir de la mejor manera con sus deberes

⁸ PICADO, S., «Ética pública y corrupción», en Arismendi, A. Caballero Ortiz, J., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003, p. 3381.

⁹ Esta idea estaría implícita en general en quienes como HORTAL ALONSO, A., «Planteamiento de una ética profesional», en Fernández Fernández, J. L. – Hortal Alonso, A. (comp.), *Ética de las profesiones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 64, describen el ejercicio profesional del juez como «la administración de justicia conforme a las leyes».

profesionales. Las condiciones del primer tipo escapan a la acción del juez. Este se encuentra inmerso en una organización que no ha diseñado. Lo que ha hecho es mostrar su voluntad de incorporarse a ella. Pero eso no quiere decir que esté de acuerdo con la situación que se encuentra. No hay complicidad de tipo ninguno en el acceso a la carrera judicial con las deficiencias de la misma, porque la organización judicial es una decisión política que no corresponde al juez. De hecho, es normal que el juez acceda a la profesión con el ánimo de paliar con su esfuerzo las deficiencias que se encuentra. Las condiciones de la personalidad dependen en mayor medida del juez porque esa voluntad decidida de acercarse a un modelo virtuoso de profesional le puede permitir avances importantes en la realización de su propósito. Pero en tanto reflejan modos de ser particulares, propios de cada uno, no es posible tampoco incorporarlas de manera automática a su individualidad. La voluntad ayuda, pero no es determinante de la posesión de tales condiciones. Es evidente que un juez que las posea tendrá una mayor idoneidad para el ejercicio de su profesión. Se explican así los intentos de establecer catálogos de virtudes que se entiende que le van a ayudar al juez a cumplir sus deberes profesionales¹⁰. Pero tiene que quedar claro que lo decisivo no es la posesión de la virtud que le inclina al juez a actuar en un determinado sentido, sino la actuación misma.

La teoría de las virtudes es del mayor interés, por un lado por lo que tiene de relación entre las condiciones personales y el cumplimiento del deber, tanto más cuando la ausencia de alguna de ellas puede hacer inviable en la práctica la realización del objetivo propuesto. Por otro, porque permite la representación de un modelo de juez que estimule la superación personal en el ejercicio de la profesión. Nuestro objetivo no es sin embargo detenernos en el análisis de esa relación y del modelo ideal, sino sólo en los deberes morales exigibles al juez. No entramos pues en si puede el juez realizar esos deberes aun

¹⁰ ATIENZA, M., «Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo, 2003, p. 44, señala en este punto que las virtudes básicas reciben «una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial», remitiendo al principio de autonomía la autorrestricción, modestia y valentía; al de imparcialidad el sentido de la justicia y honestidad personal, y al de motivación la prudencia, que en «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», cit., p. 39, entiende de relevancia especial, considerándola «una especie de síntesis» de las demás. Recientes ejemplos de catálogos de virtudes judiciales en DE URBANO CASTRILLO, E., «Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época», en De Urbano Castrillo, E. (director), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 395 ss., quien contempla en la figura del juez la conjunción de las virtudes generales y de las «propriadamente judiciales»; VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», en *DOXA*, núm. 29, 2006, pp. 273 ss., quien distingue en su enumeración las exigencias universales de las contingentes, específicas de un momento y lugar determinados, y PUJOL CAPILLA, P., *Guía de comportamientos en las actuaciones judiciales*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 139-155.

no provisto de las condiciones personales citadas, por ejemplo, con un notable esfuerzo de superación por su parte, o dejándose llevar en determinadas decisiones por el dictamen de jueces de mayor experiencia o calidad moral, etc. Tampoco en el modelo ideal de juez porque, aunque la ética judicial pueda reclamar «vocación de excelencia o magnanimidad»¹¹, nos moveremos en el ámbito de los deberes cuyo incumplimiento resulte reprochable, aunque no sea ese reproche jurídico. Y tampoco la no realización de la perfección, ni siquiera la voluntad de no alcanzarla, creemos que tiene que ser reprochable necesariamente al juez.

Es muy difícil concretar este tipo de deberes reprochables. En el fondo cualquier listado de ellos sería reinterpretable por la relación que puedan guardar entre sí, resultando en ocasiones subsumibles unos en otros¹². Cabe además que se dé una colisión de deberes que requeriría una respuesta concreta. Más sentido tiene expresar las cuestiones objeto de los deberes del juez y en su caso los principios que deben informar las soluciones respectivas¹³. No pretendemos tampoco en este trabajo entrar en el análisis de estas cuestiones sino, más simplemente, reflejar la posible relación existente entre las exigencias vinculadas a los dos bienes citados, la administración de justicia y la preservación de la confianza social, con vistas al diseño de un tipo determinado de juez.

La distinción de las exigencias a la luz de los dos bienes citados se superpone a su vez a la distinción entre exigencias que se traducen en conductas a realizar en el marco del proceso y otras que se plantean al margen del proceso. Son distinciones que no deben confundirse. No hay una correspondencia exacta entre ellas. Hay, por ejemplo, exigencias que, presentándose en el marco del proceso atienden más a la preservación de la confianza que a la misma justicia de la decisión. Un juez puede considerarse absolutamente imparcial para resolver un asunto a pesar de incurrir en lo que él puede entender como una causa moral de abstención. En este caso estaríamos ante una exigencia moral vinculada a la preservación de la confianza social más que a la justicia de la decisión, aun tratándose de una exigencia moral que se plantea

¹¹ VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», cit., p. 281.

¹² Depende lógicamente del significado que se dé a cada valor y a los deberes conectados con él. Así, por ejemplo, TOHARIA, J. J., «¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?», en De Urbano Castrillo, E. (director), *Ética del juez y garantías procesales*, cit., p. 116, o DE URBANO CASTRILLO, E., «Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época», cit., p. 450, atribuyen a la independencia un «carácter instrumental» respecto a la imparcialidad, entendiendo ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez», en Díez-Picazo, L. M. (coord.), *El oficio de jurista*, cit., p. 161, a todas las garantías previstas «preordenadas» al aseguramiento de este último valor.

¹³ ATIENZA, M., «Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?», cit., pp. 45-46, lleva a cabo una referencia de estas cuestiones a partir de los principios de independencia, imparcialidad y motivación de las decisiones, definidos por él como «los tres grandes núcleos de la ética judicial».

en el marco del proceso. De hecho, la determinación legal de las causas de abstención puede tener el doble efecto de evitar el riesgo de parcialidad, que siempre será presunto, y de salvaguardar la confianza social en el buen funcionamiento de la justicia. El primer efecto no tiene por qué darse necesariamente. El juez puede tener la suficiente integridad y fortaleza moral para no ver afectada su imparcialidad pese a encontrarse en la situación contemplada en la ley. El segundo efecto se produce, sin embargo, siempre. Algunas de estas exigencias, tanto las internas como las externas al proceso, están, como vemos, incorporadas a los textos legales. Son exigencias jurídicas. Por ello no dejan de ser exigencias morales, pero en cuanto tienen un reconocimiento legal específico, interesan en menor medida a la ética judicial, que ha de mirar más allá de la estricta exigencia legal, a perfeccionar la figura y la actuación del juez en la búsqueda de la realización de los bienes citados.

III. EL IMPERIO DE LA LEY EN ENTREDICHO

Las exigencias vinculadas directamente a la impartición de justicia tienen como principio guía el sometimiento del juez al imperio de la ley. Este no es un deber exclusivamente jurídico. Tiene también una connotación moral como realización del compromiso que el juez ha adquirido con la sociedad de resolver las cuestiones que se le presentan conforme a la voluntad que la sociedad ha expresado indirectamente en la ley. Cabe, de todos modos, que el juez encuentre en el sometimiento fiel al imperio de la ley un obstáculo a la realización de sus imperativos éticos. Que su configuración moral le exija esquivar la letra e incluso el espíritu de la ley para realizar la justicia concreta del caso.

El problema tiene una solución coherente en el caso de aquellos que ven la presencia del derecho más allá de la letra estricta de la ley. Es el caso, por ejemplo, de Ángela Aparisi, quien encuentra en la distinción entre el «derecho en sentido formal» y el «derecho en sentido real» la razón para proclamar que cuando se da contradicción entre la ley positiva y los principios de justicia han de ser estos últimos los que prevalezcan. Así señala que el oficio del juez, como jurista, «no es declarar lo legal sino lo justo»¹⁴, apelando al significado último de su responsabilidad para resolver la cuestión: «La actitud del jurista llamado a interpretar o aplicar normas injustas... no puede resolverse sosteniendo que el profesional tiene un deber de obedecer siempre y en todo caso al Derecho. Ello implicaría eludir la responsabilidad personal y profesional por los propios actos transfiriéndola al autor de la

¹⁴ APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 370.

ley. Por el contrario, el jurista deberá llevar a cabo un razonamiento práctico que le ayude a dilucidar sobre la justicia y la actitud que debe adoptar frente a una determinada norma»¹⁵. La autora trata de salvar en lo posible la compatibilidad del sometimiento a la ley con la preservación de los principios de justicia, apurando la utilización de los medios legales existentes para ello. La interpretación de la norma conforme a los principios de justicia y la separación del conocimiento del asunto a través de la abstención por interés de conciencia que pueda afectar a su imparcialidad o de la objeción de conciencia constituyen instrumentos razonables en su opinión para eludir la aplicación de la ley injusta con base en el ordenamiento jurídico español.

Pero, con independencia del juicio que se pueda tener acerca de la solución a que conduce su sutil argumentación, es siempre una solución referible a un ordenamiento jurídico concreto. No es una solución referible a un ordenamiento jurídico concreto. No es una solución de alcance universal. Queda abierta, pues, la posibilidad de la confrontación citada entre la ley y los principios de justicia, que, conforme a sus presupuestos teóricos, sólo puede resolverse a favor de la aplicación de estos últimos. La solución tiene una lógica iusnaturalista indiscutible, pero, claro, supone asumir unos presupuestos teóricos discutibles, porque no todo el mundo acepta la existencia de ese derecho real que encarna «lo recto, lo justo», y que prevalece en último caso sobre el derecho formal. No cabe solución inobjetable para poder determinar cuándo nos encontramos ante lo que ella misma califica como «apreciación subjetiva» o ante una injusticia real de la norma por «lesionar bienes y derechos directamente derivados de la dignidad humana y atentar al bien común»¹⁶. Es pues, en este punto, una propuesta coherente con los presupuestos teóricos, discutibles, de que parte. Su debilidad no está en la coherencia sino en la concepción que le sirve de fundamento. Queda en todo caso claro que el juez estaría anteponiendo al imperio de la ley su sentido particular de la justicia, sacrificando lo que, desde otra óptica, se ha entendido a su vez como «condición necesaria», aunque insuficiente, de la justicia¹⁷. Sus principios morales le pueden llevar a ello, pero son principios no extensibles necesariamente al resto de la sociedad.

El planteamiento de Martín Farrell presenta el problema contrario. No hay nada que objetar a su concepción del derecho porque no tiene necesidad de acudir a un derecho real, encarnación de lo recto o lo justo, que pueda prevalecer sobre la ley. Su justificación de la separación del juez de la ley positiva tiene un fundamento consecuencialista. Curiosamente Farrell comienza afirmando que la ética de la función judicial es necesariamente deontologista porque se impone la restric-

¹⁵ *Ibidem*, pp. 368-369. La idea también en p. 378: «el juez no puede trasladar la responsabilidad de su decisión al legislador, ya que actúa ejercitando su libertad».

¹⁶ *Ibidem*, pp. 372-373.

¹⁷ LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 218.

ción que supone para el juez el respeto a los derechos reconocidos legalmente a cualquier consideración de utilidad: «El sistema judicial no está diseñado precisamente para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que el juez se considere un agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aun a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante. El sistema jurídico, en otras palabras, exige que el juez obre como un deontologista»¹⁸. Él mismo trata, sin embargo, de salvar su concepción consecuencialista con esta afirmación cuando dice que la ley misma que ha consagrado los derechos ha tomado en consideración previamente las consecuencias. En este punto el sometimiento del juez al imperio de la ley le colocaría como un deontologista «por motivos consecuencialistas»¹⁹.

Farrell hace notar, sin embargo, que el deontologismo y el consecuencialismo no son teorías que funcionan en toda su pureza ni en los individuos ni en los tribunales: «el consecuencialista acepta restricciones y el deontologista acepta el cálculo de consecuencias». En este punto los jueces cuya función viene diseñada para razonar y actuar como deontologistas han de aceptar razonamientos consecuencialistas cuando el respeto del derecho vaya a ocasionar una catástrofe: «Razonan como deontologistas, y esto es justamente lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer»²⁰. Lo único es que se debe expresar claramente el «cálculo consecuencialista» para evitar que lo que es una excepción justificada pueda entenderse como un derecho general del juez a separarse de la ley. Farrell plantea en este punto una excepción por un supuesto concreto, la catástrofe. Pero no nos ofrece una regla clara para saber cuándo nos encontramos ante una situación catastrófica. La valoración de la gravedad de las consecuencias siempre es subjetiva. Y una valoración subjetiva no tendría razones suficientes para imponerse a la valoración general de las consecuencias que ha realizado el legislador como representante del conjunto de la sociedad. Podría decirse que el legislador no podía prever el caso concreto pero quedaría siempre pendiente la legitimidad de la valoración subjetiva. Sólo cuando el respeto estricto a la ley pudiera provocar la desaparición objetiva de las condiciones que hacen posible la existencia de ese mismo sistema jurídico valdría la solución propuesta por Farrell, porque en ese caso quedaría comprometido el fundamento mismo del orden jurídico. Es el argumento utilizado implícitamente en la sentencia de la Corte Suprema argentina del caso Peralta que Farrell entiende justificada²¹. Pero su noción abierta de la

¹⁸ FARRELL, M. D., «La ética de la función judicial», en Malem, J.; Orozco, J. y Vázquez, R., (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 155.

¹⁹ *Ibidem*, p. 162.

²⁰ *Ibidem*, p. 158.

²¹ *Ibidem*, pp. 155-156.

idea de catástrofe permite perfectamente englobar el caso en que el legislador no ha realizado el cálculo de consecuencias que debió hacer.

La tesis de Farrell apunta el camino correcto relativizando el sentido de la ley como instrumento para la convivencia que ha de quedar postergado cuando la convivencia, fundamento de la ley, corre el peligro de desaparecer en aplicación de la ley. Pero no fija los límites de una concepción que, por la indeterminación misma del concepto utilizado, permitiría una gran laxitud en la legitimación de la separación del juez del imperio de la ley. Los principios morales particulares del juez le podrían llevar por ejemplo a considerar como catástrofe la institución del divorcio o el matrimonio homosexual. Está claro que este tipo de valoraciones que puede hacer el juez no atienden precisamente a una consecuencia relevante desde el punto de vista de la pervivencia del sistema. No es lo mismo sentir quebrada una regla moral, propia de la moral individual del juez, que provocar con su decisión la desaparición del mismo objeto de la regulación jurídica. Sin convivencia no hay nada que rija el derecho. El derecho, aun formalmente vigente, perdería su sentido por falta de objeto de regulación.

El problema es de todos modos determinar qué se entiende por desaparición de la convivencia, o sea, cuándo se pierde el objeto de la regulación. Aquí nos encontramos con una noción igualmente valorativa, porque en términos objetivos sólo se perdería el objeto de la regulación con la desaparición física de los destinatarios de las normas. En otro caso habría siempre convivencia, aunque no fuera la convivencia idónea que tuviera en la mente el juez. La definición de catástrofe en términos de pérdida de la convivencia resultaría igualmente indeterminada, como la de la justicia o injusticia de las normas, porque también puede el juez considerar como una situación de catástrofe la aplicación misma de la ley injusta. La catástrofe, tanto si atiende al fundamento fáctico del derecho, la pérdida de la convivencia, como al fundamento ideal, la no realización de los principios de justicia, es una noción cuyo significado queda por fijar. Acudir a ella no le permite a Farrell encontrar un motivo preciso para justificar la separación del imperio de la ley por parte del juez. Su justificación de la excepción del imperio de la ley resulta en este punto objetable porque hay que pensar que en la idea misma de los hechos que consagra la ley está la decisión colectiva de no provocar la catástrofe a que alude el profesor argentino.

En el fondo lo que hay es un conflicto entre el deber moral del juez de evitar la catástrofe con su acción y el deber, moral igualmente, de medir las consecuencias de esa acción en lo que tiene de vulneración de los derechos que la colectividad ha decidido reconocer a sus miembros. Un conflicto en el que el juez ha de tener presente en todo caso la función que cumplen los derechos como «cifra de su ética

profesional»²². Está claro, sin embargo, que la atribución de uno u otro significado a la expresión catástrofe puede hacer razonable, al menos a los ojos de algunos, en el supuesto de desaparición del fundamento fáctico del derecho la inaplicación de la ley. Se explica en este punto el papel esencial que cumple el juez al determinar el significado preciso de la misma.

En otros casos la fijación del significado de los términos no se plantea de forma tan dramática porque no está en juego el posible apartamiento del juez del principio básico de su actuación. La indeterminación del significado no afecta entonces a la causa que puede justificar la no aplicación de la ley sino que es una indeterminación situada en el mismo texto de la ley. Una indeterminación que el legislador mismo utiliza a sabiendas para que sea el juez el que concrete en cada caso el significado de la expresión. En este caso el juez completa el significado de la norma administrando justicia conforme a la ley²³. El sometimiento al imperio de la ley no le exime de su compromiso profesional en la determinación del significado mismo de la ley. Tanto la separación como el respeto de la ley requieren esta actuación inexcusable por su parte. Lo relevante del resultado de esa actuación explica la necesidad de disponer de un criterio claro en ese punto. O por lo menos, la necesidad de tener claro cuál es el criterio que está utilizando el juez en cada momento. Sólo la transparencia del criterio usado por el juez podrá permitir el control de su decisión. Un control que tomará como base, lógicamente, un modelo semántico determinado.

IV. CREDIBILIDAD JUDICIAL Y MORALES SUPERPUESTAS

La posición institucional del juez deriva de la necesidad que siente la sociedad de disponer de un poder independiente o imparcial que resuelva los problemas que surjan en ella. La misma sociedad decide cuáles son los criterios vinculantes para los jueces estableciéndolos en la ley. El sometimiento del juez a la ley es el efecto directo de ese poder conferido para aplicar a los casos concretos la voluntad colecti-

²² CRUZ VILLALÓN, P., «El Juez como garante de los Derechos Fundamentales», en AA.VV., *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 32.

²³ El tema adquiere una connotación especial cuando se trata de cláusulas contenidas en los textos constitucionales, porque en ese caso no puede el juez acudir a una norma superior de referencia, incrementándose su responsabilidad decisional. Recientemente sobre esta cuestión ARA PINILLA, I., «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXI, 2004, pp. 107-124, y ESCUDERO ALDAY, R., «Metodología jurídica y conceptos morales: una propuesta de análisis», en COURTIS, Ch., *Observar la ley*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 83-103.

va. El beneficio que obtiene la sociedad no es sólo contar con un instrumento idóneo para reflejar en la solución de los problemas cotidianos su voluntad, sino la tranquilidad de saber que las cosas van a suceder así efectivamente. Una buena administración de justicia que no tuviera credibilidad social no cumpliría plenamente la función encomendada. Aunque fuera una administración de justicia respetuosa estrictamente del ordenamiento vigente. El sometimiento al imperio de la ley no colma las características que ha de tener el buen juez. Es necesario también que la sociedad confíe en el trabajo del juez, que piense que funciona adecuadamente la administración de justicia. La concepción misma de la administración de justicia como servicio requiere lo que se ha llamado «*customer satisfaction*»²⁴.

La mayor satisfacción sería que el sistema funcionara de manera exacta, que se cumpliera a la perfección el modelo de juez tradicional. Pero ya hemos visto que esto es imposible. Que el modelo tradicional no refleja la realidad. Que las expectativas de justicia se verían frustradas con un modelo solo «preferible en abstracto»²⁵. Siendo imposible la ejecución de ese modelo ideal hay que mostrar sus limitaciones a la sociedad en su conjunto y hacerle ver el modo en que funciona efectivamente la administración de justicia. O por lo menos no ocultárselo. La exigencia de la motivación de las sentencias cumple este cometido esencial. Es de todos modos una exigencia legal. Ello facilita evidentemente la imposición de su cumplimiento. Pero hay formas muy distintas de cumplir con la exigencia. No se trata sólo de transcribir con claridad, en un lenguaje accesible a los destinatarios, las razones de la decisión judicial²⁶. Se trata también de utilizar la forma lingüística adecuada para que los interesados piensen que las razones expresadas en la motivación reflejan el pensamiento de un juez que se ha tomado en serio la decisión a adoptar y a las personas interesadas en ella²⁷. Y sobre todo que no oculte lo que la sentencia tiene de opción personal del juez en el marco de la discrecionalidad propia del caso y los principios que reflejan esa opción. El interés por convencer al lector de las buenas razones de la decisión no debe satisfacerse a costa de un reflejo inexacto de las dificultades del caso y del proceso argumental que lleva a la solución adoptada.

²⁴ ROPPO, V., «La magistratura come professione legale: per una deontologia del servizio giustizia», en *Politica del Diritto*, núm. 3, settembre 2000, p. 527.

²⁵ ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», cit., p. 36.

²⁶ Como dice BAYO DELGADO, J., «La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial», en Bayo Delgado, J. (director), *Lenguaje judicial*, Consejo Judicial del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 15, el juez «no puede pretender, bajo la excusa de necesidad de tecnicismos, que su lenguaje sea críptico para el no iniciado».

²⁷ Se explica en este punto el rechazo de sentencias pintorescas que, por ejemplo, incluyan argumentos expresados en verso. No basta la solidez del razonamiento. La forma tiene también su importancia.

La exigencia de la motivación de las decisiones deriva de la propia realidad de un proceso en el que no cabe en general una aplicación mecánica de la ley. Con ello no se trata de mostrar un funcionamiento inadecuado de la justicia. Simplemente se ponen de manifiesto las limitaciones de una función que no puede responder a un modelo absolutamente irreal, mostrando la vía seguida efectivamente para alcanzar la decisión. Se hace visible el modo en que el juez ha cumplido con su deber de someterse al imperio de la ley. Al individuo le gustaría que la realidad fuera distinta. Que se pudiera llevar a cabo otro modelo de administración de justicia preferible «en abstracto». Pero ante la imposibilidad de su ejecución lo único que puede hacer el juez es dejar constancia de la naturaleza real del proceso. La motivación no es reflejo de un defecto del sistema. Porque el sistema no puede ser otro diferente.

Esto no quiere decir que no funcione defectuosamente el sistema, que no haya vicios a corregir. El más evidente es la lentitud de la aplicación del derecho, que actúa muchas veces como «elemento autodestructor» de la propia justicia del caso²⁸. La lentitud de la justicia no es un efecto deseado por el legislador, ni por los jueces. Es la consecuencia de una valoración coste-beneficio en el diseño mismo de la organización judicial. La administración ideal, en tiempo y forma, del derecho requeriría unos recursos que el Estado puede dedicar con buenas razones a otros objetivos más urgentes. Se trata así de poner en marcha la mejor justicia posible, contando con que no es éste el único servicio que tiene que prestar el Estado a sus ciudadanos. En todo caso, las razones que pueden explicar la situación no impiden reconocer los efectos devastadores para los intereses de los afectados por este funcionamiento anómalo de la justicia. Aquí sí hay un vicio del sistema que sería ilegítimo ocultar. Lo que ocurre es que no es posible ocultarlo. El juez no ha de llevar a cabo un esfuerzo especial de transparencia, porque el sistema es transparente por sí mismo. La parte que ve reconocidos tardíamente unos derechos ya difícilmente ejercitables o que obtiene una resolución favorable cuando ya no tiene interés en su ejercicio toma conciencia de la lentitud de la justicia y de sus efectos, porque los sufre en su propia carne. No sólo toman conciencia inmediata quienes se enfrentan a una cuestión litigiosa. Los medios de comunicación se hacen eco con frecuencia de una situación que termina afectando directa o indirectamente a gran parte de la población. Lo evidente de la situación hace que los mismos poderes públicos reconozcan en muchos casos la anomalía que supone como una de las cuestiones a mejorar, subrayando la necesidad de dotar de medios humanos y materiales a la judicatura. En este punto es muy poco lo

²⁸ MÚGICA BRUNET, J. I., «La lentitud de la justicia», en Santaella López, M., *Ética de las profesiones jurídicas. Textos y materiales para el debate deontológico*, Universidad Complutense-Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, p. 437.

que puede hacer el juez, porque el sistema es por sí solo suficientemente transparente.

Otras deficiencias del funcionamiento del sistema resultan, en cambio, mucho más opacas. El volumen de trabajo que acumula la administración de justicia puede, por ejemplo, provocar que se desvirtúe la discusión de los tribunales colegiados centrándola en aspectos concretos del problema, por no haber podido dedicar a su examen todos los miembros del tribunal el tiempo requerido para su mejor conocimiento. La representación del tema que se hace el ponente acaba teniendo quizás un peso desproporcionado en el conjunto de la decisión, por defecto de la que hubieran debido hacerse los demás juicios para poder llevar a cabo una discusión racional. Este funcionamiento anómalo de la administración de justicia en este punto no es tan accesible al conocimiento del ciudadano como sucede con la lentitud. Se conoce y se justifica en parte entre los operadores del derecho que, vistas las condiciones en que funcionan los tribunales y para evitar precisamente el efecto devastador que causa la lentitud de la justicia, lo admiten en cierto modo como un mal menor. Pero la información de este funcionamiento manifiestamente mejorable no traspasa normalmente los límites de la profesión jurídica. Es directa expresión de lo que se ha llamado el «*professional mystery of bench and bar*»²⁹.

En otros casos el vicio del sistema puede afectar directamente a la justicia del caso. Basta pensar en la práctica de rechazar en primera instancia la imposición de costas a las partes para no incidir con la tramitación adicional del cobro de los gastos en un colapso mayor del juzgado. Es verdad que la condena en costas en tal instancia puede estar prevista sólo para casos excepcionales en que se dé una manifiesta mala fe de la parte, etc. Pero ese caso excepcional se da de manera muy evidente en ocasiones sin que el sistema reaccione normalmente en los términos previstos por la ley. En este punto el problema es más grave. No nos encontramos con que falte la suficiente discusión para asegurar la mejor decisión posible. La decisión es directamente contraria a derecho porque en un aspecto concreto el juez ha decidido, voluntaria y conscientemente, separarse de lo que dicta la ley. Es una inobservancia de la ley que afecta a un aspecto adjetivo, probablemente poco significativo, en la valoración global del problema. Pero es una inobservancia al fin y al cabo. Inobservancia que, además, para la parte que ha tenido que pagar los honorarios de un abogado para defenderse de una acusación manifiestamente irracional no resulta seguramente tan poco significativa. No se trata de denunciar este uso relativamente frecuente, que tiene también su explicación en la lógica del mal menor. No produce de hecho en general mayor escándalo entre los miembros de la profesión jurídica saber que un juzgado determinado tiene como regla no condenar en costas.

²⁹ MACEDO, S., *Liberal Virtues. Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 97.

Se acepta incluso sin problemas la explicación de la propia oficina judicial de que no se puede condenar en costas porque el juzgado tiene mucho trabajo. Lo que no resulta ya tan explicable es que la anomalía, justificada o no, que supone su reiteración no sea públicamente conocida, como lo es la lentitud de la justicia. No hay una motivación que explique los motivos reales de la no condena en costas.

El ciudadano tendría que conocer también el nivel de implicación del juez en las operaciones que llevan a la decisión judicial. La sociedad invierte en la formación de los jueces y sufragando el gasto de la judicatura esperando obtener del juez la prestación para la que está formado específicamente. El compromiso del juez no se termina con la responsabilización de la sentencia. Su sentencia no debe ser sólo asumida, sino también configurada en todos los trámites sustanciales que llevan a la decisión por el juez³⁰. La práctica de delegación de determinadas funciones que sirven finalmente de soporte de la decisión puede estar más o menos justificada por el exceso de trabajo del servicio judicial y la necesidad de atender de manera justa y razonable el mayor número de casos evitando retrasos que impidan de hecho la realización de la justicia del caso. Pero el ciudadano tiene que conocer cuál es el desarrollo real del proceso y las razones que hacen que sea éste y no otro.

El conocimiento exacto del modo en que discurre el proceso judicial, más allá de las apariencias, podría provocar una cierta decepción en el ciudadano. Con independencia de lo justificadas que puedan estar las anomalías detectadas. Cuanto mayor sea la decepción mayor será la desconfianza, si no en la actuación personal de cada juez, que se entiende que hace lo que puede con los medios disponibles, sí en el funcionamiento general del sistema. Se podría alegar entonces a favor de la opacidad la necesidad de preservar la confianza social. Puesto que no se puede mejorar la mecánica del sistema ocultemos sus deficiencias, sería el lema. La honestidad de los participantes en el proceso se salvaría haciéndolo transparente a los operadores jurídicos, que son los que pueden verse afectados directamente en el ejercicio de su profesión por un desarrollo irregular. Este es un planteamiento, sin embargo, inaceptable, porque detrás del trabajo de los profesionales están los intereses de los ciudadanos que pagan sus servicios. El ciudadano no pierde nunca su condición de interesado, aunque sea un interesado indirecto, que se tiene que servir de representantes para intervenir en el proceso. Y en este punto debe tener toda la información.

³⁰ Recientemente ha alertado GLENN, P., «Professional Traditions: The Reciprocating Ethics of Jurist and Judge», en Erauw, J.; Tomljenovic, V. y Volken, P. (edited by), *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier, München, 2006, p. 647, acerca de la creciente realización de «forms of delegation to clerks» que resultan «incompatibles con la obligación ética de los jueces independientes de realizar por sí mismos el esquema del razonamiento práctico» que conduce a la decisión.

La opacidad puede favorecer la confianza social, pero es en ese caso una confianza falsa que no podría aceptar una persona responsable. El juez al optar por ella está presuponiendo que le conviene más al ciudadano, por lo inamovible que sea la situación, no tener una información mayor. Es un planteamiento paternalista que no le es legítimo ejecutar. Un planteamiento, además, que oculta las más de las veces el interés real de preservar el prestigio social de la judicatura, no el interés de los afectados. La complicidad con la opacidad del sistema no puede ser un deber profesional, porque el compromiso del juez no es con la profesión. Es un compromiso con los usuarios actuales o futuros del servicio, que lo sostienen económicamente y constituyen su auténtica razón de ser. El juez podría siempre alegar que su función principal no es dar transparencia al sistema sino hacer que éste funcione de la mejor manera posible. Que la organización del sistema no es responsabilidad suya y no se le puede exigir que dé cuentas de aquello de lo que no es responsable. El argumento vale sólo en parte. Aunque el juez no diseña el sistema judicial, sí interviene directamente en él, y es consciente de la representación ideal que el conjunto de la sociedad tiene de las condiciones en que lleva a cabo su actividad. En este punto debería contribuir en lo posible a remediar los defectos de información en que los diseñadores de la organización judicial hubieran podido incurrir. Es un deber no exigible, porque va más allá de lo que son sus estrictos deberes profesionales. Pero el ser no exigible no le quita relevancia como elemento constitutivo del arquetipo del buen juez comprometido con su responsabilidad social. El juez ideal debería ser ciertamente transparente en este punto. La visión real del proceso no exige sólo la sustitución del modelo tradicional de juez y la indicación de las razones efectivas de la decisión. También la de las condiciones en que se alcanza y formula, y la de las posibles concesiones que tenga que hacer el juez respecto a la realización integral de la justicia.

Otro problema es la transparencia de la vida privada del juez. La exigibilidad de su conocimiento dependerá primero de su incidencia en el sentido de la decisión. Hay conductas no contempladas en los supuestos legales de abstención que pueden denotar aspectos de la personalidad del juez indicativos de su inclinación a adoptar una cierta postura en el tema. Aquí procedería su apartamiento del caso por estar en juego su imparcialidad. El buen juez debe «ser consciente de los datos que conforman su personalidad»³¹ y obrar en consecuencia. Pero cabe que piense que no está en juego su imparcialidad. Se plantea entonces la fuerza de las apariencias. ¿Queda en entredicho la confianza social por conductas privadas que evidencian simpatías o ideologías del juez? La afectación posible de la confianza social, aun considerada sin fundamento por el juez, ¿justifica su apartamiento de

³¹ MALEM SEÑA, J. F., «La vida privada de los jueces», en *La función judicial. Ética y democracia*, cit., p.177.

la decisión? La respuesta exige considerar qué conductas no debiera llevar a cabo el juez.

Se señala que el juez debe evitar comportamientos impropios. Pero ¿qué es un comportamiento impropio?. Hay dos tipos: los que vulneran la ley y los que vulneran simplemente la moral social, los hábitos que la comunidad entiende que ha de reunir quién imparte justicia. Al margen de las sanciones legales o sociales que realizar estos actos provoca, se alega que los mismos mancillan la figura del buen juez porque afectan a su credibilidad. El juez ha de ser visto como una persona respetable, ponderada también en su vida privada. A mayor razón en el caso del incumplimiento de la ley que él mismo debe aplicar. Sin embargo, dejando aparte lo afectada que pueda quedar la función simbólico-moral de la decisión³², la aplicación de la ley no tiene por qué quedar afectada porque el mismo juez la incumpla. Un juez puede perfectamente saltarse una señal de tráfico, incluso con asiduidad, y ser implacable en su represión legal cuando lo hacen los demás. No hay nada de esquizofrénico en ello³³. Al ciudadano le inspirará más seguridad, no obstante, el juez que observa la ley, al pensar que no existe el riesgo de que se deje llevar en su aplicación a la conducta de los demás del poco respeto que pone de manifiesto su comportamiento privado. El tema es especialmente delicado cuando está en juego el respeto a los valores constitucionales porque la reiterada conducta anticonstitucional pone en cuestión el juramento mismo de lealtad constitucional que supone asumir el cargo institucional.

El tema se relativiza cuando se trata de conductas que, sin ser anti-jurídicas, ponen en entredicho la imagen pública del juez, su autoridad como persona de la que cabe esperar el buen juicio en su quehacer. Es verdad que la conducta del juez contraria a las exigencias de la moral social daña su credibilidad. No se puede esperar que sea buen juez quien no actúa como una persona seria, ponderada y prudente en la vida privada. Pero esto es algo que no es específico del juez. También puede suscitar dudas en su credibilidad profesional un cirujano que tenga la costumbre de embriagarse en los días festivos o que produzca desórdenes públicos con asiduidad. Y, sin embargo, tanto uno como otro pueden ser excelentes profesionales, llevar a cabo escrupulosamente su función técnica. Hay que tener en cuenta además que el que prevalezca socialmente un determinado código de conducta no

³² MALEM SEÑA, J. F., «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», en *DOXA*, núm. 24, 2001, p. 398.

³³ El sentido de lo justo e incluso la asunción de la necesidad de actuar conforme a la ley y al comportamiento correcto en general en el ejercicio de la función judicial no tiene por qué excluir automáticamente una cierta relajación en el actuar del juez fuera de su profesión. En sentido contrario, VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», cit., p. 292, y APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología para juristas*, cit., p. 201, quien subraya la dificultad de mantener una «dualidad de vida». Un análisis de la línea argumental de la idea del juez esquizofrénico en MALEM SEÑA, J. F., «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», cit., pp. 394-395.

significa que éste código sea el mejor. En ocasiones la ley surge como reacción frente a una conducta social asentada que se considera impropia. Aquí la aplicación de la ley supone la vulneración de la moral social.

Se podría de todos modos decir que el juez tiene la obligación de completar el significado de las nociones jurídicas indeterminadas interpretando la moral social, aunque ésta sea disconforme con su moral individual. Pero es que la capacidad del juez para interpretar la moral social no tiene por qué verse afectada tampoco porque no la comparta. El juez puede interpretar lo que para el conjunto de la sociedad significa, por ejemplo, la diligencia del buen padre de familia tomando la correspondiente distancia con su propia postura. Nada hay tampoco de esquizofrénico en ello. Lo único que quedaría afectado sería nuevamente la credibilidad social, la desconfianza que pueda sentir el ciudadano de que el juez sea capaz de tomar ese distanciamiento respecto de su propia posición personal. La realización por el juez de este tipo de conductas ilegales o contra la moral social no contradice su capacidad para dictar una resolución conforme a derecho ni para interpretar de la mejor manera posible la letra y el espíritu de la ley.

La desconfianza que tales conductas pueden provocar entre los particulares hace aconsejable, no obstante, que el juez se abstenga en lo posible de ellas. El buen juez no debe descuidar su credibilidad social. Pero no conviene exagerar su importancia, porque además la asunción del arquetipo del juez intachable en su conducta social puede también generar una imagen de inhumanidad, incompatible con la idea misma de la impartición de justicia. Por mucho que la moral social imponga al juez abstenerse de tener trato frecuente con delinquentes o con personas de acreditada mala fama, no parece razonable exigirle no mantener ese tipo de relaciones cuando el delincuente es un familiar directísimo, su padre o su hermano, por ejemplo. La implicación de este tipo de exigencias debe también ser ponderada en función de las circunstancias.

Lo que llama la atención es que se insista en particular en el deber del juez de admitir la transparencia de su vida privada y de someterla al patrón social vigente, dando explicaciones de su actitud en caso contrario. Y se desatienda, sin embargo, la exigencia de que el juez dé también explicaciones de las condiciones concretas en que llega a la sentencia. La justificación de las anomalías del sistema se da por sentada en algunos casos, pero eso no excusa el deber de transparencia en este punto. Mucho más interesada debía estar la sociedad en el conocimiento del desempeño anómalo del juez, aunque no le sea imputable a él, en su labor profesional que en su vida privada, aunque en ella vulnere la ley. Y si no lo está es por la opacidad misma del sistema judicial. Porque la profesión tiene cuidado en potenciar su prestigio ocultando las deficiencias de su ejercicio y presentando una imagen inmaculada, también en su vida privada, de la persona del juez. Pero el deber del juez no debe detenerse en dar satisfacción a una opinión

pública mediatizada por la imagen que presenta la misma profesión. Su deber es actuar en el respeto a esa ciudadanía crítica, sensible a las deficiencias reales del sistema, aunque esa ciudadanía no exista a día de hoy o sea aún muy poco representativa.

En un trabajo clásico Benjamín N. Cardozo proponía que la moral social que tuviera en cuenta el juez a la hora de dictar sentencia completando el significado de las nociones indeterminadas fuera la moral crítica, la moral del hombre de mentalidad «inteligente y virtuosa»³⁴. Esta postura cobra una dimensión particular cuando se plantea incluso que el juez pueda separarse de la ley en base a este tipo de nociones, la consecuencia catastrófica, la injusticia notoria, etc. Ese hombre inteligente y virtuoso, aun justificando sus deficiencias, no admitiría que se le escamoteara el conocimiento del funcionamiento real del proceso.

Interesa, desde luego, que el juez pertenezca a la estirpe de ese tipo de hombre dotado de inteligencia y virtud. Pero interesa sobre todo que sepa tomarlo en la debida consideración. Y no se le toma precisamente en consideración cuando se tiene más en cuenta el respeto a un determinado código social que impone la transparencia de ciertas actividades privadas del juez que la exigencia misma de que sepa el ciudadano cómo se gestionan, también en el ámbito judicial, los asuntos que le afectan. El perfeccionamiento del juez pasa por cumplir el compromiso con la sociedad más que por garantizar la credibilidad de una imagen determinada de ciudadano. Sobre todo si ésta es incompatible con la que utiliza para determinar el modo de aplicar e incluso inaplicar la ley. El nivel de excelencia que proyecta la persona inteligente y virtuosa debe vincular al juez. Pero el hombre inteligente y virtuoso no es el que busca la credibilidad ni la tranquilidad social sino el progreso. Y el progreso requiere el respeto de la verdad, aunque la verdad no resulte del todo cómodo ni oírla ni transmitirla.

La realización de este modelo admite evidentemente grados. No se trata de exigir al juez que se adapte por completo al modelo perfeccionista. Pero sí por lo menos que sea consciente de la paradoja que supone insistir en la exigencia de transparencia de su vida privada descuidando la transparencia del funcionamiento de un proceso en el que tiene un inexcusable protagonismo. Esta es la transparencia que en mayor medida interesa al hombre inteligente y virtuoso que toma como referencia en su decisión.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

³⁴ CARDOZO, B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 37.