

IX.2- BREU INTRODUCCIÓ A UNA POSSIBLE ÈTICA JUDICIAL.

Carlos Gómez Martínez

L'interès per l'ètica judicial es pot deure, d'entrada, al creixent interès per totes les ètiques professionals. Segons en Josep Aguiló, *“sembla haver-se estès la consciència de que la mera bondat tècnica (la bondat mitjans fins, es a dir, l'eficiència) no és suficient per a la justificació de les accions i decisió professionals”*¹.

Però, a més a més, la preocupació per una determinada ètica professional està relacionada, també, amb la crisi de la pròpia cultura professional produïda per la seva posada en qüestió. Si no hi ha qüestionament no és necessari formular de bell nou pràctiques i valors. Una cultura professional pot ser posada en qüestió, bàsicament, per tres instàncies, els mateixos professionals la societat i el poder polític². Doncs bé, els jutges ens trobem avui en l'encreuament d'aquest qüestionament provinent de les tres instàncies esmentades. Per una banda la carrera judicial es troba fragmentada i dividida, com ho demostra la proliferació d'associacions judicials al nostre país i també la de grups auto organitzats al marge de les pròpies associacions. Les divergències no es limiten a aspectes puntuals sinó que s'estenen a temes de fons com ho son l'accés a la carrera judicial, la política de nomenaments, el govern dels jutges, en suma, al model de jutge, tal com s'ha posat de manifest, precisament, en el debat sobre la conveniència o no de l'aprovació

1.- DOXA núm 32, any 2010

2.- Garapon, Antoine. « Le juge et son éthique ». Cahiers de l'IHEJ. Institut des hautes études sur la justice. 1993, pàg. 28 i 29.

d'un Codi d'Ètica Judicial. Fins i tot, dins cada una d'aquestes associacions conviuen diferències entre els mateixos associats sobre qüestions essencials, opinions divergents que s'expressen a fors d'Internet que semblen més aptes per deixar constància de les discrepàncies, per fer-les visibles, que per compartir i deliberar, per construir consensos.

També la societat qüestiona els jutges. Ens agradi o no l'opinió pública sobre la justícia és devastadora. Així, els espanyols atorgant un sonat suspens a la seva confiança en el sistema judicial (3,1 sobre 10), segons el Mòdulo de Bienestar de la Encuesta de Condiciones de Vida de 2013 difós en juny de 2014 per l' Instituto Nacional de Estadística. En el mateix sentit, el 9 de març de 2015 la Comissària Europea de Justícia Vera Jourova, donava compte del Estudi de la Comissió Europea sobre els sistemes judicials dels Vint-i-vuit segons el qual Espanya va obtenir un 3,2 de nota en percepció de la independència judicial en 2013 i 2014. És el tercer país per la coa, juntament amb Croàcia, tan sols Eslovàquia i Bulgària varen obtenir pitjor puntuació³.

Però també el poder polític qüestiona els jutges, moltes vegades més enllà del que aconsellaria la tensió institucional entre poders pròpia de la democràcia. La resposta política als processos de corrupció es, massa sovint, la desqualificació del jutge. Però també contribueix a posar en tela de judici la judicatura la tendència del poder a considerar els jutges com un peó més d'una certa política. Per exemple, de la política anti-terrorista o de la política de reducció d'accidents de transit. Una decisió judicial que no vagi en el sentit esperat pels qui impulsen aquestes polítiques pot dur a atribuir al jutge una voluntat de boicotejar una determinada línia d'actuació legítimament adoptada pels que en tenen la responsabilitat, oblidant que el jutge, quan decideix no pot tenir en compte aquesta dimensió general perquè equivaldria, precisament a fer política, sino que ha de limitar la seva argumentació i la seva decisió al supòsit de fet individualment considerat, prenent en consideració, únicament, les circumstàncies específiques del cas.

En aquest ambient de "judici als jutges" han proliferat, des del canvi de segle, texts d'ètica judicial, con els Principis de Bangalore (2001), l'Opinió núm. 3 del Consell Consultiu dels Jutges Europeus sobre els principis i regles que regeixen els imperatius professionals dels jutges (2002) el Código Modelo Iberoamericano (2006) i la Declaració de Londres de 2010.

Però a més a més, avui podem parlar d'ètica judicial perquè hi ha hagut un canvi en la concepció del dret, del positivisme formalista propi del Estat de Dret clàssic al post positivisme propi del Estat Constitucional de Dret.

3.- "Público", 9 de març de 2015.

En el paradigma positivista, entre el jutge y la llei no pot haver cap altre instància intermèdia que pugui rompre la seva vinculació al dret positiu. En canvi, l'Estat Constitucional de Dret es caracteritza per la incorporació al ordenament jurídic de valors pre-jurídics que son els que estan a la base dels drets fonamentals, dels drets humans. Des de la Constitució es produeix un efecte d'impregnació o d'irradiació que, en paraules de Luis Prieto Sanchís, significa que *“darrera cada norma jurídica existeix (o és possible adscriure) un principi moral constitucionalitzat i això suposa que qualsevol justificació d'una decisió aplicativa del dret pot (es, a dir, no necessàriament) ser presentada com a una justificació moral”*⁴.

En Dworkin ho deixa molt clar quan assenyala que les decisions judicials es prenen en un procés *“que requereix judicis sobre qüestions morals tan profundes i polaritzants que son objecte d'un intens i continu estudi i confrontació filosòfiques ... Ja és hora que la professió jurídica confronti obertament el fet que els ciutadans nord-americans estan profundament dividits per qüestions morals, que les decisions judicials inevitablement suposen aquestes qüestions i que els jutges tenen la responsabilitat d'admetre això i d'explicar qualsevol de les decisions que sostenen”*⁵.

Què és l'ètica judicial.

Ara bé, l'ètica judicial, més que un nou contingut, un nou catàleg de deures o virtuts judicials, el que aporta és una nova mirada, un nou enfocament, interioritzat, personal, sobre els deures del jutge o de la jutgessa, inherents a l'exercici de la jurisdicció.

Tradicionalment la independència, la imparcialitat i la vinculació del jutge a la llei son garanties subjectives i objectives de la jurisdicció.

Doncs bé el textos d'ètica judicial aporten una nova perspectiva sobre aquest vells temes i els contempla no ja com a garanties processals, sinó com màximes de conducta, com normes deontològiques.

Independència.

Gairebé tots els texts d'ètica judicial comencen amb una referència a la independència judicial. La importància atorgada a aquest principi deontològic es correspon al paper que juga la independència judicial com base del

4.- Prieto Sanchís, Luis. “Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral (Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho). Jueces para la Democracia Información y Debate, núm. 81, noviembre de 2014.

5.- Dworkin R. “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?” Jueces para la Democracia Información y Debate”, número 68, julio de 2010.

estatut personal del jutge. Per en Perfecto Andrés Ibáñez la independència judicial es una “meta-garantia” que “*fixa les bases, les condicions de possibilitat, de totes las demás que configuren l’estatut del jutge*”⁶.

No deixa de sobtar, doncs, que molts d’aquest texts es preocupin per definir la independència judicial en negatiu, fent al·lusió al que no és, destacant que no és un privilegi dels jutges. Així, la declaració de Londres comença dient que: “*La independència no és un privilegi atorgat en benefici dels jutges*”.

En el mateix sentit, la Recomanació CM/ Rec (2010) 12 del Comitè de Ministres als Estats membres sobre els jutges comença el tractament de la independència externa amb aquestes paraules: “*La independència externa dels jutges no és una prerrogativa o privilegi atorgat en el propi interès dels jutges, sinó en interès de l’Estat de Dret i de les persones que cerquen i esperen una justícia imparcial*”.

Aquesta prevenció envers la independència judicial que mostren els texts d’ètica judicial pot tenir varies explicacions com son la tendència a concebre la independència judicial com a una fuga del control democràtic, o la naturalesa de la independència judicial com un principi o virtut de distància que dificulta l’actuació del jutge en un mon en el qual es valora especialment la proximitat en les relacions⁷; o el fet d’haver-se utilitzat la independència judicial en algunes ocasions com a coartada corporativista enfront de les crítiques.

Però, en un sentit positiu, la independència judicial és un dret del ciutadà a obtenir una decisió fonamentada únicament el dret, lliure d’influències indegudes. La virtut judicial principal que se’n deriva és la objectivitat en la valoració dels fets i en l’aplicació del dret, qualitat de natura essencialment epistemològica. Però de la independència judicial també se’n deriven qualitats morals, com el coratge indispensable per a saber enfrontar l’opinió majoritària, donat que el jutge, aplicant el dret, que és el que ha de fer, qualque vegada no pot lliurar a la societat la justícia que la societat o els mitjans de comunicació demanen.

Si històricament l’amenaça més important a la independència judicial provenia del poder polític, en l’actualitat el que la posa en major perill és l’opinió pública, alimentada per uns mitjans de comunicació que, de vegades,

6.- Andres Ibáñez, Perfecto, “La independencia judicial y los derechos del juez”, en *Los derechos fundamentales de los jueces*, Ed. Marcial Pons, 2012, pág. 49

7.- En su libro “Les vertus du juge”, Dalloz, Paris, 2008, Antoine Garapon, Julie Alard y Frederic Gros distinguen entre las virtudes “de distancia” del juez, como serían la independencia y la imparcialidad y las virtudes de “cercanía” como sería la empatía.

han fet ja el seu judici paral·lel, de manera que si la decisió a la qual finalment arriba el jutge no coincideix amb la solució a la qual la societat ja havia arribat es produeix el desencontre i la crítica, de vegades ferotge. I és aquest el risc que el jutge independent ha d'assumir quan sap que la seva decisió no coincidirà amb el sentiment majoritari, no estarà d'acord amb l'opinió pública.

Imparcialitat.

La imparcialitat és el segon gran principi al qual fan referència els texts d'ètica judicial i en alguns d'ells el primer.

La imparcialitat i la independència tenen en comú que defineixen un àmbit d'autonomia decisonal lliure de influències indegudes. Però així com la independència fa al jutge immune a influències provinents de l'exterior del procés, la imparcialitat el protegeix d'influències indegudes provinents de l'interior del procés.

La imparcialitat atorga al jutge la condició de tercer aliè als interessos en joc –els italians parlen de “*terzietà*”–, indispensable per poder jutjar amb objectivitat. L'interès del jutge ha de ser no tenir cap interès sobre allò que ha de resoldre.

Al nostre país falta una vertadera cultura de la imparcialitat. Això parteix ja de la pròpia Constitució. Resulta sorprenent que la C.E no faci menció expressa de la imparcialitat judicial en cap dels seus articles. Més encara si tenim en compte que la Constitució sí que menciona la imparcialitat dels funcionaris (art. 103.3) i del Ministeri Fiscal (art. 124.2).

Això contrasta amb el panorama que ofereixen els texts internacionals sobre drets humans (art. 10 de la Declaració Universal dels Drets de l'Home de 1948, art. 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans i art. 14 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics), tots els quals consagren el dret de tota persona a ser escoltada públicament per un tribunal independent i imparcial.

Davant aquesta absència de menció expressa de la imparcialitat en els preceptes constitucionals, el Tribunal Constitucional, l'ha vinguda considerant, en una primera etapa, com a un dret derivat del dret al jutge predeterminat per la llei i, a partir de la seva sentència 145/1988 com un dret comprés dins el dret a un procés amb totes les garanties inclòs dins el precepte òmnibus del art. 24 de la Constitució.

Però la cultura de la imparcialitat judicial no està encara suficientment implantada en el nostre país.

Per exemple, resulta xocant que en plena vigència de la Constitució es promulgues la Llei Orgànica 10/1980 que va crear l'anomenat "procés monitori" que atribuïa al jutge les funcions de instruir i de jutjar i que no fos fins a l'esmentada sentència 145/88 que aquesta llei es declarés inconstitucional.

Com pot resultar xocant que avui, en el procés civil, la competència funcional pel coneixement de les mesures provisionals correspongui al jutge que coneix del procés principal (art. 723.1). El mateix tribunal haurà de decidir, primerament, si existeix o no aparença de dret o "*fumus bonis iuris*" i després, en sentència, sobre si aquesta aparença es confirma o no quan s'examina el fons de l'assumpte.

La imparcialitat suposa admetre que la realitat sobre la qual ha de decidir el jutge està integrada per parts diverses, que la societat és complexa, no homogènia ni tan sols culturalment, que els principis que avui inspiren l'ordenament són tan oposats que fàcilment divideixen la societat a favor i en contra, que hi ha una demanda de reconeixement de la particularitat, reconeixement que moltes vegades tan sols es pot produir des de fora del criteri majoritari, i que per tot això hi ha una creixent necessitat de reflexivitat.

M'agrada l'idea d'Hannah Arendt per qui la imparcialitat no és allunyament de la realitat sinó una immersió reflexiva en el món per tal d'adoptar tots els punts de vista concebibles.

Principis ètics en relació a l'actuació del jutge.

Els codis o reculls de principis d'ètica judicial apleguen una sèrie de normes deontològiques que contempen l'actuació del jutge, com a persona que es comunica amb els ciutadans (respecte, escolta activa, igualtat de tracte, cortesia, empatia) com a persona integrada en un servei públic (reserva, diligència, transparència, responsabilitat institucional), i com a persona que s'enfronta a l'estudi (competència, honestedat intel·lectual).

Si la legitimació del jutge no és d'origen –no es elegit democràticament, no té *input legitimacy*– sinó d'exercici –de resultat o *output legitimacy*– el mal funcionament quotidià de l'administració de justícia repercuteix directament en la seva legitimació.

Per això aquest conjunt de normes ètiques, encara que no es derivin de principis expressament proclamats en texts constitucionals o internacionals, no poden ser considerats, de cap manera, com a màximes generadores "petites virtuts" en terminologia de l'enyorada Natalia Ginzburg. Son principis ètics en majúscules la inobservança dels quals qüestiona la legitimitat del jutge i fins i tot del mateix Estat de Dret.

Per a què l'ètica judicial.

Un codi d'ètica judicial es un conjunt de normes l'incompliment de les quals no té conseqüències sancionatòries. La seva finalitat és l'excel·lència. Però en realitat està dirigit a la societat a la qual els jutges servim. És un instrument per recuperar o reforçar la confiança dels ciutadans en la justícia. Un compromís dels jutges amb la societat. Per això el codi d'ètica judicial portuguès es diu, precisament, "Compromís dels jutges portuguesos".

Aquest compromís ètic resulta especialment rellevant en una democràcia que vol ésser de "qualitat" com la nostra, que no és solament electoral. Com diu Rosanvallon, *"les democràcies estrictament electorals-representatives, estaven dotades d'institucions que tenien estatuts forts i qualitats sovint dèbils. Ara passa a l'inrevés: la força es troba cada vegada més en les qualitats i menys en els estatuts"*⁸.

Ara bé, l'èmfasi en l'ètica judicial, el seu nou protagonisme en l'Estat Constitucional de Dret, també té els seus riscos, el principal és el de l'excessiva personalització de l'administració de justícia i la seva correlativa desinstitucionalització. En efecte, l'accent exagerat en l'ètica judicial, la temptació de convertir-la en solució dels mals de la justícia, té el risc de considerar que la justícia és solament "cosa de jutges", com si tornéssim cap al "govern dels homes" oblidant que el que pretenia la Il·lustració era el govern de les lleis, es a dir, exactament el contrari.

A més a més, si convertim l'ètica judicial en una reflexió que fem els propis jutges sobre nosaltres mateixos, podem caure, de vegades, en el discurs auto referencial, en creure'ns massa importants.

L'ètica judicial també té un altre risc: La desil·lusió, el pessimisme, el "burning out" dels jutges. En efecte, l'ètica judicial fixa un estàndard de conducta molt alt en quant que cerca l'excel·lència. Això contrasta amb la precarietat amb la qual conviuen els jutges donada la manca de mitjans amb que conta per a complir elevades funcions que, en canvi, esdevenen d'impossible realització. Hi ha una diferència dramàtica entre el model proposat per l'ètica judicial i el que és possible realitzat i d'aquest decalatge fàcilment pot sorgir la frustració, especialment en el més joves.

Per això voldria acabar amb una cita de l'escriptor francès Emmanuel Carrère que, en la seva novel·la "De vidas ajenas" fa la següent descripció d'un jutge: *"En otro tiempo los jueces eran personas importantes, pero el año en que salió de la Escuela Nacional de la Magistratura, en 1989, fueron*

8.- Rosanvallon, Pierre. "La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad", Ed Paidós, 2010, pág. 140.

relegados por el protocolo a una posición inferior a la de los subprefectos, y poco a poco empezaron a no invitarles ya a las recepciones oficiales. A diferencia de la mayoría de altos funcionarios que, sobre todo en provincias, tienen coche oficial y alojamiento gratuito, no gozan de ningún privilegio en especie. Trabajan en locales sin calefacción, con viejos teléfonos grises, sin ordenadores y con secretarías judiciales adustas. En una generación el notable que ostentaba el más alto rango se ha convertido en un don nadie que se desplaza en metro, almuerza el menú de una cafetería, y, cada vez más a menudo, ese don nadie es una mujer⁹⁹.

9.- Ed. Anagrama, Barcelona, pág. 124.