Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

¿PUEDEN LAS MALAS PERSONAS SER BUENOS JUECES?

Jorge F. MALEM SEÑA*

SUMARIO: I. *El juez que no necesita fundar sus decisiones*; II. *El juez que necesita fundar sus decisiones*; III. *Estudio de situaciones*.**

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

Ahora bien, quién desempeña el cargo de juez, con qué atribuciones lo hace y bajo qué circunstancias ejerce la potestad jurisdiccional depende de consideraciones jurídico-políticas. En ocasiones ha ejercido esa potestad por delegación del soberano legal, el monarca, que incluso solía reservarse para sí el conocimiento y la resolución de determinados casos como así también la de ser la instancia última o definitiva en la cadena de apelaciones. En otras ocasiones, en cambio, los jueces aparecen formando un "poder", *independiente* del resto de poderes del Estado, que reclama exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todos los conflictos sociales.

Por otra parte, la propia labor jurisdiccional y las razones que los jueces habrían de invocar en favor de sus decisiones han dependido

* Catedrático del Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina.

** N. de E., En el original carece de subtítulo.

[1] *Cf.*, HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Versión castellana: Genero Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, especialmente cap. V.

también de circunstancias históricas y de los respectivos sistemas jurídico-políticos en los cuales desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, en España, era una práctica habitual en el derecho castellano que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrado el siglo XIX; mientras que en la actualidad, por el contrario, constituye una exigencia legal no cuestionada que los jueces han de fundamentar todas las decisiones que toman so pena de verlas revocadas por una instancia superior.[2]

Pero, curiosamente, a despecho de la época histórica que se analice y del origen o fundamento de su actividad o de su obligación o no de dar razones que avalen sus decisiones, a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les han exigido ciertos comportamientos morales en su vida privada que no conducen con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones, incluso de las llamadas humanistas. Es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional.

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

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

---

[2] Por ejemplo, el artículo 120.3 de la Constitución Española establece que: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública". En concordancia con ello, véase el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Excepción hecha de las providencias, que "podrían ser suscintamente motivadas..."

[3] *Cf.* CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Versión castellana: SENTÍS MELENDO, Santiago, MEDINA GAIJO y FINZI, C. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

[4] Un dato que parecería avalar esta afirmación resultaría del hecho de que John MARSHALL, mencionado unánimemente como el juez más importante de la historia jurídica estadouniden-

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, aunque haré repetidas alusiones históricas, sino más bien de mostrar qué papel juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de esos dos esquemas teóricos, para tratar de concluir después dando respuesta a la pregunta acerca de si una mala persona, moralmente hablando, puede ser un buen juez, técnicamente hablando.

I. EL JUEZ QUE NO NECESITA FUNDAR SUS DECISIONES

Como es sabido, en España, Carlos III prohibió por Real Cédula de 23 de junio de 1768 a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias. De alguna manera, a través de esta disposición se pretendía uniformar en todo el territorio una práctica ya habitual, propia del derecho castellano en los siglos XVI, XVII y XVIII.[5] 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 al aumento de los posibles recursos y a la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.

se, nunca estudió formalmente derecho. *Cf.* SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Versión castellana: Enrique Alonso, Madrid, Civitas, 1980, p. 28.

[5] *Cf.* 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.

Además de estas razones, históricamente se había esgrimido otra con una fuerte connotación política-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 sus decisiones. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedida a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios.

Pero a partir del siglo XVI, en la propia Castilla, donde ya imperaba la costumbre de no fundamentar las sentencias, 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. Según Richard 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 "a las ambigüedades de la ley por la que se juzgaban los pleitos; las jurisdicciones superpuestas que permitían a muchos litigantes frustrar los casos de sus oponentes; los tribunales notorios por su ineficacia, la corrupción y la codicia; y finalmente, una profesión jurídica de cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas".[6]

Es por ello que, dados todos esos factores y, sobre todo, teniendo en cuenta la existencia de un entramado legal impreciso e insuficiente, no puede extrañar el enorme poder que se concentraba en manos de los jueces castellanos. Tenían incluso amplias competencias para intervenir inquisitorialmente tanto en los procedimientos civiles como en los penales, y al momento de dictar sentencia en fuero civil solo debían manifestar que una parte *probó su causa* y que la otra *no probó su causa*, sin hacer ninguna alegación que justificara tal apreciación.[7]

---

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

[7] *Ibidem.*, p. 49.

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 si a esto se le sumaba la poca formalidad del proceso y el arbitrio al establecer la pena, se observará que el juez se presenta como "el verdadero señor del proceso. Al menos de su resultado ... [ya que] en muchos aspectos el derecho y el proceso penal dependían más de la voluntad y decisión libre del juez, que el derecho y proceso civil".[8]

Pero si la justificación de las sentencias no provenían de su motivación, ni de su adecuación al principio de legalidad, entonces debía recaer en el carácter moral de la autoridad que las dictaba. Tal era el modelo jurisdiccional de marras. La garantía de la corrección de la sentencia descansaba en la calidad ética de la persona del juez que la emitía. "Si la conducta no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de ese modo vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia".[9]

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

[8] *Cf.* TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.
[9] *Cf.* C. GARRIGA y M. LORENTE, *op. cit.* p. 106.

en juegos de azar. Cuanto más alejados de las prácticas locales donde ejercían su magisterio tanto mejor.

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

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

Los jueces también debían mantener una compostura grave, circunspecta y decorosa. Debían vestir con ropas oscuras y no mantener ningún trato familiar con sus colegas, con los abogados y con los vecinos. En fin, los jueces debían estar exentos de todo vicio. Su cargo era incompatible con la lujuria, la impiedad, la avaricia, la lisonja, la envidia, la codicia, la soberbia, etcétera.[10]

Solo es en razón de estas exigencias que se torna absolutamente comprensible para nosotros que jueces como Vidiano Maldonado, de Valladolid, fueran muy criticados por haber contraido <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

[10] Por todo véase, DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro, *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.

a nadar al río <en piernas con una muger>; o, en fin, que a García de Medrano se le imputara que no hiciera vida marital con su legítima mujer.[11]

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

"El modelo jurisdiccional castellano no era, así pues, un orden de legalidad y sólo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral. Aquí radica justamente su razón de ser. 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 reprobable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia".[12]

En este contexto, pareciera que una condición necesaria para que el juez desarrollara su labor correctamente, esto es, fuera un buen juez desde un punto de vista técnico sería que el propio juez fuera una buena persona moral. Y no sólo que lo fuera sino que debía parecerlo. 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

[11] Ejemplos citados por KAGAN, R. *op. cit.* p. 174.
[12] *Cf.* GARRIGA C. y LORENTE, M. *op. cit.* p. 111-112.

justicia era precisamente la persona y el comportamiento del juez. Una mala persona, munida de poderes discrecionales tan amplios para decidir, no podía ser, técnicamente, un buen juez, ni tan siquiera en las apariencias.

II. EL JUEZ QUE NECESITA FUNDAR SUS DECISIONES

El paso de un esquema jurisdiccional donde imperaba la práctica de dictar sentencias carentes de fundamentación a otro modelo opuesto que exige que las sentencias estén motivadas tanto en sus aspectos normativos como fácticos se desarrolló, al menos en la experiencia española, de forma paulatina. El primer ámbito jurídico donde se estableció el deber de fundamentar las sentencias fue el mercantil, impuesto por el Código de Comercio de 1829.[13]

Este deber de motivación de las sentencias se instituyó para hacer frente a la necesidad de disciplinar la tarea de los jueces, a la lógica impuesta por la construcción de un nuevo Estado y no en virtud de una supuesta garantía de los derechos de los ciudadanos. Había que limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial y obligar a los jueces a aplicar efectivamente el nuevo derecho legislado por las autoridades liberales. El respeto por el principio de legalidad aparecía así como una necesidad impuesta por el nuevo Estado liberal que, aceptando la tripartición de poderes, situa a la ley en un plano superior al de la figura del juez. 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 Ordenanzas".[14] 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".[15]

---

[13] *Cf.* 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.

[14] *Ibidem*, p. 909.

[15] *Cf.* GARRIGA C. y LORENTE, M., *op. cit.*, p. 132.

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 sicológicos de quienes la aplican. Al sistema jurídico ya no le interesan los procesos personales por los cuales el juez llega a tomar una decisión, sino su capacidad para expresar las normas que democráticamente la sociedad se ha dado. La ley aparece así como la expresión de la voluntad popular, una expresión a la que el juez debe sometimiento.[16]

Cuando el derecho impone que los jueces deben resolver conforme a un sistema de fuentes está estableciendo entonces que la premisa normativa general que ha de ser utilizada en el razonamiento judicial ha de provenir o ser identificada precisamente por esas fuentes de creación jurídica y no atendiendo a la ética privada del juez. Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer lo suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o fallo. Obviamente, puede haber además premisas analíticas o definicionales.[17] Por esa razón, como sostiene Luigi Ferrajoli, "la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas".[18]

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

---

[16] *Cf.* 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*. Madrid, Civitas, 1997, pp. 51 y ss.

[17] C., BULYGIN, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho", en ALCHOURRÓN Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 356.

[18] *Cf.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Versión castellana: IBAÑEZ, Perfecto Andrés, y otros, Madrid, Editorial Trotta, 4° ed., 2000, p. 623.

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 públicas.[19] Pero en un ámbito donde los jueces deben fundar sus decisiones "los factores morales sufren un progresivo declinar mientras son sustituidos por la preeminencia paulatina en las leyes de elementos técnicos cada vez más complejos y abundantes, sin que ello suponga la desaparición radical de términos como <ardiente amor a la justicia> de los jueces, su <pureza sin mancha> o su <celo interrumpido>, que quedan en los textos más como elementos retóricos que como requerimientos reales".[20]

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

---

[19] *Cf.* GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad.* Valencia, Tirant lo Blanc, 1993, p. 189.

[20] *Cf.* SAINZ GUERRA, Juan, *La administración de justicia en España (1810-1870).* Madrid, Eudema, 1992, p. 275.

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

En un contexto donde los jueces deben dar las razones que fundamentan las sentencias, los atributos personales de carácter moral que pudieran o no tener o la realización de actos que afectan exclusivamente a sus respectivas vidas privadas carecerían de relevancia práctica o institucional.

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

III. Estudio de situaciones*

Que una mala persona pueda ser un buen juez, con o sin la obligación de motivar las sentencias, no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y 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 socialmente aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que a igual que la mujer del César así deben parecerlo 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

* N. del E. En el original carece de subtítulo.

sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una mala persona terminaría siendo, en definitiva, un mal juez.

Un primer argumento que se opone a la idea de que una mala persona pueda ser un buen juez y que, en consecuencia, deben guardar una compostura moralmente no reñida con las valoraciones sociales es que 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 en la compostura de los jueces y, por ese motivo, se les exige una carga mayor en su comportamiento privado que no sería propia respecto de un ciudadano común. Por esa razón, los jueces no únicamente deberían evitar un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias.[21]

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

---

[21] *Cf.* RILEY, Joe, "Ethical Obligations of Judges", *Memphis State University Law Review*, vol. 23, 1993, p. 509.

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?".[22] 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.

2. *El caso del juez de vida sexual no estrictamente ortodoxa.* Uno de los aspectos de la vida personal que está sometida a un escrutinio especial en nuestras sociedades es la 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 que acaba de divorciarse 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 prodigaba generosamente en el baile, lo hacía, obviamente, en público. También solía pagar las copas que consumía tanto ella como las de sus jóvenes acompañantes, y dado el crédito que tenía en el establecimiento en virtud de su cargo de juez, el propietario de la bailanta solía ir a cobrar las deudas contraídas al juzgado que la jueza pagaba de su propio peculio sin problemas.

---

[22] *Cf.* CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 302.

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, si alguna vez lo hacen, la línea del respeto.

2.3. *El juez adúltero y el juez que se relaciona con prostitutas.* En ambos casos, las prácticas de estos jueces no constituyen delito alguno y éstos las realizan de forma pública y notoria. En el primer supuesto, son constantes y públicas las riñas y las recriminaciones con su cónyuge. En alguna que otra ocasión el juez ha sido encontrado manteniendo relaciones sexuales dentro de su automóvil en un aparcamiento público con una mujer que no era su esposa. En el segundo,el juez entra y sale de su domicilio a altas horas de la noche y aunque los escándalos rara vez se producen, los vecinos son conscientes del tipo de tráfico sexual que allí tiene lugar. El juez tiene la costumbre también de contratar prostitutas y llevar cintas de videos pornográficos a las fiestas de sus amigos.[23] ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?

Hay quién podría pensar que estos ejemplos, y otros similares que podrían multiplicarse, de jueces que llevan una vida sexual en el límite de la ortodoxia son simplemente ejercicios académicos sin ninguna sustancia práctica. Pero ello no es así si se observa la legislación y la jurisprudencia comparada. Tanto los Tribunales Supremos de Ohio y de Florida, en los Estados Unidos, sancionaron disciplinariamente a jueces que se encontraban en circunstancias similares a las descritas.[24] El modelo de juez de estos Tribunales Supremos supone entonces que aquellos que cometen acciones impropias, incorrectas, inadecuadas o malas desde el punto de vista de la moral social que rige las relaciones sexuales no pueden ser en definitiva buenos jueces.

---

[23] El caso del juez que 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.

[24] *Cf.* LUBET, Steven, "Judicial Ethics and Private Lives", *Northwestern University Law Review*, vol. 79, núm. 5 y 6, 1985, p. 993.

3. *El caso del juez jugador y del juez que administra mal su patrimonio.* En este caso se trata de un juez aficionado a los juegos de azar. No únicamente asiste con regularidad a los casinos de la ciudad en la que ejerce la potestad jurisdiccional sino que concurre frecuentemente al hipódromo y a las partidas de poker organizadas en los clubs privados. En diversas ocasiones se vio obligado a pedir préstamos para hacer frente a las deudas de juego contraidas, 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 corresponde. En el segundo de estos supuestos, el juez tiene que afrontar deudas no provenientes del juego sino de comportamientos económicos erráticos y pintorescos. Gasta gran parte de su sueldo en ropa, para sí y su familia, ofrece costosas cenas a sus invitados y en general participa de una vida social cuyos costes no puede mantener. Por ese motivo, en diversas oportunidades, sus acreedores han embargado su sueldo, pero el juez terminaba cancelando todas las deudas no sin apuros y dificultades económicas.

En algunas legislaciones, como la argentina, existe ya la prohibición de que el juez participe en juegos de azar o concurra a lugares destinados a esas actividades.[25] Los jueces no pueden ir a casinos o hipódromos aun cuando no realicen apuesta alguna. Tales restricciones obedecen al menos a dos razones aparentes. La primera, es de naturaleza prudencial, un juez endeudado puede llegar a ser fácilmente corrompible por medio de la extorsión. La segunda, afecta a la apariencia de honorabilidad, una persona que juega permanentemente da la imagen de una persona sometida a una "práctica viciosa". Respecto al juez al que se le embargan los sueldos se suele aducir en su contra que quien no puede administrar 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

---

[25] *Cf.* DROMI, Roberto, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.

o imponen por mantener una vinculación social con determinado tipo de personas o por pertenecer a determinada clase de asociaciones.

4.1. *Supongamos que un juez se reune usualmente con delincuentes habituales, con reconocidos hombres dedicados al narcotráfico o con jefes de mafias de distinto tenor.* Su conexión con esta gente le viene de lejos, juntos han estudiado o participado en equipos deportivos y desde la juventud tienen la costumbre de cenar todos los jueves en el restaurante de uno de ellos. El juez no participa de las actividades delictivas de sus amigos, no recibe regalos de ellos y paga sus cenas como cualquier otro, pero está afectivamente unido a ellos por las razones antes dichas. Que estas amistades de los jueces no son aceptables lo indica el hecho de que en ocasiones, en los Estados Unidos, se han impuesto sanciones disciplinarias a jueces por el mero hecho de mantener una vinculación estrecha e íntima con delincuentes.[26] 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 prohibe los matrimonios mixtos desde un punto de vista racial o religioso y cuyos eslóganes son epítetos malsonantes hacia las comunidades negras, judías o suramericanas. Obviamente, este ideario rechaza la democracia como forma de gobierno y supone la subordinación del poder político a ciertos sectores religiosos. Estas personas se organizan en clubs, concertan veladas artísticas de dudoso gusto y se manifiestan en las calles. El juez de marras pertenece a estas asociaciones y asiste regularmente a las presentaciones de libros, conciertos o acontecimientos de marcado contenido racista y antidemocrático.

En todas estas asociaciones se les exige a sus miembros como una de las condiciones de membrecía que realicen un voto de obediencia a los postulados de la organización y que antepongan este voto frente a cualquier otra obligación contractual, jurídica o moral. ¿Podría una persona de este perfil ser un buen juez?

---

[26] *Cf.* LUBET, Steven, *op. cit.*, pp. 996-997.

Pareciera que no. El juez no podría al mismo tiempo 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".[27]

4.3. *Un caso distinto al anterior en muchos aspectos, pero que no evita la percepción de parcialidad en el ejercicio jurisdiccional es la del juez que pertenece a una asociación que se dedica a realizar actos de caridad, a cumplir funciones sociales benéficas como la Cruz Roja o que opera en defensa de los derechos humanos como Amnisty International.* La diferencia con el caso precedente es manifiesta. Es, fundamentalmente, de carácter ideológico, ya que aquí los postulados de estas asociaciones son perfectamente compatibles con los principios constitucionales. Al poner en práctica los principios de la asociación el juez ejecuta al mismo tiempo mandatos o permisiones constitucionales. Por ello no es de extrañar de que si la figura del juez queda afectada en un caso concreto funcione el apartamiento voluntario antes que la recusación. Sería suficiente aquí que al juez le estuviera vedado ocupar posiciones directivas o realizar ciertas acciones, como hacer campañas pidiendo contribuciones económicas, por ejemplo.

5. *El caso del juez estrafalario.* Supóngase ahora que se trata de un juez que tiene un sentido particular de la moda, y gustos estéticos no compartidos por la mayoría de la población en la que ejerce su profesión. Su cabello, teñido de amarillo, está modelado en forma de melena que acaba con una coleta que le llega más abajo de sus hombros. Adornan su oreja derecha una media docena de aretes y por su ceja izquierda sobresalen dos alfileres que acaban en una imitación de brillantes. Llega todas las mañanas a su despacho vestido con jeans y

[27] *Cf.* LUBET, Steven, *op. cit.*, p. 998.

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?"[28] No pareciera pues que una persona estrafalaria pudiera llegar a ser un buen juez.

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 sicológicamente impedido de hacerla obedecer a otras personas. 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.

[28] *Cf.* CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 302.

La situación descrita puede ser ilustrada con un ejemplo suministrado por Gerald Dworkin. Supongamos, dice G. Dworkin, que dos ladrones están cometiendo un robo y que el de más edad le dice a su compañero que aquello que está haciendo, robar, es incorrecto moral y jurídicamente. El ladrón más joven sorprendido al escuchar esa reprensión contesta a su compañero no sólo que él está haciendo lo mismo, sino que es un ladrón habitual con más años en esa profesión. Y que por ese motivo no tiene el derecho a formularle esa crítica. A lo que el veterano ladrón responde que ese es un dato irrelevante, que el acto que el joven está llevando a cabo, robar, está mal.[29]

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 sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que le ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto. No es suficiente pues, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es sancionado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor a la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá. Y la crítica moral habría perdido parte de su fuerza motivante.[30]

En todos estos casos, 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 indi-

---

[29] *Cf.* DWORKIN, Gerald, "Morally Speaking", en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.

[30] *Idem.*

cativas de un rasgo de sus respectivos caracteres. Tales acciones ejecutadas una única vez o muy esporádicamente tal vez no tengan la entidad suficiente como para servir de referencia para nuestros propósitos; esto es, saber si una mala persona puede ser un buen juez.

En los casos de jueces irascibles, de vida sexual no ortodoxa, de los que frecuentan compañías peligrosas o del juez estrafalario, las razones que se invocan para prohibirles conductas que a un ciudadano común le estarían claramente permitidas por el orden constitucional vigente se debe a que tales conductas disminuyen el respeto hacia los órganos de justicia que el conjunto de la población debe profesar en toda sociedad organizada, cualquiera que 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 afecta 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 más. 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 morales o estéticos. Y cuando se indaga en la vida privada de las personas para determinar cuáles son los defectos que padecen en sus respectivos caracteres, se sabe cuando se comienza pero no cuando se acaba. Esto conllevaría una enorme discrecionalidad para sancionar conductas inespecíficas con la consiguiente indefensión de los miembros del aparato judicial. En segundo lugar, porque no existen datos seguros que avalen la correlación entre la realización de comportamientos impropios por parte de los jueces y descreimiento en la justicia o críticas hacia el poder judicial, más bien parecen tener más relevancia otras cuestiones como la demora en la resolución de los conflictos, la existencia de sentencias arbitrarias o de fundamentaciones pintorescas, las disputas políticas que los partidos mantienen en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional o, simplemente, las decisiones injustas. Y castigar sin tener datos fiables es peligroso.Esto nos lleva-

ría a ser tan cuidadosos en el diseño de la disciplina de la vida privada de los jueces que tal vez sería mejor dejarla a merced de un consenso gremial que no tiene por qué ser expreso; esto es dejarla a la autorregulación profesional. De hecho, esto es lo que sucede. Según Perfecto Andrés Ibañez, "no puede 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 ..."[31] Y, finalmente, porque tampoco puede aceptarse la generalización excesiva que supone extender a todos los miembros de la judicatura el comportamiento de uno o de unos pocos jueces. Debe evitarse en los razonamientos la falacia en la composición y, por cierto, los castigos que se basan en supuestas justificaciones producidas por ese u otro tipo de falacia.

Por otra parte, la afirmación de que el reproche que lleva aparejada toda condena pierda 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 o cómo deberían funcionar pragmáticamente las condenas morales. Tal vez tenga razón en que un presupuesto de la eficacia de la crítica moral sea que quien critica no esté contaminado por los mismos actos que constituyen el objeto de su recriminación, pero desde una perspectiva jurídica las sentencias operan de una manera distinta. En primer lugar, porque juzgador y condenado no tienen porqué participar, ni sentirse partícipes, de una misma comunidad de intereses o de valores morales o de otro tipo, ni identificarse el uno con el otro, ni que la reprimenda sea sentida como legítima por su destinatario, tal como lo señalan quienes se han dedicado al análisis de las subculturas de la delincuencia. Pero, además, el juez puede dictar una sentencia conforme a derecho sabiendo que es moralmente injusta,tal como lo muestra el artículo 4.3 del Código Penal que establece que los jueces o tribunales pueden solicitar el indulto de una persona cuando "de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendiendo al mal causado por la infracción y las circunstancias persona-

[31] *Cf.* IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Justicia/Conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

les del reo".[32] En ese sentido, ni tan siquiera el juez que en virtud de su profesión dicta habitualmente sentencias debe identificarse a sí mismo con cada uno de los postulados del derecho vigente, le basta con identificar las normas que servirán de fundamento legal a su sentencia por las fuentes sociales que las produjeron. Pero esta identificación no significa que aprueba o desaprueba esas normas. Nada de esquizofrenia hay en ello. Y si ello es así, el argumento que exige coherencia moral entre las sentencias emitidas por los jueces y los valores personales por ellos mantenidos pierde gran parte de su plausibilidad.

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

Para aquellos casos, en cambio, donde un juez tenga una ideología compatible con los valores liberales de la Constitución pero ante un hecho concreto su juicio pueda quedar sesgado, o dar la apariencia de ello, basta establecer un sistema amplio de apartamiento o de recusación. Según Joan Picó y Junoy, "el interés moral o religioso, en supuestos excepcionales, puede ser de tal trascendencia para el juzgador que ponga en duda su objetividad, por lo que adquiere sentido su sustitución. Así, podemos pensar en el caso del juez que perteneciendo activamente a una asociación religiosa debe resolver una controversia que, atendiendo en conciencia a los postulados de su creencia, ha de resolverla inexorablemente de una determinada manera... Al respecto, podemos citar el caso de un juez de Málaga, cuyas creencias religiosas contrarias al aborto eran conocidas, que fue recusado por el abogado de un imputado por delito de aborto al amparo del interés indirecto del juez en la causa. Este aceptó el motivo y fue separado del asunto..."[33] Pero, además, difícilmente se podría calificar a una persona que mantiene posiciones en favor de los derechos humanos como que es una "mala persona".

---

[32] El propio DWORKIN G., parecería aceptar que el mundo de la moral se diferencia en este aspecto del ámbito jurídico.

[33] *Cf.* PICÓ Y JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, J.Bosch, 1998, p.

Como se puede apreciar, no resulta fácil sostener que una mala persona no puede llegar a ser 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 preestablecido como la ley, la costumbre o los principios generales del derecho. Excepto, tal vez, si se considera un último argumento. Los jueces no pueden aplicar el derecho —se sostiene— sin interpretarlo previamente, y la interpretación es una actividad creativa sujeta a las veleidades ideológicas del interprete. Según estas tesis, habría pues una conexión necesaria entre la resolución de casos judiciales conforme a derecho y la moral privada del juez. El juez no podría dejar de proyectar, en definitiva, en cada una de sus sentencias sus propias valoraciones personales.[34] Esta actividad de interpretación del derecho que lleva a cabo el juez se vería favorecida en modo diverso por la discrecionalidad de la que dispone a distintos niveles, ya que:

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.

b) En otras ocasiones, el legislador utiliza términos tan generales como "morigeración" o tan vagos 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"[35] para definirlos y hacerlos operativos al momento de resolver una controversia.

c) Hay cuestiones además que no pueden resolverse sin tener una teoría moral completa o, al menos, bien desarrollada. Difícilmente se puede determinar el significado que tiene la expresión "tratos inhumanos y degradantes" sin hacer referencia a elementos tan importantes para la teoría y la práctica moral como la dignidad o la autonomía de la persona.[36]

---

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

[35] *Cf.* IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *op. cit.*, p. 253.

[36] He tomado prestado este ejemplo de una discusión mantenida con José Juan MORESO en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

d) Por otro lado, el orden jurídico autoriza al juez, a veces, a dictar normas generales para resolver una laguna normativa que le permita resolver un caso apelando a procedimientos como el de analogía que, al no ser exclusivamente de carácter lógico, involucran necesariamente cierta dosis de valoración.[37]

Pero la discrecionalidad del juez no queda reducida al ámbito de la interpretación normativa, también se manifiesta en lo relativo a los hechos probados. En efecto, cuando el juez evalúa la credibilidad de un medio de prueba o la atendibilidad de una prueba lo hace desde la perspectiva de la sana crítica, y este criterio reenvía necesariamente a ciertas valoraciones personales del juez.

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 la discrecionalidad judicial, ya que estos conceptos no únicamente son vagos y ambiguos, sino también dependientes de una concepción de lo bueno o de lo correcto.

Llegados a este punto, si se admitiera que existe una íntima conexión entre valoraciones morales, políticas o sociales e interpretación y aplicación del derecho, al menos para cierto tipo de controversias jurídicas, resultaría irrenunciable la indagación sobre la ideología del juez, ya que al decidir estaría adscribiendo derechos y obligaciones según su particular concepción de lo bueno o de lo correcto. Por lo tanto, una mala persona, jamás podría ser un buen juez.

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

---

[37] *Cf.* 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)

de aspectos que pueden basarse en perjuicios de distintos tipos o en principios que colisionan claramente con principios constitucionales bien asentados. Y no conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aun con sus sentencias la moral social vigente, sino que están obligados a *decidir conforme* al sistema de fuentes establecido. Y que en virtud de esa obligación no en pocas ocasiones los jueces deben decidir jurídicamente en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demanda el derecho.

Quedan pues como alternativa para definir "mala persona" los criterios definidos por la moral crítica; esto es por una moral que fue receptora de los ideales del liberalismo y cuyos postulados básicos están ya recogidos en el ordenamiento constitucional. Cuando en una democracia los jueces y magistrados juran sus cargos y prometen obedecer la constitución y las leyes no hacen sino reafirmar estos principios morales. Y si el liberalismo 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. El argumento de que los jueces deben dar una imagen de imparcialidad —además de serlo— puede ser importante, pero nunca a costa de eliminar los derechos básicos que asisten a los jueces a desarrollar libremente su personalidad. A la luz de esta concepción, la prohibición o sanción impuestas a los jueces de algunos de los ejemplos analizados con anterioridad carecerían de justificación.