

De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”*

Josep AGUILO REGLA

1. **Introducción.** En esta sesión me propongo exponer algunas ideas a propósito de dos ideales relativos al rol de juez en el Estado de Derecho; me refiero a la independencia y a la imparcialidad. Se trata de dos tópicos (lugares comunes) ampliamente aceptados y recurrentemente utilizados sobre los que, en realidad, resulta difícil decir algo nuevo. Aquí, la única novedad tal vez consista en decir las mismas cosas de siempre aunque desde una perspectiva relativamente diferente: la de la teoría de la argumentación jurídica. Como se verá, esta aproximación no nos permitirá realizar “grandes descubrimientos”, pero sí hará posible, me parece, modificar algunos acentos en la consideración de la independencia y la imparcialidad y extraer algunas conclusiones que, tal vez por obvias, se olvidan con relativa frecuencia.

2. **Explicación y justificación.** Para desarrollar el análisis que me propongo conviene, antes que nada, introducir dos distinciones frecuentemente utilizadas en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica y que constituyen fragmentos de la distinción más general entre explicar y justificar. La primera opone lo que se ha convenido en llamar el “contexto de descubrimiento” de una decisión al “contexto de justificación”. Y la segunda, las “razones explicativas” de una decisión a las “razones justificativas”. Centrémonos en ellas.

2.1. *Contexto de descubrimiento de una decisión y contexto de justificación.* En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” de una teoría o hallazgo científico. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desenvuelve la ciencia, esto es, al proceso en el que se descubre algo o se formula una teoría. En el contexto de descubrimiento están particularmente interesadas la historia y la sociología de la ciencia y en él se pueden incluir y considerar relevantes cosas tan heterogéneas como las fuentes de inspiración (Newton y la manzana), el azar o la buena fortuna (Fleming y la penicilina), las peripecias de los investigadores (J. Watson y F. Crick y el modelo de la doble hélice del DNA), las decisiones de política científ-

fica (el papel de los presupuestos y los programas de investigación), las decisiones políticas generales (el papel de la guerra en el desarrollo científico), etc. Pero lo importante, para quienes aceptan esta distinción, es que no existiría una “lógica del descubrimiento”. Frente a esta noción, la de “contexto de justificación” alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o descubrimiento científico. A diferencia del caso anterior, sí habría una “lógica de la justificación” que vendría dada por lo que se conoce como el método científico. Para quienes aceptan la distinción, lo segundo es independiente de lo primero. Por decirlo de manera breve, la famosa manzana de Newton tal vez explicase muchas cosas pero no quitaría ni pondría nada a la validez o no de la teoría de la gravitación universal.

Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre lo que puedan ser los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc. que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado; y, por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto de lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido.

Pongamos un ejemplo para mostrar en qué pueda consistir esa independencia entre unas cuestiones y otras. Considérense estas dos afirmaciones: primera, “la tendencia a la benevolencia que exhiben algunos jueces hacia el delito de insumisión es debida a (se explica como consecuencia de) la proximidad social (afinidad de clase, cultural, vecinal, biográfica, etc.) entre jueces e insumisos”; y, segunda, “esas mismas ‘decisiones benevolentes’ están bien fundadas y son conformes a Derecho”. La independencia entre ellas se muestra en que caben todas las combinaciones posibles en la aceptación y el rechazo de las mismas.

La distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación” de una decisión se ha utilizado para rechazar las críticas que algunos escépticos frente al papel de las reglas en la toma de decisiones de los jueces han dirigido en contra del silogismo judicial. La crítica consistiría en lo siguiente: los jueces presentan sus decisiones como si fue-

* El presente texto es una revisión en profundidad de la conferencia pronunciada en el Seminario de Argumentación Jurídica que tuvo lugar en México D.F. entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), y que bajo el título “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” apareció publicada en “Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho”, nº 6, abril 1997.

ran el resultado de un proceso consistente en primero hallar las premisas relevantes del caso y después la solución que de ellas se sigue; pero el proceso real —dirán los críticos— es el inverso: primero deciden y luego racionalizan esa misma decisión. Es decir, presentan la decisión como si hubiera estado motivada por el Derecho. La ridiculización de estas actitudes críticas ha llevado a hablar incluso de “jurisprudencia gastronómica”, queriendo poner de manifiesto que la decisión podría llegar a estar motivada por la buena o mala digestión del juez. Pues bien, a la luz de esta distinción, estos críticos se equivocarían porque estarían confundiendo dos cosas distintas e independientes entre sí: el proceso de la decisión (contexto de descubrimiento) y la corrección de la decisión (contexto de justificación).

Un lugar común de la teoría estándar de la argumentación jurídica es que el Derecho está interesado en el contexto de justificación de las decisiones y no en el de descubrimiento. Más adelante, si mi análisis es correcto, trataré de mostrar que esta afirmación debe ser convenientemente matizada.

2.2. Razones explicativas y razones justificativas de una decisión. Otra distinción importante, que coincide sólo parcialmente con la anterior, es la que opone “las razones explicativas” de una acción a “las razones justificativas”. Para explicar la diferencia entre unas y otras voy a recurrir a un ejemplo muy sencillo tomado de Carlos Nino. Considérese el siguiente texto:

“La razón por la que Pedro mató a su mujer es que ésta hablaba demasiado; pero ‘hablar demasiado’ no es razón para matar.”

Como se ve, en el texto se dice que “hablar demasiado” es y no es razón para matar. Ante este tipo de situaciones sólo caben dos alternativas: O bien contiene una contradicción o bien la palabra “razón” es ambigua. La primera alternativa puede ser descartada sin más porque parece claro que todos vemos sentido al texto. La segunda supone que la palabra “razón” adquiere un significado diferente en cada uno de sus dos usos: en el primer caso se usa en el sentido de “razón explicativa” para aludir a los motivos, los móviles de la conducta de Pedro; y en el segundo, en el sentido de “razón justificativa”, para referirse a la valoración de la conducta de Pedro. El primer uso presenta la conducta de Pedro como una acción intencional; el segundo, la descalifica.

Si se acepta que “decidir” es una acción (una acción cuyo sentido es cerrar un proceso deliberativo) entonces es fácil darse cuenta de que la distinción anterior es perfectamente proyectable sobre las decisiones judiciales. Ciertamente la teoría de la argumentación jurídica ha sido plenamente consciente de ello y, en este sentido, una posición que suele atribuirse a las concepciones estándares de la misma es que los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones (mostrarlas como correctas) pero no el de explicarlas (dar cuenta de sus motivos).

En este punto, antes de proseguir, quiero abrir un breve paréntesis kantiano. Kant consideraba que la conducta moral consistía no en obrar en correspondencia con el deber (esto es, que la conducta se adaptara al contenido del deber), sino en obrar por reverencia al deber (esto es, movido por el deber). Es fácil darse cuenta de que ello quiere decir que, de acuerdo con Kant, en el ámbito de la conducta moral, la razón explicativa —el motivo de la conducta, lo que mueve la conducta— y la razón justificativa —el deber, lo que la justifica— deberían coincidir. Es decir, que respecto de la conducta moral no debería poderse distinguir entre razones explicativas y razones justificativas. Reténgase esta idea, pues será importante para nuestros análisis posteriores.

3. La independencia. La independencia de los jueces es, como dije al comienzo, un ideal (una idea regulativa) del Estado de Derecho. En general, no es difícil percatarse de que en la cultura jurídica han prevalecido dos concepciones diferentes a la hora de dar cuenta del Estado de Derecho, una más mecánica y otra más normativa (si es que puede hablarse así). La primera ha tendido a pensar que la eficacia de los ideales regulativos del Estado de Derecho depende (es básicamente una función) del correcto diseño de las instituciones (posiciones de los sujetos, equilibrios de poderes, formas de acción creadas, procedimientos, etc.). La segunda, por el contrario, ha tendido a pensar que la realización de los ideales (la eficacia de los valores y fines) depende básicamente de la conducta y de las actitudes de los sujetos relevantes y, en consecuencia, ha tendido a poner énfasis en la transformación de los valores en deberes dirigidos a ciertos sujetos. Obviamente estas dos concepciones han tenido su reflejo en el análisis de la independencia de los jueces; y, si se repasa la literatura relativa a la independencia, no es difícil mostrar algo así como dos posiciones contrapuestas. Por un lado, nos encontramos con infinidad de textos que se centran sobre todo en el diseño de la situación institucional del juez, de forma que la independencia viene a ser prácticamente una variable dependiente de factores tales como la inamovilidad, la predeterminación, el autogobierno de los jueces, etc. Por otro, están aquellos textos que interpretan el principio de independencia en términos de un deber de independencia de los jueces que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes y conductas y que no depende sólo ni fundamentalmente del marco institucional en el que el juez desarrolla su función (aunque éste obviamente puede facilitar u obstaculizar el cumplimiento de ese deber de independencia).

Me parece claro que una buena concepción de la independencia de los jueces no puede prescindir de ninguna de las dos perspectivas. Ahora bien, también me parece claro que la tendencia dominante ha sido la de reducir el principio de independencia a la cuestión del marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su independencia. Una buena prueba de esa tendencia a la asimilación es, por ejemplo, la confusión que existe en Es-

pañía entre la independencia de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales y el autogobierno de los jueces (del poder judicial). En mi opinión, el autogobierno podrá ser todo lo más un elemento muy importante del marco institucional adecuado o idóneo para que los jueces puedan ejercer su independencia; pero lo que es obvio es que los jueces no son independientes sin más por el hecho de que se autogobierren. Lo mismo podría decirse de la inamovilidad y otros tantos elementos del marco institucional que hace posible, facilita o trata de garantizar la independencia. Si no se está atento en procurar evitar la referida reducción se corre el riesgo de acabar concluyendo cosas tan ridículas como que por el hecho de contar con jueces predeterminados e inamovibles se cuenta ya con jueces independientes. Quede claro pues que una cosa es el principio de independencia y otra el estado de cosas institucional adecuado para facilitar, garantizar, etc. la independencia. Una prueba palpable de que la cosas son así es que el principio de independencia rige en Estados que prevén marcos institucionales muy diferentes entre sí; de manera que el principio de independencia es compatible con formas muy distintas de reclutamiento y selección de los jueces —desde la elección popular al examen por oposición pasando por el nombramiento por el poder ejecutivo con confirmación del legislativo—, de gobierno de los jueces —desde el autogobierno corporativo al gobierno desde el ejecutivo—, etc.

La referida tendencia a la asimilación entre el principio de independencia y el marco institucional adecuado para ejercer la independencia ha producido, me parece, un desequilibrio en el análisis de las implicaciones normativas del principio de independencia. Es una cuestión de acento, pero no es insignificante. El énfasis en el marco institucional suele ser el resultado de tomar en consideración fundamentalmente los riesgos que para el Estado de Derecho suponen las injerencias de los diferentes poderes sociales (especialmente las del poder político) en la actividad jurisdiccional. Ello, que sin duda es muy relevante, no debe llevar a restar importancia en el análisis normativo del principio de independencia a los que son sus principales destinatarios. Y, en mi opinión, es claro que éstos no son los gobiernos, los partidos políticos, los sindicatos, ni los grupos de presión, sino los jueces mismos. El principio de independencia tiene que traducirse normativamente también en un deber de independencia de todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.

3.1. ¿En qué consiste ese deber de independencia? En cumplir el Derecho. O dicho en mejores palabras: la independencia es la peculiar forma de cumplimiento que el Derecho exige a sus jueces. Pero, como es de sobra conocido, el Derecho exige cumplimiento a todos los destinatarios de sus normas. Centrémonos, por tanto, en el análisis de la referida peculiaridad.

La conducta de los ciudadanos se justifica jurídicamente de manera diferente a la de las autoridades jurídicas en general. En el ámbito de sus debe-

res, un ciudadano queda justificado mostrando sencillamente que actúa en correspondencia con lo prescrito (adapta su conducta a las normas). Las razones por las que actúa, los móviles, no son en general relevantes siempre que su conducta no sea anómica. Y, en el ámbito de sus poderes, podría decirse algo parecido. La capacidad jurídica es un poder normativo reconocido a las personas para que puedan perseguir (y alcanzar) sus propios fines; por ello, en general a los ciudadanos les es suficiente con apelar a la titularidad de los mismos para justificar su uso. Obviamente, la situación de las autoridades jurídicas es completamente diferente. En el ideal del Estado de Derecho está la idea del sometimiento de los poderes públicos a la razón y ello quiere decir, entre otras cosas, que la mera indicación de cuáles son sus poderes junto con la mera manifestación de voluntad de producir efectos normativos no es nunca justificación suficiente. Ello es particularmente claro en el caso de los jueces. En este sentido, podría decirse —extremando un tanto las cosas— que el fallo de una sentencia no tiene presunciones favorables; nadie discute el poder del juez para dictar el fallo, pero hoy en día es casi un lugar común la consideración de que un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria.

Pero la situación del juez es también diferente a la de otras autoridades jurídicas. Obviamente todas ellas están vinculadas al orden jurídico, pero no todas tienen un deber de independencia. En este sentido y para aclarar las implicaciones del deber de independencia conviene explicar, por un lado, la oposición entre la idea de independencia y la de representación y, por otro, la oposición entre la idea de independencia y las de dependencia o sujeción. Para ello, no se me ocurre mejor vía que la de recurrir a la clásica distinción entre el “gobierno de las leyes” y “el gobierno de los hombres”.

3.1.1. Independencia y representación. Como es sabido, una de las notas centrales con las que se ha caracterizado al Estado de Derecho es la del “imperio de la ley”. Ello ha llevado en no pocas ocasiones a presentar el Estado de Derecho como la culminación del modelo del “gobierno de las leyes” frente al modelo del “gobierno de los hombres”. No me voy a detener a glosar la diferencia entre estos dos modelos, pero sí quiero mostrar —como muy bien puso de manifiesto Bobbio— que la caracterización del Estado de Derecho como gobierno de las leyes requiere distinguir dos cosas diferentes: lo que él llamaba el “gobierno *per leges*” y el “gobierno *sub lege*”.

La idea de gobierno *per leges* ha servido básicamente para caracterizar a las autoridades políticas y ha tomado como paradigma de las mismas al legislador. Ello implica la idea de que el Derecho está al servicio de la política. Es decir, el Derecho (las leyes) es el medio del que se sirve la política para alcanzar fines sociales. Obviamente, la idea de imperio de la ley o Estado de Derecho implica límites en la consecución de dichos fines sociales: límites de tipo formal (las leyes tienen que ser generales y

abstractas, claras, públicas, no retroactivas, etc.) y también límites de tipo material. Lo que quiere decir que en la cultura jurídica dominante los deberes “jurídicos” de las autoridades políticas en el ejercicio de sus poderes han sido concebidos básicamente como límites.

Frente a ella, la idea de gobierno *sub lege* ha servido para caracterizar a las autoridades aplicadoras del Derecho y ha tomado como paradigma de las mismas a las autoridades jurisdiccionales. La idea de gobierno (autoridad) sometido(a) a la ley remite a la idea de una autoridad que no es portadora de más fines que los que la ley (el Derecho) le suministra. Por ello, los deberes de los jueces relativos al ejercicio de sus poderes no han sido concebidos por la cultura jurídica centralmente como límites, sino como determinaciones positivas de su conducta.

Si tenemos claros estos dos modelos podemos explicar ya la oposición entre representación e independencia. Si bien se considera, la legitimidad de las actuaciones de las autoridades políticas son el producto de una combinación de juicios de legalidad (tienen límites en la persecución de fines sociales) y de representación (en torno a estos gira la responsabilidad política). Por ello, aunque la legalidad ha sido siempre un componente importante de su legitimidad, las decisiones jurídicas de las autoridades políticas no se ven jurídicamente afectadas por el hecho de que se interpreten como promotoras de intereses de ciertos grupos sociales, realizadoras de programas políticos, definidoras de nuevos objetivos sociales o promotoras de nuevos valores aún no incorporados al orden jurídico. No en vano una de las funciones que siempre se atribuyó a las autoridades políticas fue la de innovar, modificar, el Derecho. Frente a ello, la legitimidad de las acciones de las autoridades jurisdiccionales es el producto de una combinación de legalidad e independencia. De legalidad porque el Derecho trata de determinar positivamente su conducta y de independencia por cuanto en sus decisiones no pueden dedicarse a ninguna de las actividades de representación antes aludidas. Ello quiere decir que el juez no puede ser portador de intereses o fines extraños al Derecho.

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y no desde parámetros extra-jurídicos provenientes del sistema social. Así, independiente es el juez que aplica el Derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra (actúa movido por el deber).

Finalmente una última cuestión que me parece de una extraordinaria importancia. En mi opinión, hay una fuerte conexión entre la idea de independencia

en el sentido aquí contemplado y la idea de que el Derecho ofrece una única respuesta correcta para cada caso. La imagen que el formalismo construyó del Derecho como un sistema de normas cerrado (hacia el sistema social), coherente (carente de contradicciones) y pleno (sin lagunas) es obviamente falsa, pero no cabe duda de que resulta coherente con la idea de independencia del juez que aquí se ha dibujado. Del mismo modo, podría decirse que todos aquellos que se han mostrado muy escépticos frente a la capacidad de las normas para determinar las decisiones judiciales y que han predicado la indeterminación del Derecho en sentido fuerte, se han mostrado también muy escépticos frente a la noción de independencia de los jueces. En este sentido, el gran reto para las concepciones de la independencia de los jueces es el de ser capaces de dar cuenta de las implicaciones de la misma en un contexto en el que no es sólo que esté agotada la imagen formalista del Derecho, sino en el que además se han producido transformaciones en nuestros ordenamientos que han llevado a dejar de concebirlas como Estados de Derecho (o Estados legales de Derecho) para pasar a concebirlas como Estados Constitucionales (o Estados constitucionales de Derecho). En este contexto, en mi opinión (aunque luego diré algo más sobre ello) la única vía abierta para dar cuenta de las exigencias normativas derivadas del principio de independencia es la de la argumentación racional y, en este sentido, la respuesta tiene que venir de la teoría de la argumentación jurídica.

3.1.2. Independencia y dependencia o sujeción. Para explicar esta oposición conviene de nuevo echar mano de la oposición entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres. Antes dije que el correlato del deber de independencia de los jueces es el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, las normas, las leyes. Para que ello sea posible el juez debe estar sometido o prestar obediencia exclusivamente al Derecho, a las normas. En este sentido, la independencia de los jueces se ha tendido a ver como un estatus o un privilegio; como una posición que hace que el juez que tiene que realizar un acto jurisdiccional no esté sometido a ningún superior, a ningún “hombre”. Obviamente ello es así y todas las concepciones de la independencia —mecanicistas o no— han resaltado esta característica. Pero, de nuevo, las cuestiones de énfasis son importantes. En efecto, lo anterior —la visión de la independencia como un estatus— pone el acento en la idea de que el juez no está sujeto a ningún superior, es decir, que *no tiene el deber de obedecer* a ningún “hombre”. Sin embargo, la interpretación normativa del principio de independencia (la que lo presenta como un deber de independencia) implica algo más. Afirma que el juez *tiene el deber de no someterse* a ningún hombre; tiene el deber de someterse exclusivamente al Derecho, las normas, las leyes.

3.2. Dos deformaciones típicas de la independencia. El deber de independencia tal como lo estamos

perfilando se traduce en un deber del juez de resolver los casos conforme al Derecho y movido por el Derecho. Ahora bien, esta idea (que, como se ha dicho, resultaba coherente con la imagen del Derecho construida por el formalismo), una vez que se ha desvanecido el encantamiento de un orden jurídico perfectamente pleno y coherente, ha dado lugar a dos deformaciones muy comunes de la independencia. Para explicarlas conviene tener claro que la definición de la posición institucional de cualquier autoridad jurídica en el Estado de Derecho viene dada por la determinación de cuáles son sus poderes (competencias) y de cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. En el caso de los jueces ocurre lo mismo. Pues bien, cada una de estas deformaciones es el resultado de ignorar alguno de los dos elementos de la posición institucional del juez: la primera deformación tiende a ignorar la posición de poder que ocupa el juez; la segunda, los deberes relativos al ejercicio de ese poder.

Muchas veces se oye decir que es independiente el juez que actúa desde la "propia convicción". La propia convicción, es decir, la sinceridad, tal vez pueda ser bajo ciertas circunstancias condición necesaria para la independencia, pero parece claro que no es suficiente. Y ello es así porque la idea de sinceridad hace demasiado subjetiva a la independencia. La sinceridad como exigencia normativa cierra realmente poco el abanico de soluciones posibles. Piénsese, por ejemplo, en la amplia gama de prejuicios que pueden sostenerse sinceramente. En mi opinión, la asimilación de la independencia a la sinceridad sólo puede hacerse a costa de ignorar la posición de poder institucional que ocupa el juez; no se otorga poder para que se sea simplemente sincero. Téngase en cuenta que si se realiza esa asimilación, entonces la justificación de las decisiones judiciales debería verse como una simple enumeración o información de opiniones y creencias subjetivas. El deber de independencia exige algo más que el deber de sinceridad. Ese algo más es la "justificación" de las decisiones. Por ello, la sinceridad no puede ser condición suficiente de la independencia; y, en ocasiones, un juez consciente de su deber de independencia se ve forzado a prescindir de sus propias convicciones subjetivas y sinceras ante la imposibilidad de justificarlas debidamente. La creencia sincera y subjetiva de que alguien es culpable tal vez pueda ser condición necesaria para la declaración de culpabilidad pero desde luego no es condición suficiente. En este sentido, el deber de independencia tiene mucho que ver con exigencias de racionalidad.

La soberanía es otra imagen deformada de la independencia judicial. Suele denominarse soberano al poder supremo e independiente, esto es, último y no sometido a control. Es cierto que los jueces muchas veces detentan el poder último —tienen la última palabra— y no sometido a posterior control institucional, pero en esa asimilación hay una confusión conceptual que consiste en lo siguiente: mientras que la "independencia" del soberano es una cuestión de hecho —se trata de determinar

quién de hecho es el soberano en una determinada sociedad política—, la "independencia" de los jueces es un principio normativo —se traduce en enunciados de deber relativos a la conducta de los jueces—. En este error, que consiste en definir la posición del juez dentro del orden jurídico a partir de tomar en consideración exclusivamente sus poderes (lo que les es posible hacer), ignorando sus deberes (lo que tienen el deber de hacer), ha incurrido con cierta frecuencia la teoría del Derecho. Una manifestación de este error ha sido, por ejemplo, el empeño que muchos autores han mostrado por integrar normativamente dentro del orden jurídico la sentencia firme (no revisable) irregular (contraria a las normas jurídicas). La famosa "cláusula alternativa tácita" de Kelsen, que venía a autorizar a los jueces a apartarse de las normas generales y a dictar sentencias cuyo contenido era determinado por el tribunal mismo, acababa transformando a los jueces en soberanos. En este punto, alguien podría replicarme que lo dicho es falso, que no es cierto que la cultura jurídica haya realizado esta asimilación, que es posible que lo hayan hecho algunos teóricos del Derecho, pero que para la cultura jurídica en general el lugar común ha sido la vinculación entre independencia y legalidad y que, por tanto, siempre se ha sido muy consciente de que el poder de los jueces era un poder delegado y, en consecuencia, un poder no soberano. Quien así piense tiene parte de razón, pero sólo parte. Porque hay otra deformación (muy semejante a la anterior y que responde a las mismas causas) que consiste en adornar a los jueces (especialmente a los de última instancia) con el don de la infalibilidad (y no sólo en cuestiones de Derecho sino también en cuestiones de hecho). Esta deformación es también el producto de ignorar los deberes del juez o, peor aun, de transformar sus deberes en poderes. Antes dije que el deber de independencia tiene mucho que ver con la exigencia de racionalidad; pues bien, esta deformación, que sí ha sido muy común, consiste en invertir los términos: en lugar de ver a la razón como un límite y un medio de control del poder, supone considerar que el ejercicio del poder "es" (en lugar de "debe ser") la expresión de la razón. Una cosa es tener la última palabra (poder) y otra muy diferente es tener razón. El poder se confiere, la razón, no.

3.3. *La independencia y la credibilidad de las razones del Derecho.* Como ya he dicho, el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho. Pero el principio de independencia protege no sólo la aplicación del Derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el Derecho le suministra. Nótese que, por ejemplo, al amparo del principio de independencia, es común justificar una fuerte limitación del derecho de asociación de los jueces, así como un estricto régimen de incompatibilidades. Todo ello va destinado no tanto (o no sólo) a prevenir prevaricaciones cuanto a

reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce en favor del fallo. Es decir, que estas razones no puedan ser vistas como meras racionalizaciones de móviles extraños al Derecho. Aunque luego volveré sobre ello, si lo dicho hasta aquí a propósito de la independencia judicial es acertado, no es cierto que el Derecho se desentienda del contexto de descubrimiento y de las razones explicativas de las decisiones judiciales.

4. La imparcialidad. Hemos dicho que independiente es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra. La independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social; y ello es así porque los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados desde (y sólo desde) el Derecho. Pues bien, la imparcialidad responde al mismo tipo de exigencias pero circunscritas al interior del proceso. Si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso. De este modo, la imparcialidad podría definirse como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso. Como se ve, estamos apuntando en la misma dirección de antes: imparcial será el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra. En este sentido, los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman “garantías objetivas” y “garantías subjetivas” de la imparcialidad. La objetivas están vinculadas a la legalidad de la decisión (en nuestra interpretación, deber de aplicar el Derecho) y las subjetivas, a las características del juez llamado a decidir (en nuestra interpretación deber de actuar conforme a Derecho por las razones que el Derecho suministra). Aquí nos vamos a centrar básicamente en las segundas y para ello nos detendremos en dos puntos esenciales: el análisis de las instituciones procesales de la abstención y de la recusación y la relación entre imparcialidad y neutralidad.

4.1. Abstención y recusación. El deber de imparcialidad de los jueces está íntimamente ligado a dos instituciones procesales como son la abstención y la recusación. No voy a entrar a discutir si se trata de dos caras de la misma institución o si son dos instituciones diferentes. Esa discusión no me interesa. Lo importante para nuestra exposición es que se considera que obra mal tanto el juez que no se abstiene cuando concurre una causa justificada como el juez que deniega una recusación bien fundada. Naturalmente también se considera que obra mal el juez que se abstiene sin causa justificada pues estaría incumpliendo otro de sus deberes centrales: el deber de decidir. Como es obvio la concreción de todo ello requiere esclarecer qué cabe entender por causa justificada.

Causas generalmente admitidas para la abstención y la recusación son el parentesco, la amistad

íntima, la enemistad manifiesta, la actuación como letrado, el interés en el objeto del proceso, la contaminación (instrucción previa a la vista), etc. A pesar de su carácter heterogéneo, es fácil darse cuenta de lo que tienen todas ellas en común. Lo que sobresale de todas ellas y las unifica es la extraordinaria fuerza motivacional de la conducta que se le reconoce. Denotan sentimientos e intereses a partir de los cuales explicamos cotidianamente las conductas de la gente en general; y este potencial explicativo obviamente alcanza también a los jueces.

El sentido inmediato de estas dos instituciones procesales parece claro: preservar la legalidad de las decisiones judiciales; evitar que la presencia en el juez de motivos para decidir provenientes del proceso y extraños al Derecho puedan llevar al juez a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones. Obviamente ello es así, pero no agota me parece el análisis de estas dos instituciones; porque, en realidad, no tiene sentido pretender que el juez que se abstiene está afirmando algo así como que si juzgara se le podría debilitar tanto la voluntad que podría llegar a cometer una prevaricación (dictar una resolución injusta a sabiendas) o que dadas las circunstancias se le podría nublar el entendimiento de tal forma que no llegaría a discernir cuál es la solución correcta del caso. Lo mismo puede decirse del juez que admite la recusación de un compañero: no parece adecuado interpretar ese acto como un juicio previo (o prejuicio) de prevaricación o de incapacitación para la formación del juicio. Si se interpretan así estas dos instituciones, no cabe duda de que realmente resulta muy duro abstenerse o admitir una recusación. En mi opinión, las cosas se ven más claras si estas instituciones se interpretan de una manera menos inmediata y no redundante con la exigencia de legalidad. En efecto, la abstención y la recusación protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión), sino también y fundamentalmente la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que en realidad reconoce el juez que se abstiene es que si no lo hiciera sus decisiones podrían ser vistas como motivadas por razones distintas a las suministradas por el Derecho. Podrían interpretarse a partir de razones tan motivacionales como el parentesco o el interés en el proceso.

En definitiva, la imparcialidad (y sus dos vehículos procesales, la abstención y la recusación) trata(n) de proteger no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas. De nuevo pues, si lo dicho a propósito del principio de imparcialidad es acertado, no es cierto —como ocurría también con la independencia— que el Derecho se desentienda del contexto de descubrimiento y las razones explicativas de las decisiones judiciales.

Si todo lo anterior es acertado entonces creo que hay razones para estar en desacuerdo con la que me parece que es la doctrina jurisprudencial dominante a propósito de las causas de abstención y recusación; la que afirma que se trata de causas tasadas y que, por tanto, considera que debe

excluirse la aceptación de otras posibles causas. No es este el lugar apropiado para detenerse en extenso en ello, pero me parece que lo que hace esa línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a las reglas. Como todos sabemos las reglas en general tienen una formulación que hace que en ocasiones su aplicación pueda generar casos anómalos de infrainclusión o suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad a que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación aunque dicho caso no sea subsumible en ninguna de las reglas de recusación previstas. En definitiva, una cosa es tener una actitud prudente hacia la aceptación de nuevas causas y otra muy diferente es negar toda posibilidad de su admisión. En España, en los últimos años, contamos, me parece, con bastantes ejemplos claros de infrainclusión.

4.2. *Imparcialidad y neutralidad.* Muchas veces se oye decir que la imparcialidad exige equidistancia respecto de las partes del proceso y que éste es precisamente el sentido de instituciones como la abstención y la recusación: evitar la presencia de jueces no equidistantes respecto de las partes en conflicto. Pero esto choca con otra intuición también muy arraigada: el Derecho no exige equidistancia entre violador y violada o entre acreedor y deudor moroso; el Derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es el que incorpora los balances de intereses y valores que hace el Derecho y con mucha frecuencia estos no se sitúan precisamente en el punto medio. Para explicar estas dos intuiciones contrapuestas me parece imprescindible distinguir entre neutralidad e imparcialidad.

En general, no es difícil aceptar que tanto la neutralidad como la imparcialidad aluden, en su núcleo central de significación, a actitudes de terceros en relación con otros sujetos que son partes en un conflicto. En este sentido, la actitud opuesta a la del neutral es la del aliado o del partidario y la actitud opuesta a la del imparcial es la del parcial; lo que nos transmiten estos opuestos de manera más manifiesta es que un sujeto que está en esas actitudes pierde (por decirlo de algún modo) su condición de tercero en relación con el conflicto en cuestión. Ahora bien, eso que tienen en común en la vertiente negativa no significa que no haya diferencias entre la actitud de neutralidad y la de imparcialidad en relación con un conflicto; y estas diferencias se muestran de manera patente cuando esas dos actitudes vienen normativamente exigidas respecto del rol del tercero en cuestión. Generalmente al tercero se le exige neutralidad cuando su papel de tercero consiste precisamente en no decidir el resultado del

conflicto o de la contienda; y, por el contrario, se le exige imparcialidad cuando sí está llamado a decidir dicho resultado. Por eso, muchos procedimientos que requieren la presencia de un tercero suelen exigir tanto la actitud de neutralidad como la de imparcialidad pero en momentos o aspectos diferentes del proceso. Para explicarlo, comparemos, por ejemplo, las exigencias de neutralidad y de imparcialidad en relación con el papel de tercero que juega un árbitro en un partido de fútbol y el que juega un juez en un proceso penal. Parece claro que el árbitro debe ser neutral respecto del resultado del partido, y la neutralidad consiste precisamente en la actitud de no decidir el resultado. El árbitro neutral es el que no decide, no influye en el resultado. Sumar goles y controlar si han transcurrido 45 minutos de juego no es decidir, es contar y medir. Sin embargo, en relación con el desarrollo del juego la actitud que le viene exigida es la de la imparcialidad porque precisamente su papel consiste en decidir cosas tales como si una cierta acción fue falta o no, o si una situación fue un gol válido o no, etc. A la hora de determinar si la "entrada" que un jugador le hace a otro es merecedora de tarjeta roja o no, al árbitro no se le exige que sea neutral entre agresor y agredido; lo que se le exige es que sea imparcial; y ello es así porque él está llamado a decidir el conflicto y, en este sentido, está comprometido con la verdad de los hechos y la corrección de la decisión. Es decir, el papel de tercero que juega el árbitro de un partido de fútbol parece exigirle que sea neutral respecto del resultado del partido (es decir, respecto de lo que no está llamado a decidir) e imparcial respecto del desarrollo del juego (es decir, respecto de lo que sí está llamado a decidir). Si bien se considera, su imparcialidad en el desarrollo del partido puede afectar al resultado; pero a él se le exige que actúe haciendo abstracción del mismo; se le exige neutralidad. Frente a la situación del árbitro que acabamos de describir, el rol de tercero que desempeña un juez en un proceso penal parece que puede ser descrito de modo inverso. En términos generales, el juez está llamado a dirigir el proceso y a decidir el resultado del mismo. En cuanto director del proceso al juez se le exige centralmente neutralidad (equidistancia) respecto de las partes en conflicto, de forma que las decisiones que toma no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas. Sin embargo, en relación con el resultado al juez se le exige imparcialidad, no neutralidad: el juez está llamado a decidir dicho resultado y, en este sentido, está comprometido con la verdad de los hechos que considera probados y con la corrección de la decisión que toma. Lo que trato de resaltar es que mientras que respecto del árbitro de un partido la justicia exige imparcialidad respecto del desarrollo del juego y neutralidad respecto del resultado del partido, a un juez la justicia parece exigirle neutralidad durante el desarrollo del proceso (equilibrio ante los sujetos en tanto que partes de un proceso) e imparcialidad respecto del resultado (determinación de los hechos probados y de las consecuencias debidas). En definitiva, la neutralidad se exige al tercero cuando no está llamado a decidir

el resultado y la imparcialidad cuando sí está llamado a hacerlo. Por ello la idea de imparcialidad remite a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantiva. Sin criterios de corrección, sin sustancia, no cabe, me parece, hablar de imparcialidad. La imparcialidad no puede ser una cuestión meramente formal o procesal.

Si tenemos claro lo anterior creo que quedan suficientemente disueltas las perplejidades que ha generado la interpretación de la imparcialidad como equidistancia y como compromiso con las valoraciones que el Derecho realiza.

5. Algunas conclusiones sobre la independencia y la imparcialidad de los jueces. Los deberes de independencia e imparcialidad conforman dos características básicas de la posición institucional del juez en el marco del Estado de Derecho. Conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho les exige. Independiente e imparcial es, pues, finalmente, el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra. Con ello se trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y sólo desde el Derecho. Si lo dicho hasta aquí es cierto, entonces las afirmaciones de que al Derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justificativas es falsa. Todo lo anterior muestra de manera suficiente que el Derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan. Es más, y por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber.

Ahora bien, los deberes de independencia e imparcialidad no tratan sólo de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, los regímenes de incompatibilidades y las causas de abstención y recusación no deben verse como juicios previos de inclinación a la prevaricación, sino más bien como intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas. Nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de Derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al Derecho y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones.

6. Estado constitucional, crisis de la ley y teoría de la argumentación jurídica. Si se observa, todo lo dicho hasta ahora podría resumirse en la afirmación de que el juez independiente e imparcial es el juez que se somete exclusivamente al Dere-

cho. En nuestra tradición jurídica esta imagen del juez ha estado muy vinculada a las concepciones legalistas del Derecho y ha operado con el modelo de referencia del "gobierno de las leyes". El peso del principio del "imperio de la ley" ha sido tan imponente que ha generado una acusada tendencia a hacer invisible el papel de los juristas, en general, y de los jueces, en particular. Y ello ha conllevado una tendencia fuerte a reducir las garantías subjetivas de la justicia a las garantías objetivas, de forma que la legalidad de las decisiones ha sido la medida tanto para unas como para otras. Esta tendencia es la que explica que la imagen del juez independiente e imparcial quedara prácticamente reducida a la del juez que aplicaba la ley y sólo la ley.

Pero es obvio que hoy en día la imagen del Derecho subyacente a estos planteamientos se halla en crisis. No se trata sólo de que en el pensamiento jurídico hayan encontrado mejor acomodo corrientes antiformalistas o antilegalistas (aunque bastante de ello hay). Sino más bien de que se ha extendido una conciencia generalizada de que nuestros órdenes jurídicos han sufrido (y están sufriendo) transformaciones tan relevantes que llevan inexorablemente a un cambio de paradigma del pensamiento jurídico. En este sentido, es casi un lugar común la idea de que el paradigma dominante no es ya el del Estado legal de Derecho sino el del Estado constitucional de Derecho. Aunque no puedo detenerme aquí a explicar las transformaciones que este cambio de paradigma supone, sí conviene mostrar algunas concreciones de ese lugar común que, sin duda, podrán servir de ilustración:

— En relación con los tipos de normas regulativas: frente al cuasimonopolio de las reglas jurídicas, mayor peso cuantitativo y cualitativo de los principios jurídicos.

— En relación con el razonamiento jurídico: frente al cuasimonopolio de la subsunción y de la aplicación mecánica (condiciones necesarias y suficientes para), mayor peso de la ponderación y de la deliberación.

— En relación con las fuentes y la interpretación: mayor peso de la constitución en relación a la ley. La constitución no se ve ya sólo como un instrumento político, sino que se le reconoce carácter jurídico y regulativo y, por tanto, se considera que contiene normas jurídicas que deben ser aplicadas por los operadores jurídicos. Ello supone, entre otras muchas cosas, el desplazamiento del principio de "interpretación de la constitución conforme a la ley" (la ley es el intérprete de la constitución) por el de "interpretación de la ley conforme a la constitución" (la constitución es la medida de la validez de la ley).

— En relación con las autoridades jurídicas: desplazamiento del centro gravitacional del orden jurídico de los legisladores hacia los jueces.

Y, así, podríamos seguir hasta conformar el nuevo paradigma. Aquí no lo voy a hacer; pero a modo de resumen creo que puede decirse que el nuevo paradigma supone la relativización, flexibilización, debilitamiento o difuminación de dos oposiciones que en el paradigma anterior parecían estar nitidamente trazadas. La primera es la oposición entre creado-

res y aplicadores del Derecho: el legislador opera ahora sub constitutione y el juez no opera sólo sub lege. La segunda es la oposición entre lo interno y lo externo al Derecho: la validez interna al Derecho incorpora hoy criterios de justicia material (como, por ejemplo, el respeto a los derechos humanos) que hacen prácticamente imposible trazar límites nítidos entre un ámbito y otro.

En este contexto, pues, surge la gran pregunta: Si el juez independiente e imparcial no puede ser ya simplemente el juez que aplica la ley y que lo hace por los motivos que la ley le suministra ¿cómo reconstruimos el principio? En mi opinión, la solución tiene que venir por la redimensión y compatibilización del modelo del "gobierno de las leyes" con el modelo del "gobierno de los hombres". La independencia y la imparcialidad como exigencia dirigida a los "hombres" que deben impartir justicia nunca debió quedar reducida a la simple legalidad de la decisión, porque la invisibilidad de los jueces no equivale precisamente a su inexistencia (y, en este sentido, la invisibilidad probablemente siempre fue ideológica). En consecuencia, y a modo de conclusión, creo que las exigencias normativas derivadas

del principio de independencia e imparcialidad de los jueces tienen que traducirse en exigencias de dos tipos. Unas objetivas que tienen que ver con exigencias de racionalidad (no simplemente de legalidad) de las decisiones y que están muy vinculadas a los aspectos justificativos de la tarea del juez. No cabe duda de que en esta reconstrucción tiene que jugar un papel muy importante la teoría de la argumentación jurídica. Y otras más de tipo subjetivo que tienen que ver, por un lado, con las disposiciones o inclinaciones de carácter de los jueces y, por otro, con las circunstancias sociales en las que desarrollan su labor. No es difícil darse cuenta de que tanto unas como otras están más vinculadas con los aspectos explicativos de su conducta. Respecto de lo primero, las disposiciones de carácter, la discusión debería canalizarse a través de lo que M. Atienza ha llamado en diversas ocasiones las virtudes judiciales; y, respecto de lo segundo, las circunstancias sociales, a través del debate sobre las formas de reclutamiento, los regímenes de incompatibilidades y disciplinarios, las formas de relación adecuadas con los medios de comunicación, los partidos políticos, etc.