

APLICAÇÃO DO DIREITO, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE

APPLICATION OF THE LAW, INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

APLICACIÓN DEL DERECHO, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD¹

Josep Aguiló Regla²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre os deveres que recaem sobre o juiz, ou seja, as garantias de jurisdição, bem como construir a imagem dele a partir dessas garantias. O dever de aplicar o Direito coincide com o que costuma se chamar “a garantia objetiva da jurisdição” e os deveres de independência e imparcialidade com “as garantias subjetivas da jurisdição”. A análise demonstrará que em termos práticos o não-cumprimento das garantias subjetivas tem um potencial deslegitimador superior ao não-cumprimento da garantia objetiva. E também que em termos conceptuais, as noções de independência e de imparcialidade são dependentes da concepção do Direito que se tenha.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação do Direito. Independência. Poder do juiz.

ABSTRACT

The objective of this article is to discuss the duties of the judge i.e. the guarantees of the jurisdiction, and to construct its image based on those guarantees. The duty to apply the Law coincides with what is generally called the “objective guarantee of jurisdiction” and the duties of independence and impartiality with the “subjective guarantees of jurisdiction”. The analysis demonstrates that in practical terms, the non-fulfilment of the subjective guarantees is a potential higher delegitimizing of non-fulfilment of the objective guarantee. Furthermore, in conceptual terms, the notions of independence and impartiality are dependent on the commonly-held concept of Law.

KEYWORDS: Application of the Law. Independence. Power of the Judge.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo discurrir sobre los deberes que recaen sobre el juez, o sea, las garantías de jurisdicción, así como construir la imagen del mismo a partir de esas garantías. El deber de aplicar el Derecho coincide con lo que acostumbra llamarse “la garantía objetiva de la jurisdicción” y los deberes de independencia e imparcialidad con “las garantías subjetivas de la jurisdicción”. El análisis demostrará que, en términos prácticos, el incumplimiento de las garantías subjetivas tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva. Y también que, en términos conceptuales, las nociones de independencia y de imparcialidad son dependientes de la concepción del Derecho que se tenga.

PALABRAS CLAVE: Aplicación del Derecho. Independencia. Poder del juez.

1 INTRODUCCIÓN

En esta ponencia trataré de construir la imagen del juez no desde el poder que ejerce (la jurisdicción), sino desde el deber que recae sobre él (las garantías de la jurisdicción). Ello nos permitirá aislar los tres deberes en torno a los cuales giran los bienes internos a la práctica de la jurisdicción: el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad. El deber de aplicar el Derecho coincide con lo que suele llamarse "la garantía objetiva de la jurisdicción" y los deberes de independencia e imparcialidad con "las garantías subjetivas de la jurisdicción". Como se verá, este análisis nos permitirá mostrar dos cosas. Una, que en términos prácticos el incumplimiento de las garantías subjetivas tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva. Y dos, que en términos conceptuales, las nociones de independencia y de imparcialidad son dependientes de la concepción del Derecho que se tenga.

2 EL PODER DEL JUEZ Y EL DEBER DEL JUEZ. LA JURISDICCIÓN Y SUS GARANTÍAS

2.1 El poder del juez (lo que le es posible hacer)

El juez es la persona que ejerce el poder jurisdiccional del Estado que consiste en el poder de aplicar el Derecho a los casos concretos, resolviendo de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas. Es evidente que esta definición de juez puede resultar parcial o insuficiente para muchos contextos y/o discursos jurídicos. Pero lo interesante de la misma radica en que caracteriza al juez como el titular de un poder del Estado. Construye la imagen del juez desde el **poder**, desde lo que le es **posible** hacer al juez y que nos resulta **imposible** de hacer a todos los que no somos jueces³.

La importancia de lo anterior radica en que ninguna concepción del Derecho se ha mostrado escéptica hacia el poder de los jueces. Ninguna cree que su poder sea falso, ficticio o imaginario. Todas asumen que a los jueces les **es posible** producir resultados (realizar acciones tales como dictar sentencias, condenar, absolver, embargar bienes, ordenar alejamientos, etc.) que tienen gran impacto sobre los intereses de las personas y que nos resultan **imposibles** de producir a los que no somos jueces. El poder de los jueces es, pues, un aspecto de la "realidad" del Derecho que es ineliminable de cualquier análisis y que a nadie le puede pasar inadvertido. Repito, ninguna concepción relevante del Derecho niega este dato de la realidad. De ahí, la extensión de la conciencia de la necesidad de controlar el poder de los jueces.

Ahora bien, y hablando de control, sí hay (y ha habido) corrientes de pensamiento jurídico que se han mostrado **escépticas hacia el Derecho** y su capacidad para controlar las conductas. Es decir, corrientes que niegan (o dudan de) la capacidad de las normas jurídicas para guiar (regular) la conducta de los individuos, en general, y de los jueces, en particular; o que niegan que las normas jurídicas puedan suministrar razones para tomar decisiones relativas a su aplicación; o que consideran que el Derecho es radicalmente indeterminado y que, por tanto, nunca o casi nunca suministra una única respuesta correcta; o que piensan que en la aplicación del Derecho, en realidad, no hay **solución**, sino pura y simple **decisión**; o que sostienen que las motivaciones (las argumentaciones) de las decisiones judiciales no son más que meras racionalizaciones *a posteriori*, en forma jurídica, que ocultan los verdaderos factores extrajurídicos que en realidad han provocado la decisión; etc. Desde cualquiera de estos parámetros, es decir, desde el **escepticismo radical** hacia el Derecho y hacia el método jurídico es realmente difícil hablar de "deberes jurídicos de los jueces". Además, desde estos parámetros, la atribución de valor a la práctica de "aplicar el Derecho" sólo podrá provenir de ver en ella una oportunidad para proteger y/o promocionar bienes que son externos al propio Derecho y a su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en las versiones fuertes del instrumentalismo jurídico, o en las corrientes del uso alternativo del Derecho o, más recientemente, en el movimiento de los Critical Legal Studies, etc.⁴. Podrá hablarse de "buen juez" o de un modelo de juez, pero en un sentido **externo** al propio Derecho; en el sentido del juez "político", del juez "ingeniero social", del juez "economista", etc. En definitiva, si uno adopta una actitud fuertemente

crítica y escéptica hacia el Derecho (hacia la capacidad del Derecho de guiar y controlar la conducta), entonces sólo puede atribuirse sentido y valor a la actividad del juez tomando en consideración bienes externos al propio Derecho.

2.2 El deber del juez (lo que le está permitido hacer)

Hemos iniciado nuestro análisis partiendo de una definición de juez que ponía el acento en el poder del juez; y, a continuación, hemos apartado de nuestro horizonte a aquellas concepciones del Derecho que se muestran fuertemente escépticas hacia la capacidad del Derecho para guiar y controlar las conductas de la gente, en general, y de los jueces, en particular.

Modifiquemos ahora nuestro enfoque. Tratemos de mirar la jurisdicción centrándonos en las “garantías” para los ciudadanos de que los jueces “cumplen” con la función que tienen encomendada. Se trata de mirar ahora no lo que les es posible hacer, sino lo que les está permitido hacer. Los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman garantías objetivas y garantías subjetivas de la jurisdicción. La garantía objetiva principal es **la legalidad de la decisión jurisdiccional** y las garantías subjetivas fundamentales son **la independencia** y **la imparcialidad** del juez. Ahora bien, las garantías no se realizan solas y, en consecuencia, han de configurarse como deberes. La garantía de la **legalidad de la decisión** se traduce en un deber del juez de tomar decisiones cuyo contenido sea una aplicación correcta del Derecho que preexiste a la decisión; y las garantías de la independencia y de la imparcialidad del juez se traducen en un deber del juez de ser independiente y de ser imparcial.

¿Qué exigen de los jueces los principios de independencia y de imparcialidad? Independiente e imparcial es el juez que **aplica el Derecho** (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito, es decir, satisface la garantía objetiva: la legalidad de la decisión) **y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra** (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy semejante a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta (en nuestro caso, la decisión) 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. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones del juez independiente e imparcial; o dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión⁵. Así pues, la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide.

Debe quedar claro, pues, que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces. Todos los jueces tienen el deber de ser independientes y de ser imparciales cuando realizan actos jurisdiccionales. Esto es muy importante porque hay una acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a los mecanismos destinados a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes. El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto de litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de que no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio del juez. En consecuencia, una correcta interpretación de los principios de independencia e imparcialidad de los jueces tiene que partir de la imputación de un deber de independencia y un deber de imparcialidad a todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.

¿En qué se diferencian, pues, la independencia y la imparcialidad? La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes de fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales (patronales, sindicatos, cofradías, hermandades, etc.), frente a la Iglesia Católica y otros credos religiosos, etc.⁶. La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes de dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio. Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse -estar sujeto- a personas ni debe cumplir funciones de representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio⁷.

Obviamente, qué es una aplicación correcta del Derecho preexistente (garantía objetiva de la jurisdicción) y qué exigen los principios de independencia y de imparcialidad (garantías subjetivas de la jurisdicción) no es algo que no sea controvertido. Pero eso ahora no es lo interesante. Lo importante es darse cuenta de que **en torno a estos tres deberes** (el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad) hay que construir lo que podríamos llamar los **"bienes internos"** relativos a la práctica de la jurisdicción, a la práctica profesional del juez en el Estado de Derecho. Por ello, aunque todos esos deberes pueden resultar controvertidos, pues puede haber dudas respecto de su contenido y su alcance, no pueden ser negados. En el marco del Estado de Derecho estos tres deberes son "necesarios", definitorios del rol de juez. Quien ejerce la jurisdicción eludiendo el Derecho (esto es, no aplicándolo), o sometiéndose a personas o cumpliendo funciones de representación de grupos (es decir, no siendo independiente), o teniendo interés en favorecer a alguna de las partes del proceso o en el propio objeto de litigio (o sea, no siendo imparcial) bien puede decirse que "no es juez" o que "no ejerce de juez".

Esto último, que puede resultar un tanto "chocante", no es más que proyectar sobre la profesión de juez lo que siempre se dijo de las diferentes profesiones; que el profesional no puede disponer de los fines de su profesión, pues respecto de ellos sólo cabe adhesión⁸. Por ello, si se traicionan los fines de la profesión, entonces simplemente se deja de ser un profesional o de ejercer la profesión en cuestión. Por ejemplo, no hay nada de paradójico en decir que J. R. Mengele, el "médico" y criminal nazi que experimentaba con humanos en Auschwitz, no era un médico (o no ejercía la medicina) en el sentido no de que no tuviera la titulación necesaria o de que no ocupara el estatus de médico del campo de concentración, sino en el de que lo que hacía era incompatible con la práctica de la medicina o con el ejercicio de la profesión médica.

Naturalmente, no se trata aquí de enredarse con el uso de las palabras ni de determinar cuál es una buena definición de juez o de médico. Se trata de mostrar que cuando construimos la imagen del juez, no desde los poderes (desde lo que les es posible hacer) sino desde los deberes (desde lo que les está permitido hacer), entonces vemos que hay deberes y fines que no son disponibles. Obviamente no son disponibles para el juez; pero, y esto es lo importante, no son disponibles en un sentido más profundo: en el **Estado de Derecho** el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad son estrictamente indisponibles; es decir, son **intrínsecos y necesarios al rol de juez**.

En términos más generales puede decirse que la concepción que se tenga del Derecho (es decir, la concepción de qué es una aplicación correcta del Derecho preexistente a la decisión) acaba determinando la concepción de la independencia y de la imparcialidad de los jueces. En este sentido, hay una cierta prioridad **conceptual** de la garantía objetiva de la jurisdicción frente a las garantías subjetivas. O dicho de otro modo, la concepción de qué es una correcta aplicación del Derecho (la concepción del Derecho) acaba resultando determinante respecto de la concepción de la independencia y de la imparcialidad de los jueces. Si independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra, entonces las nociones de independencia e imparcialidad son conceptualmente dependientes de la concepción del Derecho (y de su aplicación). Por ello, puede decirse que quien es escéptico frente al Derecho lo es también frente a la independencia y la imparcialidad de los jueces. Ahora bien, esto que es así en términos conceptuales se invierte en términos de (des)legitimación: el incumplimiento por parte del juez de las garantías subjetivas de la jurisdicción (de los deberes de independencia e imparcialidad) tiene

un mayor potencial deslegitimador de la decisión jurisdiccional que el incumplimiento de la garantía objetiva. Tratemos de ver, en primer lugar, esto último con cierto detalle.

2.3 Los deberes del juez y la deslegitimación de la decisión jurisdiccional

La distinción entre garantía objetiva de la jurisdicción (aplicación correcta del Derecho preexistente, o legalidad de la decisión) y garantía subjetiva de la jurisdicción (independencia e imparcialidad) implica distinguir entre “el contenido de la decisión” y “los motivos de la decisión”. La tesis del superior potencial deslegitimador de los motivos frente a los contenidos se traduce en esto: una decisión judicial de contenido correcto (aplicación correcta del Derecho preexistente) pero tomada por motivos incorrectos resulta, en términos jurídico-normativos, totalmente inaceptable. El acierto en la aplicación del Derecho no convalida la incorrección de los motivos, no convierte en autoridad legítima a quien no reúne las condiciones necesarias para serlo. Por el contrario, en términos normativos, el error en la aplicación del Derecho no contamina la corrección de los motivos por los cuales el juez decidió.

El siguiente cuadro muestra todas las combinaciones posibles en los juicios de corrección/ incorrección de “los motivos para decidir” y de “el contenido de la decisión”, así como las reacciones congruentes, tanto del aceptante del Derecho como del escéptico hacia el Derecho. Todo ello se explica a continuación.

CASO. TIPO DE JUEZ	MOTIVOS PARA DECIDIR	CONTENIDO DE LA DECISIÓN	ACEPTANTE. ACTITUD CRÍTICA	ESCÉPTICO. ACTITUD CRÍTICA
A. Independiente e imparcial acertado. (correcto-correcto)	Correctos	Correcto	Aceptación de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
B. Independiente e imparcial equivocado (correcto-incorrecto)	Correctos	Incorrecto	Acatamiento sin aceptación. Crítica interna al contenido de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
C. No independiente y/o parcial pero legal (incorrecto-correcto)	Incorrectos	Correcto	Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la aceptación de la decisión dada la simulación de corrección.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
No independiente y/o parcial e ilegal (incorrecto-incorrecto)	Incorrectos	Incorrecto	Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la crítica interna del <i>contenido</i> de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.

Detengámonos brevemente en cada uno de los casos.

El caso del juez “**independiente e imparcial acertado**” (es decir, correcto-correcto) ilustra la situación en que conforme a criterios internos al Derecho se valora que la decisión que el juez ha tomado es la decisión correcta y, además, se considera que lo ha hecho por los motivos correctos (es decir, porque era su deber). Quien asuma el punto de vista del aceptante (adopte una actitud crítica interna) y considere que este es el caso, se ve constreñido a aceptar la decisión. El interés de este caso, sin embargo, no radica en determinar cuál es la actitud interna coherente (porque es bastante obvia), sino en que permite mostrar cómo, con independencia de los motivos concretos del juez que decide o del contenido de la decisión tomada, siempre cabe la adopción por parte del observador de una actitud escéptica hacia las decisiones y las argumentaciones judiciales. La actitud escéptica hacia las normas y las razones jurídicas genera una crítica externa a las decisiones judiciales. Por

hipótesis, siempre hay una infinidad de propiedades del juez y/o del caso que pueden suministrar un esquema de interpretación y explicación de la decisión al margen de las razones jurídicas. El género, el origen de clase, la religión, la ideología, la prensa y un largo etc. pueden utilizarse como base de las explicaciones y de las críticas externas. En este sentido, la crítica externa es siempre posible y, en alguna medida, ineliminable. Ahora bien, este tipo de crítica externa, que es el resultado de una actitud escéptica frente a las normas y las razones jurídicas, desemboca necesariamente en una actitud también escéptica hacia la independencia y la imparcialidad. Por ello, las críticas externas que son sólo el producto de una actitud escéptica hacia el Derecho en general, en realidad no dicen nada a propósito de la deslegitimación de ninguna decisión en concreto ni de ningún juez en particular. Como se verá inmediatamente, una cosa es la crítica externa al Derecho y otra la crítica externa a una decisión en concreto. En efecto, la crítica externa a una decisión concreta que afirma la presencia de un factor de explicación relevante y extraño al Derecho, que habla de los motivos concretos de un juez para decidir en un determinado sentido, en realidad, deja de ser externa para pasar a ser normativa y deslegitimadora. La acusación de simulación de corrección adquiere tintes muy diferentes según sea el producto de una actitud escéptica del observador hacia el Derecho en general o el resultado de una observación sobre un cierto juez y una cierta decisión en concreto⁹.

El segundo caso, que es el del juez **“independiente e imparcial equivocado”** (correcto-incorrecto), resulta idóneo para ilustrar lo que es una típica crítica interna a una decisión judicial. No se cuestionan los motivos por los cuales el juez decidió, se asumen como correctos, pero se critica la decisión tomada. La incorrección de la decisión se atribuye a un error, no a una deficiente o desviada motivación subjetiva del juez. Como cuestión de hecho, es obvio que desde una perspectiva interna la magnitud del error puede configurarse como un indicio de haber actuado por motivos incorrectos. Pero, en general, en condiciones normales, la crítica a las decisiones judiciales suele ser interna; se critica la decisión pero no se deslegitima su autoridad: “se acata, pero no se comparte”, suele decirse. Igual que en el caso anterior, la crítica externa al Derecho, o meramente escéptica, es siempre posible e ineliminable.

El tercer caso, el del juez **“no independiente o parcial pero que decide conforme a la legalidad”** (incorrecto-correcto), ilustra lo que es la deslegitimación de una decisión por la deslegitimación de quien la toma. Quien decidió no debió decidir por no reunir las exigencias esenciales para la legitimidad de la jurisdicción. Así vista, la presencia de los motivos correctos es condición necesaria para la aceptación o el acatamiento de la decisión. Desde la perspectiva interna, la creencia de que la decisión fue producida por motivos prohibidos lleva inexorablemente a la consideración de que la “motivación” de la decisión es pura simulación de corrección; es decir, lleva a la misma conclusión del escéptico, pero con la diferencia de que no es el producto de una actitud general frente al Derecho, sino de la interpretación de la concreta conducta de un juez en una ocasión determinada. Sin imparcialidad o sin independencia, la decisión del juez carece de autoridad.

En el último caso, el del juez **“no independiente y/o parcial y que además toma una decisión ilegal”** (incorrecto-incorrecto), faltan las dos condiciones básicas para la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales: independencia e imparcialidad (es decir, motivos correctos), por un lado, y legalidad (es decir, aplicación correcta de la ley), por otro. Aquí ocurre igual que en el caso anterior, la actitud interna hacia el Derecho lleva a realizar una crítica externa al contenido de la decisión, de forma que la argumentación de la decisión se ve como pura simulación de justificación (pura racionalización, en el sentido peyorativo de la expresión).

Antes de abandonar este apartado, conviene realizar algunas observaciones en relación con el cuadro y lo dicho hasta ahora. En mi opinión, el cuadro resulta extraordinariamente útil en términos conceptuales. Sólo separando los juicios de corrección relativos a los motivos del juez para decidir de los juicios de corrección relativos a la aplicación de la ley (legalidad de la decisión) se entienden correctamente las exigencias normativas derivadas de los principios de independencia y de imparcialidad. Los cuatro casos en él distinguidos vienen a ser tipos ideales que permiten fijar con claridad las reacciones críticas a las decisiones judiciales. Ahora bien, esta utilidad conceptual no puede servir para ocultar las dificultades de todo tipo que supone emitir los referidos juicios de corrección en casos reales, concretos. Para darse cuenta de estas dificultades es suficiente con reparar en el carácter esencialmente controvertido tanto de la determinación de la corrección de los motivos por los cuales un juez decide (se trata de una cuestión de prueba de intenciones y de interpretación de conductas) como de la determinación de la corrección de la aplicación del Derecho

(la persistencia de las controversias normativas es una de las razones que normalmente se usan para justificar la imposición de una decisión de autoridad). Pues bien, quien sea consciente del carácter altamente controvertido de los juicios de corrección concretos que están en la base de las críticas internas a las decisiones de los jueces comprenderá que hay dos actitudes incompatibles con la eficacia de los principios de independencia y de imparcialidad. Se trata, por un lado, “del bloqueo corporativo a las críticas por falta de independencia o de imparcialidad” y, por otro, “del uso estratégico (o abuso) de las críticas por falta de independencia o de imparcialidad”. El bloqueo corporativo consiste en que, dadas las dificultades para probar que una decisión concreta fue tomada por motivos incorrectos, ante cada crítica por falta de independencia o de imparcialidad se sale en defensa de la “honorabilidad de los jueces”, de forma que quedan bloqueadas las críticas genuinas y concretas. El bloqueo corporativo supone negarse a observar a un juez en concreto. Impide criticar a un juez pues se toma siempre como una crítica a la judicatura en su conjunto. La segunda actitud que mina la eficacia de los principios de independencia y de imparcialidad viene a ser la inversa de la corporativa y consiste en el “uso estratégico (o abuso) de las críticas por falta de independencia o de imparcialidad”. En efecto, hay que reconocer que los jueces se hallan permanentemente expuestos al uso estratégico (no genuino) de las críticas por falta de independencia y/o de imparcialidad y que, en este sentido, su vulnerabilidad es alta: cualquier factor externo, verosímil y relevante, puede servir para intentar deslegitimar una decisión jurisdiccional tomada por un juez en una ocasión determinada¹⁰.

De lo anterior se sigue una consecuencia práctica muy importante. Un juez consciente de lo que exigen los principios de independencia y de imparcialidad debe procurar, por un lado, evitar generar esquemas de interpretación verosímiles que puedan alimentar el uso estratégico de la crítica deslegitimadora y, por otro, evitar los juicios genéricos que bloquean las críticas internas y legítimas. Si bien se considera, tanto las actitudes escépticas hacia la independencia y la imparcialidad (“la independencia y la imparcialidad son imposibles”) como las corporativas (“la no independencia y la parcialidad son imposibles”) escapan de la actitud normativa que exigen ambos principios.

3 APLICACIÓN DEL DERECHO, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

He sostenido que el incumplimiento de las garantías subjetivas (del deber de independencia y del deber de imparcialidad) tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva (del deber de aplicar el Derecho). Ello es debido a que, mientras no cabe hablar de error de independencia o de error de imparcialidad, sí tiene sentido hacerlo de error en la aplicación del Derecho. Sin embargo, en términos conceptuales hay una prioridad de la garantía objetiva de la jurisdicción sobre las garantías subjetivas. Ello es debido a que la concepción del Derecho (y de su aplicación) determina la concepción de los deberes de independencia y de imparcialidad de los jueces. A continuación voy a tratar de mostrarlo. En particular, aquí voy a referirme a tres concepciones no escépticas del Derecho: el formalismo legalista, el positivismo normativista y el postpositivismo (o constitucionalismo) principialista¹¹. Es decir, voy a tratar de mostrar cómo tres concepciones diferentes del Derecho (y de su aplicación) proyectan tres imágenes diferentes del ideal de independencia y de imparcialidad de los jueces.

3.1 El formalismo legalista

Para el formalismo legalista, el Derecho viene a coincidir esencialmente con la ley. El principio de legalidad y/o el imperio de la ley interpretados en su sentido formal constituyen su gran bandera ideológica, son el componente civilizatorio máximo del Derecho. Todo el formalismo legalista bebe del modelo del “Gobierno de las leyes” frente al -en su opinión- vetusto modelo del “Gobierno de los hombres”. Sólo las decisiones estrictamente *sub lege* son decisiones legítimas. Ahora bien, este aspecto ideológico es un componente necesario del formalismo legalista, pero no es suficiente para su caracterización. Hay que añadir otras dos tesis centrales: a) el Derecho es completo, es decir, da una solución para cada caso; y b) el Derecho es cerrado, está perfectamente separado de su ambiente (de los otros sistemas normativos). Estas dos tesis del formalismo determinan completamente su concepción de la aplicación del Derecho y, en consecuencia, de la independencia y de la imparcialidad. Si en el Derecho (en la ley) hay una solución para cada caso, la tarea del

juez consiste en encontrarla, hallarla. El razonamiento jurídico es exclusivamente subsuntivo y la tarea del juez es de naturaleza esencialmente técnica, teórica y/o cognoscitiva (y, en este sentido, avalorativa). Ello es así porque, entre otras cosas, al ser (estar) cerrado, el Derecho no se abre nunca a la deliberación práctica general, a la razón práctica. En definitiva, para esta concepción, aplicar el Derecho consiste en resolver un problema teórico, no en decidir una cuestión práctica. Es lo más parecido a un problema de cálculo: al igual que ocurre con las sumas o las ecuaciones, los problemas jurídicos no se deciden, se resuelven.

Conforme con estos planteamientos, el formalismo legalista viene a reducir la independencia al mero sometimiento a la ley (independiente es el juez que no se somete a personas, que toma decisiones estrictamente sub lege) y la imparcialidad a la neutralidad valorativa, a la aplicación neutral de la ley. A partir de ahí, se pueden extraer algunos corolarios:

a) Independiente es el juez que sólo aplica normas jurídicas, que sus decisiones son estrictamente sub lege; es decir, que no está sujeto a personas, que no representa nada externo al Derecho y que no razona en términos consecuencialistas. El juez independiente mantiene cerrado el Derecho; y sólo es Derecho aquello que tiene su origen en una fuente formal.

b) Imparcial es el juez que hace una aplicación neutral (avalorativa de la ley), es decir, que no impregna de subjetividad las decisiones que toma.

c) El juez que abre su razonamiento más allá de la ley (que traiciona la independencia) y/o que realiza valoraciones (que traiciona la neutralidad valorativa), traiciona también la garantía objetiva de la jurisdicción, es decir, el deber de aplicar el Derecho.

Si bien se considera, para todo el formalismo legalista las garantías subjetivas de la jurisdicción quedan reducidas a la garantía objetiva. Ello es así porque, en realidad, el formalismo legalista más que portador de un ideal de juez (de cómo deben ser los jueces) es portador de un ideal de regulación jurídica (de cómo deben ser las leyes). El Derecho ideal (el que hace posible una administración de justicia ideal) es aquel en el que la garantía subjetiva de la justicia (el juez independiente e imparcial) queda reducida a la garantía objetiva de la justicia (legalidad de la decisión)¹². Todo gira en torno a una legalidad sin subjetividad y sin cálculo de consecuencias. Esta concepción del Derecho (y de su aplicación) ha jugado históricamente un papel muy importante en lo que podríamos llamar "la invisibilidad de los jueces" para el sistema jurídico, pues conforme a estos planteamientos, los jueces resultan prácticamente intercambiables entre sí.

3.2 El positivismo normativista

El positivismo normativista¹³ comparte con el formalismo legalista la idea de que la mayor parte de las funciones civilizatorias que el Derecho puede cumplir (funciones de certeza y de estabilización de expectativas) están vinculadas a la noción de regla jurídica. El positivismo normativista comparte, pues, con el formalismo el ideal "del gobierno de las leyes" (en el sentido de reglas). Ahora bien, se diferencia de este en dos aspectos esenciales. El primero de estos aspectos es la idea de complejidad del Derecho. El Derecho es un fenómeno social muy complejo de naturaleza convencional. En el Derecho todo es convención, pero no todo responde a estructuras formales. El segundo aspecto es que, si bien el Derecho es limitado (esto es, acaba donde acaba la convención), también lo es que está (necesariamente) abierto en el sentido de que no da (y no es posible que dé) una solución para cada caso (piénsese, por ejemplo, en la tesis de la textura abierta del lenguaje de las reglas). En este sentido, el positivismo normativista viene a representar un legalismo que ha asumido las críticas que la filosofía analítica de los lenguajes naturales ha dirigido a propósito de las posibilidades (y/o las dificultades) de la comunicación. Para el positivismo normativista, el razonamiento jurídico es también esencialmente subsuntivo; pero, a diferencia del formalismo, sostiene que, además de casos regulados (resueltos), en el Derecho hay también casos no regulados (no resueltos). Es decir, sostiene que en el Derecho hay claridad pero también indeterminación¹⁴.

Pues bien, en este marco ¿cómo quedan la independencia y la imparcialidad? Para captar la naturaleza de las operaciones implicadas en la aplicación del Derecho es necesario, para esta concepción, distinguir entre "**casos regulados**" (resueltos por las reglas jurídicas) y "**casos no regulados**" (no resueltos por las reglas). Para el positivismo normativista, el esclarecimiento del

ideal de un juez independiente e imparcial exige distinguir estas dos situaciones: a) Cuando el caso está regulado, resuelto por el sistema de reglas, el ideal de un juez independiente e imparcial expresa un ideal jurídico: independiente es el juez que se somete sólo a la ley e imparcial el que la aplica con neutralidad¹⁵. En esto su planteamiento se parece mucho al formalismo. b) Ahora bien, cuando el caso no está regulado, es decir, no está resuelto por el sistema de reglas, la independencia y la imparcialidad de los jueces se convierten en ideales extrajurídicos por la sencilla razón de que el Derecho es indeterminado. Ello es así porque según el positivismo normativista el Derecho sólo alcanza hasta donde alcanza la convención vigente. Todo lo que está más allá de la convención vigente no es Derecho o es indeterminación. Y, en este sentido, es el ámbito propio de la discrecionalidad judicial entendida como libertad (tesis positivista de la discrecionalidad). Imaginemos que un juez se encuentra ante un caso no resuelto por las reglas jurídicas; por ejemplo, porque conforme a los estándares interpretativos vigentes, las reglas permiten tres soluciones distintas. La solución que finalmente "elige" el juez está, por definición, más allá de lo que el Derecho exige. Luego, si ello es así, la explicación de la decisión tomada (de la elección realizada) tendrá que incluir, por un lado, componentes que están más allá de la aplicación de la ley (de lo estrictamente sub lege), desvinculándose del ideal jurídico de la independencia del juez y, por otro, componentes de subjetividad del juez (de sus preferencias), desvinculándose del ideal jurídico de la imparcialidad, de la aplicación neutral del Derecho.

De todo lo dicho, pueden extraerse algunos corolarios:

a) El juez independiente es necesario para garantizar la objetividad en la aplicación de ley, cuando esta es posible (cuando es posible actuar sub lege). Ahora bien, ante un caso no resuelto por el sistema de reglas, el juez tiene discrecionalidad, por eso muchos autores han considerado que en ausencia de reglas, la independencia significa libertad. En este sentido, puede decirse que la independencia del juez deja de expresar un ideal jurídico de juez, pues no se ve cómo una libertad del juez puede operar como una garantía para los ciudadanos.

b) El juez imparcial (neutral) es necesario para garantizar la objetividad en la aplicación de la ley, cuando esta es posible. Ahora bien, ante un caso no resuelto por las reglas jurídicas, es decir, un caso en el que no puede hablarse de aplicación neutral de la ley, la imparcialidad deja de expresar un ideal jurídico de juez. Cualquier decisión que tome el juez estará impregnada de subjetividad.

c) Para esta concepción del Derecho, los ideales jurídicos de la independencia y de la imparcialidad son dependientes de la idea de regla jurídica¹⁶.

3.3 El postpositivismo (constitucionalismo) principialista

El postpositivismo principialista¹⁷ sostiene que en el Derecho no sólo hay reglas -normas jurídicas que excluyen la deliberación práctica- sino que también hay principios. Los principios son un tipo de normas que dotan de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes a las reglas y cuya aplicación, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, exige siempre deliberación práctica. Por tanto, además de subsunción, la aplicación del Derecho exige "ponderación"; y esta es una operación esencialmente valorativa, práctica. Por otro lado, conforme a esta concepción, el Derecho no debe ser visto sólo como un conjunto o un sistema de normas; es también una "práctica social" que no se entiende en toda su dimensión si se la reduce a lo que sería su puro aspecto externo o convencional. Participar en una práctica no es sólo reproducir conducta ya pautada, es también desarrollarla coherentemente cuando la convención resulta, en algún sentido, insuficiente. Por tanto, el Derecho no es algo que simplemente está ahí, objetivado fuera de los sujetos con unos perfiles nítidos y acabados. La idea de coherencia normativa, que es central en todo el postpositivismo, va perfilando los límites de lo jurídico a medida que es necesario, entre otras cosas porque "el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general"¹⁸. En consecuencia, para el postpositivismo, la distinción relevante ya no es la que opone caso regulado (resuelto por las reglas) a caso no regulado (no resuelto por las reglas), sino la que opone **caso fácil** a **caso difícil**. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que

hay que encontrarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde esta concepción, la discrecionalidad del juez, o del aplicador en general, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir entre las opciones posibles, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades¹⁹.

Con este bagaje ¿cómo quedan la independencia y la imparcialidad? Aquí, para finalizar ya, simplemente voy a sugerir tres ideas que en mi opinión resultan esenciales.

La primera es que para el postpositivismo los predicados "independencia" e "imparcialidad" vuelven a concebirse plenamente como relativos a los sujetos llamados a aplicar la ley o a deliberar sobre la solución del caso. No se predicán ya de los resultados de la aplicación de la ley o de la solución. El juez es el que debe ser independiente e imparcial, no tanto la aplicación de la ley. En consecuencia, se recuperan la independencia y la imparcialidad como genuinas garantías subjetivas de la administración de justicia.

La segunda idea a destacar es que, conforme al postpositivismo, no cabe en absoluto reducir todo el Derecho a la ley (o, en términos teóricos, todo el Derecho a las reglas jurídicas). En consecuencia, no cabe tampoco ver la aplicación del Derecho como si fuera una cuestión eminentemente teórica y/o avalorativa. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero hay también principios; y guiarse por (o aplicar) principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo y que, además, es siempre valorativo²⁰. Ahora bien, lo realmente significativo es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por la autoridad edictora. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental²¹. La diferencia más importante en relación con las anteriores formas de entender el Derecho radica en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque las reglas no son sólo manifestaciones de voluntad de la autoridad edictora), sino serlo a sus razones subyacentes, al balance de principios que las reglas pretenden reflejar (es decir, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos). La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero el Derecho está compuesto por principios y por reglas. Por ello, incluso la máxima lealtad a las reglas presupone la realización de valoraciones²².

Por último, la tercera idea que hay que anotar es que, al igual que ocurría con el formalismo, el ideal jurídico de un juez independiente e imparcial es coherente con el ideal de la única respuesta para cada caso. Hemos dicho que el ideal de un juez independiente e imparcial alude a un juez en el que la explicación y la justificación de la decisión coinciden; es decir, un juez en el que los motivos por los que decide coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión. O lo que es lo mismo, aunque dicho de otra manera: que no tiene más motivos para decidir que aquello que lo justifica. Si ello es así, entonces el ideal de un juez independiente e imparcial presupone el ideal de que es posible encontrar en el Derecho una solución para cada caso. La diferencia entre el postpositivismo y el formalismo radica en que, mientras que este último construye la aplicación del Derecho como una cuestión teórica no comprometida en términos prácticos y/o valorativos (es decir, neutral), el postpositivismo la construye como una cuestión eminentemente práctica y valorativa.

REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. "Imparcialidad y aplicación de la ley". En: **La imparcialidad judicial**, Estudios de Derecho judicial, Ed. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 2008.

_____. "De nuevo sobre 'Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'". En: **Jueces para la democracia**, nº 46, marzo 2003.

_____. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En: **Isonomía**, nº 6, abril 1997.

- _____. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". En: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº 30, 2007.
- _____. **Sobre Derecho y argumentación**. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.
- _____. **Teoría general de las fuentes del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2000.
- AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M. y Ruiz Manero, J. **Fragmentos para una teoría de la constitución**, Lustel, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica** (trad. de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- DWORKIN, R. **A matter of Principles**, Harward University Press, 1985; y **R. Dworkin: Law's Empire**, Fontana, Londres, 1986.
- FERRERES COMELLA, Víctor. **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)**. Madrid: Cívitas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- HART, H. L. A. **El concepto de Derecho** (trad. de G.R. Carrió). México: Editora Nacional, 1980 (reimpresión).
- LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley. Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.
- LIFANTE VIDAL, Isabel: "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". En: **Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho**, nº 25, 2002.
- NAVARRO, Pablo E. "La aplicación neutral de conceptos valorativos". En: **Análisi e diritto**, 2007.
- SCHEDLER, Andreas. "Argumentos y observaciones: De críticas internas y externas a la imparcialidad judicial". En: **Isonomía**, nº 22, Abril, 2005.
- WEBER, Max. **El político y el científico** (trad. de F. Rubio Llorente). 7. ed. Madrid: Alianza, 1981.
- _____. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo** (trad. de L. Legaz Lacambra). Madrid: Sarpe, 1984.

NOTAS

- 1 Este texto reproduce, salvo alguna modificación de detalle, la ponencia que, bajo el título "Los deberes internos a la práctica de la Jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad", fue presentada al IV Congreso Nacional de Jueces de Perú: "Desafíos de la justicia del siglo XXI", celebrado en Cusco los días 24-27 de agosto de 2010.
- 2 Universidad de Alicante.
- 3 El análisis de la situación institucional o normativa de cualquier autoridad jurídica exige distinguir entre cuáles son sus poderes normativos y cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. Es decir, exige distinguir entre "lo que le es **posible** hacer" a esa autoridad (qué resultados institucionales le es posible producir) y "lo que le está **permitido** hacer" (qué resultados institucionales producidos son correctos). Esta distinción es fundamental para poder construir adecuadamente la crítica a la actuación de las autoridades jurídicas. Por ejemplo, en el caso de los jueces resulta evidente que les es **posible** dictar "sentencias ilegales", o absolver al culpable, o condenar al inocente, aunque también lo es que **no les está permitido** hacerlo. Cfr. Aguiló Regla, Josep: **Teoría general de las fuentes del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2000.
- 4 Sobre algunas de estas corrientes véanse las obras de Pérez Lledó, Juan Antonio: *El Instrumentalismo Jurídico en Estado Unidos*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008; **El movimiento Critical Legal Studies**, Tecnos, Madrid, 1996; y "Teorías críticas del Derecho", en F. Laporta y E. Garzón Valdés (Coords.): **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996.
- 5 En diversos trabajos me he ocupado extensamente de la interpretación de los principios de independencia y de imparcialidad de los jueces en términos de deberes de los jueces. En este sentido, véanse, Aguiló Regla, Josep: "Imparcialidad y aplicación de la ley", en *La Imparcialidad Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, Ed. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 2008; "De nuevo sobre 'Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'", en *Jueces para la democracia*, nº 46, marzo 2003, págs. 43 y ss.; e "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En: **Isonomía**, nº 6, abril 1997, págs. 71 y ss.
- 6 La **independencia** como criterio de legitimación se construye esencialmente en oposición a otros dos criterios de legitimación que corresponden a otros destinatarios dentro del orden jurídico. Me refiero a la **sujeción** (la obediencia debida a los superiores) y a la **representación** (actuar en nombre y en favor de representados). El deber de independencia prohíbe, por un lado, someterse a personas (sólo se está sometido a normas) y, por otro, cumplir funciones de representación de grupos y/o intereses sociales.

- 7 Dada la peculiar posición del juez dentro del orden jurídico, que implica que el juez debe resolver los casos con sujeción sólo a normas (independencia) y sin intereses en el proceso (imparcialidad), las exigencias derivadas de ambos principios tienden a confundirse. Sin embargo, una buena manera de mostrar la separación entre ambos principios es darse cuenta que el deber de independencia puede regir sin que lo haga el de imparcialidad: o, dicho de otra manera, que la independencia como deber es compatible con la parcialidad. Ese es, por ejemplo, el caso de los abogados. Así, por ejemplo, en el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española puede leerse "La independencia del Abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho". Reproduzco a continuación algunos incisos del artículo 2 del referido Código relativo a la independencia: "1. La independencia del Abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el Abogado constituye un derecho y un deber. 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el Abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios y ajenos. 3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores [...]".
- 8 Ello es lo que está en base del binomio profesión-vocación. En este sentido, el citadísimo párrafo de Max Weber: "Es evidente que en la palabra alemana "profesión" (*Beruf*), como quizá más claramente aún en la inglesa *calling*, hay cuando menos una reminiscencia religiosa: la idea de una misión impuesta por Dios"; en Weber, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (trad. de L. Legaz Lacambra), Sarpe, Madrid, 1984, pág. 85. En ocasiones, la palabra *Beruf* es traducida directamente por vocación: piénsese, por ejemplo, en las conferencias del mismo Weber "La política como vocación" (*Politik als Beruf*) o "La ciencia como vocación" (*Wissenschaft als Beruf*), Weber, Max: **El político y el científico** (trad. de F. Rubio Llorente). 7. ed. Madrid: Alianza, 1981.
- 9 En un muy sugerente trabajo, Andreas Schedler se pregunta "¿Cómo sabemos si nuestros jueces realmente actúan de manera imparcial? ¿Cómo sabemos que llegan a sus decisiones con base en la ley y nada más que en la ley? [...] A veces confiamos en nuestros jueces y no cuestionamos ni su integridad ni su competencia [...] Sin embargo, en el momento en que empezamos a preguntarnos acerca de los fundamentos legales de las decisiones judiciales, en el momento en que empezamos a dudar de la imparcialidad de los actores judiciales, nos adentramos en un terreno complejo, disputado y frustrante". A partir de ahí, desarrolla y opone las críticas internas a las críticas externas a la imparcialidad judicial. Cfr. Schedler, Andreas: "Argumentos y observaciones: De críticas internas y externas a la imparcialidad judicial". En: **Isonomía**, n° 22, Abril, 2005, p. 66 y ss.
- 10 Recuérdese, por ejemplo, el titular de "El País" del 6 de marzo de 2008, a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía en que se reconocía la objeción de conciencia frente a la asignatura "Educación para la Ciudadanía": "El padre inspira, el hijo juzga". El padre del presidente del Tribunal que admitió la objeción de conciencia frente a esta asignatura era precisamente presidente de una asociación que se había mostrado muy beligerante en contra de la referida asignatura. A partir de ahí surge la cuestión clave: ¿se trata de una crítica interna y genuina o de un uso estratégico y abusivo de la crítica? Lo que está claro es que el titular del periódico sostiene que lo que **explica** la decisión es la relación de filiación del juez, no la aplicación del Derecho.
- 11 Me he ocupado de la oposición entre el paradigma positivista y el postpositivista en el Cap. I de Aguiló Regla, Josep: **Sobre Derecho y argumentación**, Ed. Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008; también puede verse Aguiló Regla, Josep: "Positivismismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". En: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n° 30, 2007, p. 665 y ss.
- 12 Con gran frecuencia se remite el ideal del "juez imparcial" al ideal de la "ley precisa", confundiendo, me parece, las exigencias de legalidad con las de imparcialidad. En este sentido, por ejemplo, escribe Ferreres: "Sólo si la ley es precisa puede el Parlamento 'transmitir' al juez imparcialidad. El juez podrá ser imparcial sólo si resuelve el caso con arreglo a un criterio preexistente, elaborado en otro lugar, en tiempo no litigioso. Si la ley es imprecisa, en cambio, se abre un espacio de poder para el juez, y existe entonces el riesgo de que el juez, al concretar la ley en una dirección en lugar de otra, lo haga para beneficiar o perjudicar a una de las partes". Ferreres Comella, Victor: **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)**. Madrid: Civitas, 2002, p. 52-53.
- 13 Herbert Hart es el autor más representativo de esta concepción del Derecho. Véase H.L.A. Hart: **El concepto de Derecho** (trad. de G.R. Carrió). México: Editora Nacional, 1980 (reimpresión).
- 14 En España quien mejor representa esta línea de pensamiento es, en mi opinión, Francisco Laporta, quien ha publicado recientemente un libro imprescindible sobre el ideal del imperio de la Ley. En él se puede leer: "Pero mis exploraciones no suponen que el ideal regulativo del imperio de la ley sea por eso un valor exhaustivo, que suministre siempre soluciones idóneas, que presente al derecho como un todo completo y coherente que disponga siempre de una respuesta ajustada a derecho. El imperio de la ley no es capaz por sí solo de satisfacer todas las demandas de juridicidad o de justicia. Tiene precisamente unos límites que pueden formularse negativamente. En primer lugar, no siempre el Derecho suministra una respuesta jurídica al caso [...] Entonces el juez se ve forzado a crear derecho *ex nihilo* [...]". en Laporta, Francisco J.: **El imperio de la ley**. Una visión actual. Madrid: Trotta, 2007, p. 218.
- 15 Un trabajo que refleja perfectamente estos planteamientos es Navarro, Pablo E.: "La aplicación neutral de conceptos valorativos". En: **Análisis e diritto**, 2007, p. 39 y ss. Pablo Navarro, siguiendo a Carlos Alchourrón y Eugenio Buzygin, sostiene que el uso y la aplicación de conceptos valorativos no implica realizar valoraciones, puesto que en la medida en que exista una **convención** pueden ser usados descriptivamente, y que, en consecuencia, cabe su aplicación **neutral**. Así, puede leerse: "[...] cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use a ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos" (p. 42).
- 16 Escribe Ferrajoli: "Precisamente, el derecho es un universo lingüístico *artificial* que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles **lógicos y empíricos** y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio", en Ferrajoli, Luigi: **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, p. 70.
- 17 El autor más representativo de esta corriente de pensamiento jurídico es Ronald Dworkin. Véanse: R. Dworkin: *Los derechos en serio* (trad. de M. Guastavino, estudio preliminar de A. Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1984; R. Dworkin: **A matter of Principles**, Harvard University Press, 1985; y R. Dworkin: *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986.
- 18 Cfr. Robert Alexy: **Teoría de la argumentación jurídica** (trad. de M. Atienza e I. Espejo). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- 19 Véase Lifante Vidal, Isabel: "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en **Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho**, n° 25, 2002, p. 424 y ss.
- 20 Sobre la distinción entre la subsunción, la adecuación y la ponderación como razonamientos jurídicos véase Atienza, Manuel: **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

- 21 AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M. y Ruiz Manero, J.: **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Iustel, 2007, p. 17 y ss.
- 22 En este sentido, el art. 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial dice: "El Juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan".