

ÉTICA DE LA FUNCIÓN DE JUZGAR*

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ**

Un hipotético juez de vieja estirpe dogmático-positivista enfrentado al clima de opinión políticamente inducido en torno a una sentencia, como, por ejemplo, la del caso “Marey” —que, todo hay que decirlo, él nunca habría podido dictar— correría, seguramente, un riesgo de infarto. De “iniquidad” e “injusticia”, habló González, y Belloch imputó al tribunal haber decidido como lo hizo “porque no le convenía políticamente absolver”. Se trata de un significativo botón de muestra bien apto para ilustrar sobre un ambiente creado en torno a la jurisdicción, así convertida en el campo —en ocasiones como la evocada, realmente de batalla— en el que, a veces, se dirimen, aunque sea por anómala inducción instrumental, las cuestiones y los conflictos más diversos.

El recordado es un hecho lamentable, con aparatosa presencia en la vida del país durante algún tiempo, que si se evoca aquí es sólo porque —más allá de su incidencia sobre los magistrados directamente afectados— revela un clima-marco general de ejercicio de la administración de justicia que integra nuevos y atípicos datos y compromete intensamente a sus operadores, poniendo a prueba, es claro, algo más que sus actitudes y aptitudes técnico-jurídicas.

Es obvio que no se trata de reivindicar o añorar aquí y ahora el medio cultural y político, tópico hábitat imaginario de aquel du-

.. * Este artículo es una reelaboración de la ponencia expuesta en el seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, en febrero de 2001, y se publica en la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nº 40, España.

** Es en la actualidad magistrado del Tribunal Supremo, y ha sido miembro del Consejo General del Poder Judicial. Es director de *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, y autor de diversas publicaciones.

doso modelo de jurista, frecuentemente predicado también como su puesto espacio ideal de ejercicio de la jurisdicción. Sólo pretendo llamar la atención sobre hasta qué punto el quehacer judicial, que nunca fue asépticamente jurídico, por razones que ahora no hacen al caso, aparece hoy con frecuencia, sobrecargado y circundado de implicaciones que —por más que puedan responder a fines tan espurios y torpemente tácticos como los que se adivinan en las opiniones transcriptas y otras muchas en que es fértil la hemeroteca— introducen en ese universo una dimensión de complejidad inédita hasta hace apenas unos pocos años, que no puede ser desatendida. Y, con ella, un factor de dificultad añadido que trae a primer plano la cuestión de la formación y el perfil cultural y ético del juez. Una función como la judicial plantea siempre serias exigencias en ése y otros terrenos, pero más cuando se ejerce en circunstancias de conflictividad como las producidas durante estos años, que no es claro que sean de naturaleza meramente coyuntural.

No es que el valor justicia y otros valores hayan estado totalmente ausentes como parámetro del juicio externo sobre las resoluciones judiciales. Y, menos aún, que esa ausencia fuera deseable en hipótesis. Al contrario, la crítica—esto es, la aproximación racional e intelectualmente honesta— en otras claves que la meramente jurídica, es vital para la justicia en una sociedad democrática. Más cuando, como se sabe, durante mucho tiempo el único discurso explícito autorizado y practicado fue el de carácter técnico.

En tal limitado contexto, el punto de vista ético tenía por toda referencia la moral privada del juez, obvio exponente de la socialmente imperante, que se daba como un presupuesto de presencia garantizada merced a los filtros propios del sistema de selección y a la constricción implícita en el modelo organizativo. En realidad, la cuestión no era problemática, porque las desviaciones en este terreno carecían de significación porcentual y de trascendencia práctica. En sociedades monoclase, como la que alumbró al juez del Estado liberal, y en situaciones político-culturalmente tan cerradas como la española predemocrática, el perfil ético-político del operador judicial tenía que ser de una uniformidad clónica. Tanta, como para alimentar fácilmente el mito de la indiferencia de esa dimensión para la calidad de sus prácticas. Desde esa perspectiva, el juez era un sujeto realmente fungible.

El tópico ha venido arrastrándose y no puede decirse que se haya visto del todo desterrado, porque lo cierto es que tampoco cabe registrar un esfuerzo cultural explícito al respecto. Pero es que una transformación como la experimentada por socie-

dades como la.nuestra en los veinticinco últimos años; no podía darse sin consecuencias en la materia.

La instauración del pluralismo en la magistratura ha hecho patente, incluso para quien se aproxima al fenómeno de forma meramente intuitiva, que más allá del común denominador técnico del juez, importan actitudes desde cuya perspectiva él no es fungible'. El asunto conecta con la cuestión del juez natural, que emerge en la historia como problema, precisamente, por la conciencia de la necesidad de distribuir de forma aleatoria entre los asuntos y los demandantes de justicia esas particularidades diferenciales no indiferentes, que hoy tienen mayor significación que nunca.

Ocurre, no obstante, que esa área de lo no indiferente pero irreductiblemente personal del juez, aunque pertenezca al ámbito de su autonomía individual como sujeto moral, está también normativamente modulado en su proyección cuando afecta a los bienes jurídicos en litigio. El juez, en tanto que sujeto público y con deberes de esa clase, está obligado a inspirar su práctica en un acervo de principios básicamente universalmente compartidos, hoy constitucionalmente consagrados; Así, pues, tiene derecho a ser él mismo, pero, como jurisdicente, por imperativo legal, sólo dentro de esos límites.

No hace falta decir lo necesario que resulta que él juez tenga clara, "asuma reflexivamente y encauce de forma correcta, esa dialéctica central entre valores personalísimos y valores transpersonales de obligatoria observancia en su ejercicio profesional'. Y es bien obvio que a estimular esa conciencia puede y debe contribuir activamente la crítica pública de sus resoluciones.

Claro que por crítica entiendo —como he dicho— el tipo de análisis respetuoso con las exigencias constitucionales de racionalidad y limpieza del debate democrático necesario para que quienes ejercen poder lo hagan dentro de las reglas. Algo bien ajeno a actitudes como las recordadas al principio. Pero incluso las recusables de este género deben ser tomadas en consideración. No, obviamente, porque encarnen algún valor reconocible, cuando se producen de esa forma insidiosa y antiinstitucional, sino en la medida en que apuntan a un grave riesgo que, en hipótesis, podría llegar a darse, si el juez, con pérdida de su imparcialidad, aceptase verse arrastrado a ese terreno de degradada confrontación partidaria que no es el suyo. El riesgo es real, y más en momentos y casos particularmente tensionados, en los que siempre será más fácil que una decisión pueda abrirse indebida o abusivamente, en sus

EO
BO

i
i

i

i

e

O
H
O

presupuestos, a datos o actitudes propios del equipaje personal de un eventual emisor incapaz de sustraerse a las fuertes pulsiones del ambiente, proyectadas sobre él por alguna de las partes sociales o políticas en causa.

El detente sólo puede ser una meticulosa operación de filtraje cultural y técnico, en este segundo plano, conforme a exigencias de método y a las de ese cuadro de pautas procesales que hoy tiene feliz expresión del más alto vigor normativo en nuestro texto fundamental. No siempre será tarea sencilla, puesto que, con frecuencia, en el orden de los hechos, se tratará de hacer verdadera cirugía sobre las propias impresiones y emociones; y en el propiamente jurídico, a veces, lo recabable, lo disponible, serán criterios de decisión relativamente imprecisos, o que han de extraerse de un contexto complejo de valores en tensión en/por el caso concreto. Lo que sucede, de forma paradigmática, en presencia de algunas de esas situaciones-limite, cuestiones de frontera, que interpelan fuertemente al derecho desde la ética o la política, y que cada vez tienen mayor incidencia en la práctica jurisdiccional.

En definitiva, habida cuenta de la vigencia actual del pluralismo como constante cultural del universo de los jueces y, también, del modo como las actitudes cultural-personales se proyectan, sobre una actividad como la de administrar justicia, tan permeable a la incidencia de lo valorativo, es necesario reflexionar sobre la clase de ética civil, acerca del mínimo ético que debe inspirar el ejercicio de la jurisdicción.

En todo caso, se ha de partir de la idea de que la función judicial tiene un ineliminable componente de discrecionalidad, puesto que siempre existen espacios —de mayor o menor amplitud— en el ámbito de decisión que el juez debe necesariamente llenar con materiales que no están en la ley en su totalidad. En ocasiones porque el propio legislador, por falta de un consenso básico en la materia, resuelve no cerrar la cuestión en su formulación legal y transferírsela al juez en términos de mayor o menor apertura.

Desde una perspectiva ideal de seguridad jurídica, lo deseable sería un juez que no tuviese a su disposición ningún margen de apreciación, que pudiera nutrir sus decisiones sólo con materiales normativos dados con carácter general por la autoridad legítima para ello. Pero se sabe que esto no es posible cuando se trata de fijar probatoriamente la cuestión de hecho, y que tampoco es siempre fácil en lo que afecta a las cuestiones de derecho. Por eso, la ética de la función de juzgar, en cuanto mira a lo que es dable

t.

i
1

i

exigir al juez en materia de actitudes de fondo, tiene hoy tanta relevancia como tema de reflexión.

Preguntarse por ella es como interrogarse sobre el modelo de juez. De forma inevitable: hablar de ética implica hacerlo también de una cierta política de la jurisdicción, siempre presupuesta y subyacente. Y es que la jurisdicción es una parte importante de la gestión de la polis, mediante (y en) la que se administran y reproducen los valores en torno a los que ésta se articula.

De ética/política de la jurisdicción se habla en ocasiones, pero no abunda el discurso racional explícito de alguna profundidad. Las más frecuentes han sido y son las intervenciones ocasionales, preferentemente ligadas a situaciones coyunturales, a casos concretos.

Entre nosotros, los jueces y sus prácticas han sido muy raramente objeto de observación externa de alguna calidad teórica. Tal vez sea debido a que ellos mismos han ejercido una función de poder que fácilmente les permitía establecer de manera autoritaria el umbral de la crítica que estaban dispuestos a tolerar. Piénsese en la vieja figura del desacato.

Así, durante mucho tiempo, el discurso en clave ético-política sobre los jueces ha sido, en general, monopolizado por ellos y ha cursado en términos esencialmente apologéticos. Su marco habitual: los tópicos discursos de apertura de tribunales y otros momentos del folclore judicial, poco idóneos como ambiente para un discurso crítico de algún alcance.

De la experiencia histórica del Estado liberal de derecho forma parte un modelo de juez, cuyos rasgos constitutivos están determinados por el control ideológico y la selección endogámica en el momento del acceso, por el modelo organizativo, y por la opción cultural imperante en materia jurídica, que es la propia del positivismo dogmático.

El juez resultante expresa en sí mismo una curiosa síntesis de las dos tipologías de la taxonomía weberiana. Técnicamente se ve y se presenta como un operador legal-racional, un aplicador técnico del derecho. Éticamente tiene una notable proclividad al integrismo religioso-moral. Una actitud que refleja muy bien la convicción del juez Hijas Palacios de que los jueces "no creyentes cometen la injusticia de negar la esencia misma de la justicia".

El juez a que me refiero expresa, pues, en su ethos profesional una curiosa síntesis de positivismo y iusnaturalismo. De jurista (supuestamente aséptico) y de (iluminado) pater familias.

CO
COO

H

i;

tí

í

i;

Bastaría una breve incursión en la jurisprudencia sobre cuestiones relacionadas con el sexo para comprobar hasta qué punto la técnica jurídica ha podido cargarse de connotaciones extrajurídicas y estar al servicio de una determinada moral, además entendida de la manera más rancia:

Ese modelo de juez es el de ascendencia napoleónica, que se implanta en la generalidad de los países de la Europa continental a lo largo del siglo *xix* y permanece sustancialmente invariable en sus constantes culturales hasta mediados del siglo *xx*. Es también el de la generalidad de las repúblicas de América latina.

Y es, precisamente, ese grado de implantación lo que ha dado lugar a que el correspondiente perfil profesional pasase a integrarse en el sentido común de gran parte de la ciudadanía, como el ideal judicial por naturaleza.

Ese juez, tan bien representado en su hábito externo y en sus actitudes en los dibujos de Daumier, enamorado de las formas, ritual y distante, que gusta verse a sí mismo como una suerte de sacerdote y a su función —misión— como sacerdotal, se ha distinguido por algunos rasgos altamente significativos, para lo que aquí interesa. Ha militado activamente contra la secularización del derecho y su autonomía de la moral. Ha sido, en general, un baluarte del antiliberalismo, muchos de los derechos hoy tenidos por fundamentales (la libertad de expresión, el de huelga), hasta momentos no tan lejanos, debieron abrirse camino a través de una tupida barrera legal con reflejo en un celo persecutorio jurisprudencial, a veces de una beligerancia encarnizada. Como sujeto colectivo se caracterizó —salvo excepciones de alcance netamente individual— por la dócil y funcional integración en todas las experiencias políticas autoritarias: de la Alemania, la Italia o la España fascistas al Chile de Pinochet.

Semejante ethos político-judicial tiene, como no podría ser de otro modo, una relevante proyección en la experiencia jurisdiccional. El juez del modelo a examen es un operador marcadamente autoritario, como se advierte con sólo reparar en los usos lingüísticos, vehículo de toda una forma de (in)comunicación, de imposición monologante; en el empleo desproblematizado y generoso de recursos como la prisión provisional; en el modo tradicional de la formación y expresión de la convicción judicial. La intima convicción, opción alternativa a la prueba tasada, se convierte en manos de este juez en una peculiar garantía de irracionalidad del juicio y de inmunidad frente a posibles controles. En la práctica,

se acuñó, y aún no puede decirse desterrada, una cierta mística de la decisión judicial que hacía de ésta algo virtualmente incontrolable en un aspecto tan central como es la valoración de la prueba.

• Pues bien, el juez de este modelo ha sido fuertemente cuestionado. En ámbitos políticos, en algunos momentos constituyentes muy significativos, como el italiano de la segunda posguerra. Pero también en medios culturales y en los de los propios operadores judiciales. En efecto, lo sucedido en términos de transformación interna de la magistratura en la segunda mitad del siglo XX no se entendería sin esta última aportación. Más concretamente, sin el desarrollo de un movimiento asociativo, de raíz inicialmente corporativa, pero enseguida diversificado y abierto —precisamente, porque la función, en el contexto constitucional, lo está— a cuestiones de legitimidad y de justificación racional del ejercicio del propio poder. >

La reflexión crítica sobre esa etapa histórica a la que acabo de referirme y sobre las vicisitudes del poder del Estado liberal, el judicial incluido, condujo a un paradigma constitucional, el hoy vigente, que ha situado en el vértice de su pirámide normativa una ambiciosa tabla de derechos. El resultado es que los derechos fundamentales se integran en el constitucionalismo actual como conjunto de normas positivas vinculantes, en primer término, para los poderes públicos. De ellos forma parte una exigente disciplina constitucional del proceso —y del penal, sobre todo, por razones bien comprensibles— extraída de las leyes de enjuiciamiento, para dotarla de una eficacia prescriptive reforzada. •

Esa disciplina constitucional del proceso conlleva todo un cambio de paradigma en el operar judicial. En ella hay implícita toda una ética de la función judicial y un diferente modelo de juez. Podría decirse que —en la perspectiva del modelo, esto es, del deber ser de la jurisdicción en que se sitúan estas reflexiones— el juez del poder ha dado paso a un juez de los derechos. ..

En efecto, si se atiende a la configuración orgánica del poder judicial en textos constitucionales como el español vigente, la tendencia ha sido al fortalecimiento de la independencia como garantía de legalidad erga omnes. En mayor o menor grado, se ha producido un desplazamiento institucional de la jurisdicción: de la histórica integración subordinada en el marco del Ejecutivo a formas de autonomía funcional ciertamente inéditas. Así, del juez, antes una más entre las diversas articulaciones del Estado-aparato, hoy puede hablarse con fundamento como de un caracterizado órgano del derecho (García de Enterría, 1995).-

k

L

3

í

ft

Esa nueva colocación institucional de independencia, reforzada en los aludidos textos constitucionales, aparece asociada a una posición del juez en el proceso, significativamente diversa, que es garantía de imparcialidad. En efecto, el fortalecimiento de las posiciones procesales de las partes mediante la garantía de sus derechos, al dar efectividad al principio de contradicción, pone al juez en el sitio que le corresponde, asegura su equidistancia.

Complementariamente, tanto por razones de estatuto —superación del sentido absolutista de la jerarquía interna— como por razones culturales, el juez es también más independiente dentro del complejo burocrático en el que se inscribe su actividad.

La ética de la función judicial, más que la ética del juez, es la ética del juicio. De cualquier juicio jurisdiccional pero que tiene, sin duda, en el penal, por la intensidad de la afectación a los valores sobre todo personales, pero también públicos, en juego, su campo ideal de operaciones. Por eso, voy a centrar en él las reflexiones que siguen.

El derecho penal-procesal moderno, de inspiración liberal, como ha escrito Ferrajoli (2000), “comparte con la ética cristiana la máxima nolite iudicare, si por ‘juzgar’ se entiende el juicio sobre la identidad inmoral o malvada del sujeto y no la indagación probatoria y la calificación jurídica del hecho cometido por él y previsto en la ley como delito”.

Los penalistas hablan del principio de materialidad de la acción o principio del hecho, como regla que debe circunscribir el juicio judicial, para evitar intervenciones avasalladoras en el ámbito del sujeto. Algo que, por cierto, no es incompatible con la toma en consideración de cierto tipo de situaciones personales (caso de algunas atenuantes), ni con la modulación de la respuesta en función de ellas.

Así, el punto de partida y objeto del juicio penal son acciones humanas concretas caracterizadas por su negativa incidencia en determinados bienes jurídicos esenciales. Acciones humanas a las que se asocia normativamente la privación de algún derecho, como pena. Lo que exige un notable rigor en la adquisición del correspondiente conocimiento relevante a tal efecto.

Si se atiende a la historia del sistema penal, se advertirá inmediatamente que quienes se han ocupado de él en una perspectiva de transformación han mantenido siempre dos preocupaciones que, en buena medida, forman una sola de doble vertiente. Me refiero a la preocupación por la humanidad del trato y a la preocupación

por la calidad cognoscitiva del juicio. Cuando, en la justicia del antiguo régimen, la lucha del juez era contra el mal, como dice Cordero, el proceso se resolvía en pura demonología y es obvio que —dentro de la lógica del sistema— no cabía poner límites a la actuación de los agentes del bien.

Las consecuencias de orden procesal de esta opción de fondo, son bien conocidas, en particular una: la asunción de la tortura como instrumento de prueba. Como el indicio de delito constituye en la situación de sujeto pasivo de investigación, el proceso se carga de finalidades sustantivas. Es —y se considera legítimo que sea— en sí mismo inmediatamente penalizados

La pretensión de obtener mediante el proceso una verdad tendencialmente absoluta produjo efectos de una brutalidad escandalosa y, también, los más odiosos errores judiciales. Como recuerda Manzoni (1987), en *La columna infame*, no sólo es que los reos bajo tortura se confesasen autores de delitos que no habían cometido, es que aceptaban serlo, incluso, de delitos de realización imposible.

No es, pues; extraño que en la superación histórica de esa etapa del proceso penal se diera una interesantísima convergencia de dos impulsos: la tensión ética hacia el trato realmente humano de los imputados, y la atención a la naturaleza de los instrumentos procesales como medio de obtención de un conocimiento de calidad. El resultado es un modelo de proceso que opta por una verdad procesal (formal y probable) más modesta en sus pretensiones y acoge implícitamente las pautas operativas del método hipotético-deductivo.

El modelo garantista resultante cuenta, así, con una consistente dimensión metodológica, epistemológica. Si el conocimiento judicial ha de ser riguroso, y tendrá que serlo si sus resultados pueden llevar a la imposición de penas, el juez deberá hacer propios criterios que se han acreditado como válidos en otros ámbitos de conocimiento igualmente relativos a hechos.

La formulación es nueva, el problema no. Beccaria (1968) asignó como fin al proceso "la indagación indiferente del hecho". Un peculiar ilustrado napolitano, Massimiliano Murena (1785), escribió que "la justicia depende de la verdad de los hechos". Muratori (1794), en *Defectos de la jurisprudencia*, en la misma época, quería un juez "perplexo... para conocer". Y reclamaba de los jueces una curiosa cualidad: "la indiferencia", como garantía de objetividad. Bobbio (1971), en fin, en un ya viejo trabajo, pre-

OO
OO

!;
t

!

i

Z

»

¿Contándose por el modelo de juez, llegaba a la conclusión de que la imparcialidad es a éste lo que la neutralidad valorativa al científico.

Como puede verse, el discurso de la imparcialidad aparece, incluso de antiguo, connotado de implicaciones cognoscitivas. E, insisto, tiene también una relevante dimensión ética, porque el conocimiento debe manar de fuentes ajenas al propio imputado; ser fruto de la igual confrontación según las reglas del juego probatorio y no del ejercicio de la constrictión sobre aquél.

Juez imparcial quiere decir, antes que otra cosa, juez intelectualmente honesto, empeñado en una actividad cognoscitiva que ha de empezar por proyectarse en la contrastación autocrítica de la propia posición frente al caso. Tal es, precisamente, la actitud que obliga el hoy principio constitucional de presunción de inocencia. Éste demanda la renuncia metódica al pre-juicio y la depuración racional de los indicios y datos inculpatorios en el juicio, a través del método dialógico como instrumento. En el juicio contradictorio, según una bellísima metáfora de Pagano (1806), “la verdad es como la luz, que brota, por contraste, de la percusión de dos cuerpos”.

De este modo, las garantías procesales, como también ha escrito Ferrajoli (2000), no son sólo garantías de libertad, sino así mismo garantías de verdad.

Hay que tratar bien al imputado y, al mismo tiempo, el sistema procesal —que siempre limita derechos— tiene que acreditarse por resultados convincentes y esto sólo se obtiene por el rigor de la metodología probatoria y mediante decisiones suficiente y explícitamente justificadas.

El juez del modelo constitucional no puede ser un oráculo, ni una pitonisa, sino un operador racional, que resuelve a partir de pruebas obtenidas a través del debate sobre una hipótesis acusatoria. Después, debe motivar su sentencia, tanto en lo que se refiere a la convicción en materia de hechos como por lo que hace a la valoración jurídica de éstos y a la pena.

A la vista de lo razonado, puede decirse que, por más que el modelo, como tal y como todos los modelos, esté condenado a alcanzar un grado de realización siempre limitado, lo cierto es que reúne las condiciones para hacer posible un enjuiciamiento de calidad. Ahora bien, ese resultado, que en una parte relevante depende de la observancia de normas y reglas, en medida no desdeñable tiene que ver con la calidad de las actitudes —la ética— de los jueces.

CO
OO

En esta perspectiva, el riesgo fundamental del viejo modelo, era el de la prepotencia, consecuente a la legitimación carismática y acentuada por la irracionalidad del método y por la falsa conciencia acerca del verdadero sentido del propio papel.

Hoy el riesgo podría radicar en la ilusión de que una legitimación constitucional, una mayor calidad de independencia, un marco legal inspirado por valores democráticos y un método idealmente garantista (en la doble vertiente de la libertad y la verdad) podrían funcionar por sí solos, harían el trabajo del juez. Y también en una lectura reductiva y empobrecedora de los principios constitucionales del proceso y de sus formas de garantía, por razón de la misma vieja mal entendida eficacia, que tantas veces comparece en discursos judiciales de todas las instancias, ahora bajo una envoltura de supuesta asepsia tecnocrática.

No sé si el del juez sigue siendo, como para Montesquieu (1972), el más terrible de todos los poderes. Yo creo que a escala macrosocial ésta es una afirmación que, probablemente, no puede sostenerse. (Aunque es la enseña de algún mal disimulado antijudicialismo militante, como el que se expresa en las opiniones con que se abrían estas líneas.) Pero en la dimensión del sujeto individual, sobre todo si imputado de opie, no cabe duda de que el poder del juez es enorme, por incisivo y perturbador. De ahí que, en el contexto constitucional, reclame de forma vehemente la necesidad de límites: los de carácter institucional y legal, firmes y claros, y los también necesarios que sólo puede aportar una cultura constitucional y democrática de la jurisdicción reflexivamente asumida, con traducción en la correspondiente sensibilidad de los actores y en una viva y genuina crítica externa de esa misma inspiración.

El sistema constitucional vigente incorpora una opción de jurisdicción y de juez, susceptible de expresarse en un elenco de exigencias de principio, que configuran un modelo ideal, de carácter imperativo. En tal sentido puede hablarse de una ética positiva de la función de juzgar.

Podría decirse que, de tales pautas, unas miran preferentemente a orientar el contenido de las decisiones, mientras que las otras tienen más directamente que ver con el modo procesal de operar. Pero en todo caso, este criterio de distinción es forzosamente relativo, en la medida en que, en la materia, incluso las prescripciones en apariencia más formales, tienen importantes connotaciones materiales. En cuestión de proceso y, sobre todo, de proceso penal, cualquier forma toca enseguida fondo.

; f

Pues bien, puestos a subrayar algunas de esas pautas, pueden señalarse las siguientes:

- La aplicación judicial del derecho debe estar fuertemente orientada a dar satisfacción a los valores superiores del ordenamiento: "libertad, justicia, igualdad y pluralismo político" y a las exigencias de principio representadas por los derechos fundamentales y las libertades públicas. Al respecto, cualquier duda deberá resolverse en el sentido de dar a unos y otros el máximo de efectividad.
- Puesto que la judicial es una función de garantía de derechos desde la legalidad, quienes la ejercen deberán ser particularmente sensibles a las muy diversas formas de abuso o desviación de poder. Deberá incluirse aquí, muy particularmente, la atención al riesgo, siempre presente, de las propias.
- Dado el —a veces alto— coeficiente de discrecionalidad inevitable con que opera, el juez debe desarrollar un hábito de reflexiva tensión a la autocontención y a la prudencia.
- El de defensa es un derecho sagrado que el justiciable no ejerce contra el juez. Por eso, éste deberá reconocerle deparativamente, esto es, imparcialmente, el máximo espacio. "La publicidad es el alma de la justicia" (Bentham, 1959), pero, esencialmente, como garantía del imputado' al que, por eso, el juzgador no puede sacrificar entregándole irresponsablemente a la voracidad, objetivamente hiperpenalizadora, de los media.
- El juez no deberá adoptar decisiones que racionalmenté no le convenzan y que no sea capaz de justificar de forma que pueda resultar intersubjetivamente convincente.
- Puesto que, en ciertos casos, será difícil evitar que las propias opciones morales se manifiesten de algún modo en las decisiones, cuando así sea y sea legítimo, el juez deberá esforzarse en presentarlas y justificarlas como tales y no como opciones técnicas o neutras.
- El principio de presunción de inocencia, con sus implicaciones, debe ser profesado no sólo como regla de tratamiento del imputado sino también como criterio metódico. Partir de la inocencia de aquél y de que toda afirmación que la contradiga debe ser racionalmente demostrada no es una concesión, sin una garantía, de acierto en el juicio.

- El juez, además de respetar el derecho de las partes a contradecir, ha de saber que es en —y sólo en— ese contexto de interlocución donde debe obtener, razonadamente, su convicción. Escuchar es aquí mucho más que una regla de buena educación.
- Como todo poder, el del juez se presta fácilmente al abuso, en especial, en las relaciones con los justiciables, pero también con los profesionales que intervienen en su defensa; por eso deberá extremar la corrección en el trato a unos y a otros.
- En nuestro contexto constitucional los juicios deben ser de derecho, pero esto no impide la atención equitativa a las particularidades de las situaciones personales, dentro de los márgenes que siempre alberga la legalidad aplicable.

La legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli, 1999), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje.- Y, por ello, muy directamente, de su exclusiva responsabilidad.

No es, pues, exagerado, decir, según esto, que en el ejercicio de la jurisdicción —como en el de otras funciones estatales sujetas a la ley— hay siempre un componente fisiológico (en la medida que pertenece a la naturaleza de las cosas) de poder personal. Por eso, creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto)control de ese plus de potestad de decidir. En tal sentido, me parece que de la actitud ética del juez del modelo constitucional tendría que formar parte un punto de mala conciencia. Es una garantía cultural, no reclamada por ninguna ley escrita, pero cuyo fundamento, a tenor de lo expuesto, está fuera de duda.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, E (2000): "El velo de la justicia", Claves de razón práctica, nº 102, mayo.
- (1988): "Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces", en *Justicialconflicto*, Tecnos, Madrid.
- BECCARIA, C. (1968): *De los delitos y de las penas* (trad. de J. A. de las Casas), Alianza, Madrid.

E

CRIMINOLOGIA - Nº 1

- BENTHAM, J. (1959): *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. de M. Ossorio y Florit), EJEA, Buenos Aires.
- BOBBIO, N. (1971): “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, en *Quale giustizia*, 8/71.
- CORDERO, F. (1981): *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (1999): “Etica de la giurisdizione penale (Contribute per una definizione della deontologia dei magistrati)”, en *Questione giustizia*, 3/99.
- (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de R. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos), 48 ed., Trotta, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1995): *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid.
- HIJAS PALACIOS (1960): *La justicia y los jueces en las Sagradas Escrituras*, con prólogo de Rafael García y García de Castro, arzobispo de Granada, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MANZONI, A. (1987): *Historia de la columna infame*, con nota de L. Sciaccia (trad. de E. Gallego), Alianza, Madrid.
- MONTESQUIEU (1972): *Del espíritu de las leyes* (trad. de M. Blázquez y E. de Vega), Tecnos, Madrid.
- MURATORI, L. A. (1794): *Defectos de la jurisprudencia* (trad. de V. M. De Tercilla), Imprenta de la viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid.
- MURENA, M. (1785): *Tratado de las obligaciones del juez* (trad. de C. Cladera), D. Plácido Barco López, Madrid.
- PAGANO, F. M. (1806): *Lógica, de probabili applicata a' giudizi criminali*, Presso Agnelló Nobile, Milán.