

DIMENSIONES ÉTICAS DEL JUZGADOR EN LA DECISIÓN JUDICIAL. EL PROBLEMA DE LA INTEGRIDAD

M.Sc. Miguel Zamora Acevedo

“Tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado”

Piero Calamandrei.

“Soy de la opinión... de que cuando se trata a alguien como si fuese un idiota es muy probable que si no lo es llegue pronto a serlo...”

Fernando Savater

Resumen: Se analiza la integridad del juez como un problema ético y moral y su impacto en la decisión judicial, a fin de no confundir el discurso moral prescriptiva del discurso descriptivo de ética. En este contexto, el autor aborda el tema de la ética judicial como un conjunto de comportamientos necesarios para satisfacer los intereses comprometidos con el ejercicio de la actividad judicial y la aceptación de las decisiones de las audiencias. Trata de establecer la falta de relación entre el comportamiento en la vida privada del juez con la calidad de la decisión.

Palabras claves: Integridad, ética, discurso moral, decisión judicial, interpretación.

Abstract: The integrity of the judge as an ethical and moral problem and its impact on the judicial decision is analyzed, in order not to confuse the prescriptive moral discourse of descriptive discourse of ethics. In this context, the author addresses the issue of judicial ethics as a set of behaviors necessary to satisfy the interests committed to the exercise of judicial activity and acceptance of the decisions of the hearings. Trying to establish the lack of relationship between the behavior in private life of the judge with the quality of the decision.

Keywords: Integrity, ethics, moral discourse, judicial decision, interpretation.

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2015.

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2015.

Sumario: I. Planteamiento del problema. II. Dicotomía de los contextos. III. Las visiones de la integridad. IV. Relevancia de la Fundamentación y los criterios éticos. V A modo de conclusiones

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La ética judicial rechaza vehementemente los postulados del activismo judicial y su tesis contraria, el formalismo. Ello se denota en el código modelo para Iberoamérica de ética Judicial (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2006), sin embargo en dicha norma deontológica y en la regulación disciplinaria costarricense se toma como punto de análisis las condiciones morales del juez tanto en el ejercicio de su trabajo como en la vida privada regulado en los valores de la integridad del juez.

Así, dicha declaración en su artículo segundo establece que *“El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”*, con lo cual implícitamente como dice Atienza (2013, p. 51) rechaza el activismo

judicial por cuanto establece que las razones sobre las cuales debe fallar el juez son las jurídicas. En caso del activismo sería las razones no normativas en la decisión judicial.

Mientras por otro lado igualmente se puede sustentar que también rechaza el formalismo al indicar en su articulado número treinta y nueve y cuarenta respectivamente que *“En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley”*. y continúa el artículo siguiente indicando que *“El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”*.

Esto comporta un problema casi existencial; cual debe ser entonces la moral de los jueces? Y en que medida ésta debe ser aceptada como “buena o mala”, y lo que es peor, según quien? Bien dice Protágoras -mediante la referencia en Platón-, que los dioses ordenaron a Hermes darles a todos los seres humanos “el sentido moral” (Protágoras, 2012, p.26) por igual, por lo que no se ve razones ahora para rechazar regalo tan divino.

Ante esta disyuntiva, resulta de interés conocer estos dos polos opuestos mediante los cuales la actividad judicial se desarrolla, todo ello bajo la perspectiva de una ética judicial. En igual sentido, resulta de interés conocer que se entiende por uno u otro término, a efectos de no caer en razonamiento circulares o engañosos y analizar cual sería ese justo medio en las decisiones judiciales para hacer del fallo –si ello fuese posible- un ejemplo impoluto de resolución.

Por último algunas advertencias de rigor. No se pretende establecer un análisis prescriptivo de la relación sobre integridad que recomienda el código de ética judicial hacia los jueces, ni mucho menos buscar definiciones estipulativas, sino simplemente hacer algunas descripciones del fenómeno y su vinculación al quehacer cotidiano con ejemplos dados por la doctrina. De ahí que cada quien tome su punto de partida ético sobre el tema ya que no se busca establecer una pretensión universal, muchos menos enjuiciar moralmente por cuanto ello sería hacer juicios de valor en cuyo caso se caería en el campo prescriptivo. Lo que interesa es exponer las razones que se consideran pertinentes en hacer dicha

distinción y mostrar que en realidad no hay relación de causalidad entre la vida privada del juez y el mérito de su decisión analizado desde los contextos de descubrimiento y justificación, por lo menos cuando se pasa al sistema judicial de motivación del fallo, con lo cual el sistema jurídico parte de una ilusión, la cual en algunos casos, resulta ser muy útil. Piénsese por ejemplo en los casos de amplio despliegue informativo, de gran repercusión social o en los que se involucra un funcionario público para citar algunas circunstancias; Como puede fácilmente deducirse, la sociedad teledirigida (Sartori, 2012, p. 73) cobra plena vigencia y da mayor preponderancia a los estados emocionales que al razonamiento.

También escapa de interés, buscar las definiciones de los términos usados: ética, moral, etc., y su relación con el derecho, tema de por sí imposible de abarcar en pocas líneas. Antes bien, la idea es recalcar esas inconsistencias que se pueden brindar en la confusión –bastante sutil- que se hace cuando se juzga la integridad del juez en relación a las decisiones que se puedan brindan (Cf. Bonilla, 2015, p. 81. Par VII), y para ello se utiliza como guía de análisis la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación.

Por ello, en una primera parte se expondrá en forma somera que se tiende por tal distinción de contextos y su utilidad práctica en el análisis de la decisión judicial, posteriormente se analiza el tema de la integridad tal y como se sostiene en el código Iberoamericano de ética judicial y ley orgánica del Poder Judicial de Costa Rica y su posible conexión en las decisiones judiciales, a efectos de poder ver si es posible cimentar unas criaturas de la moralidad puras e impolutas para tener un "mejor" Derecho, y también analizar si dicha circunstancias de moralidad son una condición necesaria y suficiente para sustentar la validez de la decisión.

Finalizando con el razonamiento sobre dichas visiones de integridad y su relevancia para la formación y justificación de la decisión y por último una breve conclusión puntualizando sobre la confusión que se da cuando se analizan las cualidades morales del juez (discurso prescriptivo) y su vinculación a la resolución, siendo que se termina sosteniendo que incluso las "malas personas, también pueden ser buenos jueces"(discurso descriptivo) porque sencillamente en el contexto de la normativa costarricense se decanta más la exposición de motivos

antes bien que las razones por las cuales se llevan a dichos fundamentos (contexto de justificación).

II. DICOTOMÍA DE LOS CONTEXTOS

Cuando se habla de contexto, (del latín, *contextus*, entretejido) no se puede limitar exclusivamente a su uso habitual metafórico sino que en conjunto con su parónimo *texto*, ha conllevado que incluso la Real Academia de la Lengua Española en su primera acepción lo vea como un elemento propio del lenguaje, al sostener que es un “entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados”.

En consecuencia se puede deducir que el análisis del contexto es una “pieza clave en la interpretación, explicación y análisis de distintos fenómenos por los que se interesa la lingüística, la filosofía del lenguaje, el análisis del discurso”, (Vega Reñón & Olmos Gómez, 2011, p. 134) y en general cualquier rama que busque estudiar críticamente su objeto de estudio, como es en este caso, la decisiones judiciales desde el punto de vista ético.

Así las cosas, una forma metodológica y argumentativa válida de analizar las decisiones judiciales puede ser mediante la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, y a partir de ahí analizar su legitimidad en el proceso penal, tanto así que algunas normas procesales sobre las recusaciones de los jueces establecen dicha idea como una causal que afecta la legitimidad del juez (art. 55 del CPP).

Dicha división se puede asociar a Reichenbach, quien la utilizó para poder diferenciar la manera como realizan los descubrimientos en ciencia y la forma en que los mismos se justifican, y la planteó en la obra “*experience and prediction*” (Reinchenbach, 1965, p.7-8) de 1938, en la cual sostenía que:

“La forma en que los matemáticos publican una nueva demostración, o un físico sus razonamientos en la fundamentación de una nueva teoría, casi podría corresponder a nuestro concepto de reconstrucción racional, y la bien conocida diferencia entre la manera de hallar un teorema y la de

presentarlo al público puede ilustrar la diferencia en cuestión. Introduciremos los términos contexto de descubrimiento y contexto de justificación para señalar esta distinción”.

Aunque también parte de la doctrina lo asocian a Popper (Nettel, 2000, p.32), no obstante, a efectos de la presente investigación el origen es irrelevante, por cuanto lo que interesa es la distinción en sí y su importancia en la formación de la justificación cognitiva de la decisión judicial

Con base a esta premisa y sobre dicha distinción se puede decir que en el contexto de descubrimiento lo que importa es la producción de una hipótesis o de una teoría, el hallazgo y formulación de una idea, la invención de un concepto, todo relacionado con las circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas y hasta económicas o tecnológicas que pudiesen haber pendido en la generación del descubrimiento o influido en su aparición (Zamora, 2015, p.159), incluso algunos han mencionado el criterio de la “gastronomía del juzgador” (Aguiló, 2008, p.32) para explicar las razones que tuvo el juzgador para decidir el punto, aunque posteriormente ello no coincida con la fundamentación dada.

Un ejemplo por antonomasia para el Derecho procesal penal se da en los casos del conocimiento judicial de los hechos, mediante lo cual el juzgador llega a (Gascón Abellán, 2010, p. 88) formular como verdadero un enunciado sobre los hechos que se juzgan, ello claro esta, a partir de la prueba.

En este sentido dicho contexto de descubrimiento concierne a la explicación de la forma en la cual se concibe inicialmente una teoría, el ejemplo clásico sería el caso de Newton y la caída de la manzana para la teoría de la física o el caso de Darwin y la conocida teoría de la selección natural (Zamora, 2015, p. 160).

En consecuencia, bajo esta premisa el contexto de descubrimiento abarca a aquellos procesos afectivos, históricos, sociológicos, psicológicos, prejuicios, moral, religión, etc., que han conducido a un descubrimiento científico y que, por consiguiente pueden incluir también componentes irracionales: intuiciones, creencias metafísicas, el azar, etc., como ejemplos (ibidem) y en general todo lo que se ha llamado precomprensiones (Haba, 2012,p. 122).

En este mismo orden de ideas, el contexto de justificación hace a las

cuestiones de aprobación: como saber si el descubrimiento realizado, es auténtico o no, si la creencia es verdadera o falsa, si una teoría es justificable, si las evidencias apoyan nuestras afirmaciones o si realmente se ha incrementado el conocimiento disponible, como sería en el campo de la lógica y el derecho en este caso.

Siguiendo con la distinción en el campo fáctico se puede decir que “Aplicado a los hechos, esto se refiere al proceso mediante el cual se distingue entre los hechos como dato empírico y los hechos probados en la sentencia” (Zamora, 2015, p.160).

Así, para Bárcenas, en este contexto de justificación “se ignoran procesos psicológicos o sociales y se basa más que todo en los parámetros lógicos y epistémicos” (Bárcenas, 2002, p. 48). Por ello, va referido al conjunto de procesos racionales (demostraciones, experimentos, argumentaciones lógicas, etc.) en virtud de los cuales queda establecida la validez de los conocimientos científicos y en el proceso penal, sería el campo de la justificación o motivación de la decisiones judiciales, entre ellas la aceptación o negación de los hechos.

En resumen, en la distinción de los contextos se asocia al binomio causas-razones. Así “en el contexto de descubrimiento hallamos causas, en tanto en el contexto de justificación hallamos razones” (García Figueroa, 2014, p. 144).

Por ello, esta bifurcación se incluye al lenguaje de la teoría del derecho, siendo uno de los primeros autores que la aplicó –aunque utilizando una terminología ligeramente diferente, pues refiere a “procesos” y no “contextos” de descubrimiento y de justificación– fue Richard Wasserstrom en su libro *The judicial decision* (1961), pero para hacer referencia a la cruzada contra el realismo (Atienza, El derecho como argumentación, 2012, p. 100).

Empero, aunque ambos los contextos -descubrimiento y justificación- se encuentren enlazados, se podría hacer una diferenciación con el objetivo de examinar cada uno de estos dos aspectos para aplicarlos en el campo del análisis de la decisión judicial y más específico en la fundamentación judicial del proceso, a la cual correspondería la explicación y la justificación de la decisión respectivamente.

Como resultado de ello, el contexto de descubrimiento expone hipótesis para explicar algún tipo de fenómeno como en el presente caso sobre la integridad del juzgador, mientras que en el contexto de justificación se preocupa de ver si esa explicación concuerda con los fundamentos o no; Es decir si la condición del juzgador en su vida privada es una condición necesaria y suficiente para la legitimar su fallo o es simplemente un aspecto de emotividad de las palabras (Stevenson, 1984, p. 63).

No obstante, es importante establecer que la distinción entre ambos contextos antes explicados y aplicados al campo del derecho, y especialmente en la decisión judicial, es bastante sutil, tal y como sostiene la doctrina, en especial Manuel Atienza:

Hoy sin embargo, la distinción solo se mantiene en términos bastante débiles, pues suele considerarse, por un lado, que no hay una línea tajante que separe ambos contextos y, por otro lado, que sí cabe hablar de una lógica del descubrimiento, en el sentido de que hay ciertas pautas de racionalidad en la relación con el hallazgo de las teorías científicas; o sea, la racionalidad, el método científico, no se circunscribe al contexto de la justificación o validación de las teorías científicas. (2013, p. 114).

En igual sentido respecto al campo de la decisión judicial, también se han manifestado Feteris (2007), indicando que “no siempre es posible separar esas dos fases del proceso de la decisión jurídica, pero eso no implica que no se pueda separar en la teoría del derecho, cuyo objetivo es analizar y evaluar la calidad de las justificaciones legales tal como se presentan en defensa de una decisión jurídica”. (Feteris, 2007, p. 33).

Aclarado brevemente el panorama, para efectos prácticos del presente estudio y para confrontar el propósito final, se tiene que la dicotomía de contextos realizada hasta el momento en el ámbito de los decisión judicial, diferenciará entre motivación justificativa de los hechos, el cual se refiere al contexto de justificación señalado previamente y motivación explicativa de los hechos, referido éste último al contexto de descubrimiento y todo ello mediante las directivas de interpretación

más usual en la jurisprudencia penal costarricense; sea los métodos desarrollado por Savigny (2005, p. 94) y establecer si existe algún tipo de relación-afectación entre la integridad del juzgador y su decisión.

Igualmente se debe aclarar que la diferencia en la aplicación de la distinción de los contextos en las ciencias como en el caso del derecho, no es solo de un proceso mental o psicológico, sino que también se da mediante un proceso de interacción e interpretación por la dialéctica de la argumentación jurídica del proceso en sí (Zamora, 2015, p.162).

Para finalizar, un ejemplo puede ilustrar mejor la diferencia que se viene analizando, para ello se utiliza la representación de Carlos Nino, citado por Aguiló (1997):

Se parte del siguiente caso;

... 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. (p. 48).

III. LAS VISIONES DE LA INTEGRIDAD

El código Iberoamericano de ética judicial, el cual fue reformado el 2 de abril de 2014, en la XVII reunión plenaria, celebrada en la cumbre de Santiago de Chile, establece un capítulo entero a la visión de la integridad del juzgador, en

concreto tres artículos vienen describir la perspectiva de la rectitud ética que debe ostentar todo juez iberoamericano.

Así, en el artículo 53 establece que “La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura”, con lo cual prevé una proyección más allá del despacho, introduciéndose en la esfera de la vida privada del juzgador.

Con lo cual se complementa en el artículo siguiente, mediante el cual se matiza la anterior perspectiva porque dice que “El juez integro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función”, con lo cual evidentemente deja a un nivel de subjetividad de los “otros” el análisis de la conducta del juez.

Por último, el artículo 55 del mismo ente normativo viene a recordarle al juez que “debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos”.

En similar sentido se manifiestan los diversos instrumentos deontológicos aplicables al tema y recopilados por Bonilla (2015, p.81).

“Pon la moral por encima de las leyes” sostiene el decálogo de ética de Ossorio, el abogado “debe tratar el caso como si fuese suyo” indica el San Ivo, y por último el decálogo del juez según Cervantes sostiene que “cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo”.

Ahora bien, aunque ya se deslumbra algunas proyecciones del término se debe ahondar más en su definición y tratar de reducir su zona de penumbra (Hart, 2009, p.15), por lo que un concepto de la Real Academia Española de la Lengua, podría contribuir en ello; Así para dicho diccionario integridad se refiere a “la calidad de integro”, y en su segunda acepción dice que es la “pureza de las vírgenes”; Con lo cual mas bien la zona de indeterminación se amplía.

Sin embargo, a partir de dichas proyecciones se puede deducir que lo integro es: primero, algo que ostenta todas sus partes intactas, y referido a las

calidades de una persona, sería integro aquél sujeto que es correcto, honesto, probo e intachable, cualidades morales todas totalmente indeterminadas, pero a las cuales obliga la ética iberoamericana a toda persona que desee ejercer la magistratura, independientemente de la categoría de juez.

Todo ello, viene a darle la razón a Jorge Malem Seña cuando sostiene que: “a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les ha exigido ciertos comportamientos morales en su vida privada que no condicen con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones...” (Malem Seña, 2001, p. 380). En igual sentido el maestro Piero Calamandrei sostenía que “los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan su fe” (1989, p. 261-262).

De ahí que surjan algunos estribillos de corrillos judiciales que hacen referencia a la necesidad de que un buen juez debe ser una buena persona, y si sabe Derecho mejor (Malem Seña, 2001, p. 380).

Así las cosas, si la integridad se refiere a las situaciones morales de la vida privada del juzgador, este análisis no debe perder la perspectiva de que la moral, al igual que las ideas son hijas de su tiempo, por lo cual no se podría sustentar una moral universal.

Igualmente es prudentes tener cuidado de no caer en lo que Moore llama la falacia Naturalista (1997, Cap. 1), Es decir, la identificación del significado moral, que es sintético con propiedades no simples definibles como rasgos físicos; como por ejemplo la ética empirista; psíquica, como la ética emotivista de Alfred Ayer (1971) o puros datos conceptuales, en la cual el ejemplo sería la ética racionalista, porque se pasaría de confundir lo bueno, como algo que vale o debe ser, con lo que es o resulta descriptible en dicho término.

Ahora bien, que las personas bajo el paradigma de la justificación de la decisiones, pueda ser un buen juez no es algo que sea pacíficamente aceptado, por el contrario dicha circunstancia es uno de los elementos, siendo el otro la necesidad de la apariencia. Para ser buen juez, no solo debe serlo en cuanto conocimiento, sino que también –como dice el adagio popular-, debe aparentarlo

(Camps, 1995, p. 47).

Así, algunos ejemplos brindados por la doctrina discuten si ciertas particularidades de la vida privada del juzgador pueden o no ser toleradas o por el contrario constituyen comportamientos impropios, terminos, si bien indeterminados señalan un alto contenido hacia la moral y el contexto social vigente (Malem, 2001, p.389).

Por ejemplo Malem Señá (ibidem) indica, para fines meramente ilustrativos y sin ánimo de ser taxativos, los siguientes casos:

1.El juez irascible: En este caso se cita al juez que es aficionado a un equipo de fútbol y se le ve en los estadios gritando impropiedades y desbordando pasiones sea al árbitro o al equipo rival. En este caso se cuestiona sobre la posibilidad de discutir con el juzgador y que él pueda tener serenidad y equilibrio, máxime cuando se le cuestionen sus acciones mediante los recursos respectivos. En este punto, sostiene Calamandrei que una persona así no podría ser un buen juez.

2.El juez de vida sexual no estrictamente ortodoxa. Este ejemplo alude prácticas sexuales considerados “normales o anormales” por la sociedad, aunque sean arbitrarias. Estos casos se han visto como comportamientos impropios, entre los que se podrían citar: la jueza bailarina exótica o de cabaret, el juez adúltero o el que se relaciona con prostitución. También para estos casos se considera que no se podría ser buen juez bajo esas particularidades.

3.El juez que administra mal su patrimonio. Este ejemplo se refiere tanto al juez que es aficionado a los juegos de azar y al juez que no paga sus deudas contraídas por actividades lúdicas, aunque después de embargos y muchas dificultades logra cancelar sus deudas con grandes apuros o mediante embargos, y otras actividades análogas que comprometan su patrimonio. Otro ejemplo sería el juez que se le demande por pensión alimentaria.

En estos ejemplos se establece una clara desconfianza a la honorabilidad del juez y a una prudencial pérdida de confianza sobre las posibilidades de corrupción, por lo que una persona así no estaría en condiciones de ser buen juez.

Incluso la normativa disciplinaria costarricense establece una norma muy

particular, mediante el artículo artículo 192 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en la cual se consideran faltas graves: "...9.- El no pago injustificado de una obligación de crédito, que deba atender como deudor principal y se esté cobrando en la vía judicial" y por vía del Circulares de la Corte Suprema (108-05) se establece la obligación de comunicar al regimen disciplinario a los funcionarios judiciales que se le dicte medidas cautelares de violencia doméstica (Consejo Superior, Corte Suprema de justicia, 2005).

Dicha norma "establece una serie de actuaciones que deben ser consideradas como faltas disciplinarias, y hace una diferenciación entre lo que debe considerarse como faltas gravísimas, graves y leves. Cabe indicar que los artículos 190 al 194 de la LOPJ "no son numerus", "clausus" sino apertus" (Quesada Madrigal, 2010, p. 109), con lo cual bajo el supuesto dado, se podría abrir causa al juez que realiza dichas acciones.

4. El Juez de amistades peligrosas. En este caso se citan dos ejemplo, el primero es cuando se tiene amistad con grupo de delincuentes porque les une la amistad, aunque claro esta, no participa el funcionario de sus actividades ilícitas ni se beneficia de ellas; el segundo caso es cuando el juzgador participa de grupos o asociaciones racistas, homofóbicas y en general aquellas que se podrían llamar anti constitucionaes y anti democráticas.

Imaginemos un juez que es miembros de un grupo radical que esta en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo o en su defecto recibe préstamos de algún amigo de cuestionada reputación, ya sea por esta bajo investigación o simple sospechas a nivel investigativo, aunque el préstamo cumpla con las formalidades de la ley y el dinero no provenga del "lavado". Podría ser un buen juez?

Aquí es claro que para una respuesta negativa a la pregunta, el basamento estaría en una condición de apariencia ya que la tutela de la imparcialidad perdería su valor. A a inversa, si el juez más bien pertenece a alguna asociación de caridad o de tutela de los Derechos Humanos, la respuesta sería positiva aunque su fundamento en este caso es de carácter ideológico, más que moral.

5. Por ultimo, esta el ejemplo del juez estafalario. Este criterio hace

referencia a la persona que le gustan los aretes, piercing, teñirse el cabello de colores muy particulares, usar ropa llamada “informal”, etc. Se puede considerar como buen juez?

Para Piero Calamandrei (Calamandrei, 1989, p. 303) no. Las razones que da el jurista italiano se sustentan en la idea de mostrar una falta de seriedad en las funciones, incluso el Poder Judicial de Costa Rica es más severo con esta forma de mostrar la personalidad de los sujetos, ya que tiene reglamentado la forma de vestir, corte de cabello, color de uñas, tipo de zapatos que se pueden o no usar, etc, ello mediante un respectivo reglamento establecido mediante acuerdo de la Corte Plena, en sesión N° 38-12, celebrada el 5 de noviembre de 2012, artículo XXIII y publicada en la Circular 185-12 (Corte Plena, 2012).

En todos los cinco ejemplos que brinda Malem Seña, la apariencia de la justicia juega un papel preponderante, por lo cual se puede decir que las decisiones de los jueces no solo deben ser justas conforme a derecho sino que también deben parecerlo, además los cinco casos proyectados son meras referencias emotivas en su descripción: buscan polarizar los supuestos y en dado caso modificar los sentimientos hacia esas formas particulares de actuación. En concreto, la finalidad oculta sería preguntar si le gustase al receptor o al ende social ser juzgado por un juez que ostente dichas condiciones?

El punto medular de la apariencia tiene relación directa con lo que se conoce como el teorema de Thomas (Malem, 2001, p. 394), el cual establece “*If men define situations as real, they are real in their consequences*” (Si los hombres definen las situaciones como reales, éstas son reales en sus consecuencias).

Por ultimo, Miguel de Cervantes brinda quizá uno de los pasajes más bellos en cuanto a la disyuntiva decisoria del juzgador teniendo de por medio los estándares éticos y morales; El caso es conocido como los juicios de Barataria:

"..., estando presentes a todo el mayordomo y los demás acólitos, que fue:

—Señor, un caudaloso río dividía dos términos de un mismo señorío, y esté vuestra merced atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso... Digo, pues, que sobre este río estaba una puente, y al cabo della una horca y una como

casa de audiencia, en la cual de ordinario había cuatro jueces que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: «Si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar, y si dijere mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna». Sabida esta ley y la rigurosa condición della, pasaban muchos, y luego en lo que juraban se echaba de ver que decían verdad y los jueces los dejaban pasar libremente. Sucedió, pues, que tomando juramento a un hombre juró y dijo que para el juramento que hacía, que iba a morir en aquella horca que allí estaba, y no a otra cosa. Repararon los jueces en el juramento y dijeron: «Si a este hombre le dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y conforme a la ley debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y, habiendo jurado verdad, por la misma ley debe ser libre». Pídese a vuesa merced, señor gobernador, qué harán los jueces del tal hombre, que aún hasta agora están dudosos y suspensos, y, habiendo tenido noticia del agudo y elevado entendimiento de vuestra merced, me enviaron a mí a que suplicase a vuestra merced de su parte diese su parecer en tan intricado y dudoso caso..."

El dilema entre la norma que obliga actuar y el requisito moral de decir la verdad chocan como sucede en no pocas ocasiones en la vida cotidiana y aunque no hay una única respuesta, la más sensata y no precisamente jurídica decisión (según el caso) la brindó Sancho.

IV. RELEVANCIA DE LA FUNDAMENTACIÓN Y LOS CRITERIOS ÉTICOS

Comprender un concepto, captar el significado de las palabras que lo expresan, siempre consiste, por lo menos, en aprender cuáles son las reglas que gobiernan el uso de tales palabras, y captar así el papel del concepto en el lenguaje y en la vida social.

Alasdair MacIntyre

Para cualquier estudiante del derecho hoy en día, sacar a colación la fundamentación de las decisiones judiciales parecería un tema recurrente, trillado e incluso se puede decir constituye un topoi o lugar común (Perelman, 1988, p. 155-156) en la moderna teoría procesalista penal. Sin embargo dicha práctica en realidad es muy novedosa, tomando en consideración que los primeros vestigios de la necesidad de motivación surgieron en el siglo XIX, siendo que uno de los primeros ámbitos en los cuales se estableció dicha exigencia fue en el ámbito comercial, mediante el código de comercio de España de 1829 (Ortells Ramos, 1977, p. 908).

Incluso uno de los aforismos latinos más utilizados y recurrentes en los procesos anteriores al deber de fundamentación rezaba: “Si cautus sit iudex, nullam causam exprimet”, Si es juez es cauto, no expresará la causa de su decisión. Razón por la cual se llegó a prohibir la práctica de dar fundamentos del fallo, y entre otros motivos no siendo únicas, están según indica Malem (2001):

Uno de carácter procesal: La motivación posibilitaba la crítica por parte de los litigantes de las razones del fallo, y en virtud de ello al existencia y el aumento de posibles recursos (p. 381). Este caso actualmente sería totalmente improcedente porque modernamente se tiende hacia lo contrario, es decir posibilitar las vías recursivas de las decisiones lo cual se establece en los procesos penales como una garantía judicial o componente del “debido proceso”.

El otro sería de carácter ideológico: Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por ende no requerían ser fundadas (ibídem). En consecuencia, un ataque o un incluso la mínima duda a la sentencia era una ofensa contra Dios mismo, lo cual era una herejía. Sin embargo y aunque parezca un simple dato histórico éste si es válido aplicar hoy en día, simplemente las deidades han cambiado de forma y destino, ahora es el poder soberano del parlamento y los tribunales Constitucionales como intérpretes de la Constitución. (Ejemplo, Sala Constitucional mediante voto. 11099-09, establece que no hay vicios de inconstitucionalidad en la falta de previsibilidad del recurso de apelación a la

prisión preventiva que se dicte en el proceso de flagrancia).

Sobre dicha proyección sacrosanta la administración de justicia actual en el campo disciplinario no esta muy lejana, así para citar otro caso en una queja de un funcionario judicial respecto a un tribunal que lo obligaba a ponerse de pie cuando ingresaban dichos miembros del tribunal, la Inspección Judicial le rechaza la queja y más bien le indica:

“... realmente no encontramos que sea "acto de humildad" exigir a un alto funcionario judicial que tiene suficientes atribuciones al efecto, minuciosa explicación de la razón y fundamento de una legítima orden dada con la única intención de solemnizar --como debe ser-- un acto jurisdiccional y que para la ejecución de ella no se requiere más que un mínimo esfuerzo, un par de calorías; a menos que se tenga una razón de salud o de impedimento físico, en cuyo caso lo correcto es, en el acto, pedir autorización al Tribunal para permanecer sentado o en cualquier otra posición ; **e)** no es aceptable, para desobedecer lo dispuesto por el Tribunal --personal o colegiado-- aducir razones de criterio, ideología, cultura (?), voluntad, o creencias --aunque sean religiosas--() pues de darle cabida a ello, todas las personas quedarían autorizadas para no guardar o cumplir las mínimas formalidades en ciertos actos, lo que conllevaría a que cada quien se conduzca como mejor le parezca, con desprecio a los valores que deben imperar en una sociedad amante del orden y de los valores que nos colocan a años luz del primitivismo; aunque algunos califiquen de "colonialismo" (sic) la buena educación y el comedimiento; **f)** es natural que ediciones libres no reconocidas oficialmente por organismos como la Real Academia Española o la Academia Costarricense de la Lengua tengan inexactitudes y engañosas definiciones de los vocablos, por lo cual, al realizar un trabajo como el que se examina, es aconsejable consultar fuentes de credibilidad indiscutible; **g)** es comprensible, también, que, por su finalidad, quienes para los periódicos redactan gacetillas --muchas veces de mal gusto y nada edificantes-- critiquen elementales normas modales, de urbanidad, de respeto, de consideración y de buen comportamiento ante nuestras legítimas autoridades, ya que a aquéllos no podemos exigirles, lo que **sí** debemos esperar como conducta esencial de los profesionales en Derecho y, en general,

de todos los que han recibido una educación superior; lo contrario es retroceso que solo contribuye a fomentar un devastador " *troglodismo*". (Tribunal de la Inspección Judicial San José, a las catorce horas treinta y cinco minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho, voto 301-08).

Como se puede apreciar in extenso con la resolución anterior, la visión justiciera del oficio del juzgador todavía se ve como algo sagrado que merece solemne respeto, lo cual no es por la simple persona que se presenta, sino por su condición: la investidura de la magistratura.

Sin embargo y volviendo a la línea discursiva de la falencia de la motivación, ésta era suplida en la calidad ética del juzgador, en cuyo caso "los jueces vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea (Malem Seña, 2001, p.383), por lo que era más que justificable el valor de su integridad tanto en el ejercicio del cargo como en su vida cotidiana.

El juez, según sostiene Garriga y Llorente, viene a ser la imagen viva de la justicia (1997, p.106), con lo cual es fácil deducir la exigencia de una vida con ciertos rasgos morales muy rigurosos como requisito al puesto y en consecuencia a su mantenimiento, lo cual sea dicho de paso no es extraño en la actualidad con la llamada "afectación a la imagen del Poder Judicial" para el caso costarricense.

Sumado a lo anterior el juzgador debía ser temeroso de Dios, sentir amor por la justicia, tener buena fama y en general ostentar los principios morales de mayor alta estima vigentes, con lo que era incompatible con la función judicial la participación en los pecados capitales: lujuria, avaricia, envidia, codicia, soberbia, etc, para citar un ejemplo, dado por Kagan, se criticaba a un juez porque no hiciera vida maritable con su legítima mujer (1991, p. 174).

Como dato curioso es bajo esta visión ideológica que a los jueces se les exigía una determinada investidura, tal cual iba asociada a colores sobrios como el negro. La idea era que los jueces se dedicarían casi como una orden sacerdotal, a la exclusiva función de dictar sentencias con una imagen de esplendorosa imparcialidad. Incluso en algunos países todavía se guarda el ritualismo de la toga y las pelucas.

Ahora bien como señala Malem Seña “que la corrección de las sentencias se hiciera depender de la persona del juez y de su carácter y apariencia y no de las motivaciones, no significa que el juez estuviera exento de todo control”. (2001, p. 384), porque también se inicia desde su designación por medio del cual se pasaba el escrutinio acerca de la lealtad al monarca y a la religión. En consecuencia debían rendir informes periódicos a los superiores con el fin de controlar sus decisiones.

En resumen bajo la premisa de la no necesidad de fundamentación de las decisiones judiciales, pareciera que es una condición necesaria y suficiente para ser un buen juez, ser también una buena persona moralmente hablando porque el fundamento y legitimación del fallo se basa en la personalidad del magistrado y de la magistratura.

Posteriormente superado la visión sacrosanta del juzgador y pasando al paradigma de la necesidad de la fundamentación de las decisiones judiciales, lo cual nace para hacerle frente a la necesidad disciplinar de los jueces (Malem Seña, 2001, p. 385) y no como un producto de reflexión de las garantías judiciales, surgen otras cuestiones también muy importantes para analizar, entre ellas la motivación, la cual viene a cambiar la imagen de las resoluciones para centrarse más en su contenido que en su apariencia.

Así en palabras de Luigi Ferrajoli, “la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas” (Ferrajoli, 2000, p. 623).

En consecuencia, lo que ahora importa es el sometimiento a la ley de parte del juez, en detrimento de su condición respecto al caso, lo que importa es el contexto de justificación y no el de descubrimiento. En consecuencia la doctrina (González Granda, 1993, p. 189) recuerda que el cambio de paradigma llevó a un detrimento de los factores morales, los cuales pasaron a ser sustituidos por la legislación y en especial por nuevos elementos de técnicos de valoración. Un ejemplo clásico es la inclusión de la sana crítica y sus componentes incluso

actualmente visto como un componente esencial del debido proceso.

En este caso, se entiende por “sana crítica racional como método para la valoración de prueba, pone como único límite a la libre convicción de los jueces, el respeto a las reglas que gobiernan la conexión del pensamiento humano: las de la lógica, las de la psicología y las de la experiencia común” (Cafferata Nores, 1988, p. 288), lo cual en realidad no sirve de mucho por la vaguedad de los elementos que la componen.

La justificación del fallo dependerá de su contenido mediante el proceso valorativo dado y no de la moral privada del juez, aunque se mantienen cierto elementos bajo el sistema disciplinar sobre la conducta de los operadores del derecho y en especial, la atipicidad de las sanciones y la retórica a conceptos totalmente indeterminados de moral social, como es en el caso costarricense la mencionada afectación a la imagen judicial.

Para ello se establece en la normativa orgánica del Poder Judicial el artículo 28, el cual establece que: “podrá ser destituido de su cargo, siguiendo el procedimiento establecido y con la previa oportunidad de defensa, el servidor:

2.- Que, por incorrecciones o fallas en el ejercicio de su cargo o en su vida privada, que pueden afectar el buen servicio o la imagen del Poder Judicial, se haya hecho acreedor a esa sanción” (LOPJ, 2009).

Sin embargo a pesar de este vestigio inquisitivo y moralista, es posible deducir que la conducción moral del sujeto no es una razón necesaria y suficiente para imposibilitarlo para ser un buen juez; Por el contrario, se puede decir que “una mala persona podría llegar a ser, en ese sentido un buen juez” (Malem Señá, 2001, p. 388) en el paradigma que obliga a fundamentar los fallos porque el interés pasa del contexto de la decisión propio de la etapa en la cual no se ocupaba fundamentación al contexto de la justificación mediante las razones que brinda sobre su decisión.

Ahora bien, no se puede olvidar que el proceso penal como tal, esta previsto para la creación de una idea fundamental, esta es, limitar el poder estatal o *ius puniendi*, con lo cual este proceso se convierte en el instrumento fundamental de protección jurídica de los sujetos destinatarios de las normas

jurídicas penales, lógicamente en una doble bifurcación: primero para hacer valer las garantías ante el mismo Estado, pues es quien ostenta el monopolio de la acción penal, y segundo, frente a los semejantes, en casos de derecho privado (Zamora, 2015,173).

Esta visión conceptual del proceso limitativo del poder penal estatal se encuentra formulada en el artículo primero de la normativa procesal penal y en la Constitución Política en el que se establece: “Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas” (C.P.P. artículo 2).

Por su parte, establece la Constitución Política de Costa Rica una serie de calificativos, como en su primer artículo, el cual refiere a Costa Rica como una República democrática y más adelante respecto al Poder Judicial, sostiene que “sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos” (C.Pol. artículo154).

En consecuencia, es fácil deducir, -a partir de la normativa citada-, las funciones que en el proceso penal debe cumplir, las cuales se resumen en tres grandes áreas que algunos teóricos las sitúan más específicamente en al figura del juez (Hernández Marín, 2014, 4).

La primer área se configura en la acción de juzgar. Esto es, la obligación de resolver el proceso puesto en su conocimiento independientemente de la apariencia o no del buen derecho. Bajo esta arista resulta pertinente la norma del código civil costarricense el cual indica “*Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido*” (C.c. artículo 6), criterio que es perfectamente aplicable al proceso penal costarricense y para cuyo función es irrelevante la integridad moral del juzgador.

Esta premisa es muy semejante a lo estipulado al código civil francés – artículo 4- el cual establece que ningún juez debe abstenerse de juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos legales, con lo cual

“obliga a tratar el sistema de derecho como completo, sin lagunas, como coherente, sin antinomias y como claro, sin ambigüedades que den lugar a interpretaciones diferentes” (Investigaciones Jurídicas S.A, 2001, p. 94).

Esta perspectiva romántica del proceso, tiene la particulares específicas mediante la cual el juez cumpliría con el mandato antes expuesto, emitiendo cualquier resolución por muy torpe que sea, ante cualquier una denuncia o querrela aunque se aclara que ello no se establece como un dogma, ya que para eso están medios impugnaticios refutarán algunos, sin embargo para la administración de justicia costarricense esta réplica no es del todo cierta, ya que existen procesos como lo es el procedimiento en flagrancia en el cual no se le confiere recurso ante el dictado de la prisión preventiva.

Igualmente en el proceso ordinario, a pesar de tener expresamente señalado la posibilidad de recurrir la prisión preventiva, la normativa ordinaria hace casi ineficaz cualquier recurso de apelación bajo los supuestos del artículo 239 bis del código procesal penal, el cual agrega nuevas causales a la prisión preventiva a cierta delincuencia muy particular, con ello se torna casi imposible la medida establecida y la misma se vuelve semi automática; ejemplo clásico en materia de infracciones a la ley sobre drogas.

Prosiguiendo con el tópico principal, la segunda área abarca la obligación de resolver la controversia conforme a derecho (Zamora, 2015, 175). Esta función del proceso se realiza practicando las reglas del procedimiento específico para llegar a una resolución judicial, cualquiera que ésta sea; absolviendo, condenando, declarando con lugar, sin lugar, reconociendo o rechazando el derecho, etc., dependiendo de la materia. También en esta función las condiciones morales del juez no afectan al fallo sea que se necesite o no motivarlo.

Para este segundo supuesto, se deben analizar desde dos perspectivas: Una, la procesal y segunda la material o sustantiva. En la primera se presenta cuando la decisión se toma siguiendo las reglas del procedimentales –debido proceso-, mientras las segundas se refieren al contenido sustantivo o de fondo de la resolución judicial que resuelve el proceso, o sea cuando se cumple también con la primera área (Zamora, 2015, p. 175).

Empero, en el proceso penal costarricense se debe aclarar que no siempre sucede tal y como se indica en esta segunda función del proceso porque puede perfectamente cumplirse esta expectativa funcional del proceso, sea que se presenten ambas 'fondo y forma-', o también puede ser que se presente solamente la formal, como puede suceder cuando se resuelve alguna incidencia procesal que haga innecesario un pronunciamiento sustantivo, verbigracia una excepción por desistimiento del proceso o la extinción de la acción por muerte del imputado.

En esta misma área y respecto al enfoque sustantivo también se puede encontrar algunas aristas, por cuanto se pueden dar casos en los cuales la discusión sea únicamente sobre el derecho sustantivo y no desde la determinación de los hechos, lo cual parecería es lo más común (García Amado, 2014, p. 43).

Esto puede suceder cuando no existe contención en la determinación de los hechos, pero si en la calificación jurídica. El ejemplo para este caso esta en los múltiples debates sobre la apreciación jurídica del delito, la condición de tentativa o meros actos preparatorios, aplicación del concurso de delitos, etcétera, para citar algunos ejemplos cotidianos, todos ellos pueden perfectamente darse sin alterar los hechos o en las discusiones sobre la casación por el fondo mediante el llamado principio de intangibilidad de los hechos probados (De la Rúa, 1968, p. 106), el cual se contempla en forma negativa, es decir como causal de inadmisibilidad (C.P.P. artículo 470).

Por último, la tercera área se refiere a la fundamentación de la decisión judicial.

Para este supuesto, el guarismo 142 del código procesal penal, establece la obligación cuando indica:

“Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los

hechos o la sola mención de los elementos de prueba”.

En tesis de principio, esta obligación se podría ver como una consecuencia de la disposición de dictar las resoluciones conforme a derecho, sin embargo, esto no es siempre así. Puede suceder que la resolución sea conforme a derecho pero infundada o viceversa, lo cual se presentaría en los casos de resoluciones totalmente fundamentadas, pero que no son conforme al derecho de fondo, por ejemplo en una errónea calificación jurídica (Zamora, 2015, p. 176). En esta etapa si es en la cual se debe estudiar la condiciones de moralidad personal del juzgador.

Como bien indica García Amado, en el proceso judicial “suele ocurrir que se debata sobre los hechos” (García Amado, 2014), aunque no en todo proceso sucede así, pues es posible que se tenga coincidencia en la determinación fáctica y la discusión verse sobre calificación jurídica.

Recapitulando, si bien es cierto actualmente se esta bajo el paradigma de la fundamentación de las decisiones, lo cierto del caso es que dicha función -entre muchas- solo una parte de las diferentes labores que tendría que cumplir el juzgador al momento de emitir su decisión y razonarla. Incluso como se puede observar, la misma fundamentación se podría realizar de la forma más burda y aún así podría tener plena validez y eficacia porque el mismo ordenamiento se lo permite. El ejemplo dado sería la resolución que dicta prisión preventiva en los procesos de flagrancia. En ello el juez sabe que su resolución al carecer de recurso, es difícil que sea revocada.

Ante lo cual se sitúa en una simple toma de postura ética (Bonilla Castro, 2015, 94), es decir establecer su decisión mediante un proceso reflexivo de cómo hacer su resolución según sean las consecuencias para sí mismo y para los demás desde su posición como juez, aunque puede no hacerlo, esa es la cuestión. En el primer caso, podría pensar que al carecer de recurso la decisión debe ser de mayor cuidado porque nadie más la revisara: No habrá un ad Quem que diga en que se equivoca o acierta el juez, y motivado a ello, pueda corregir un defecto o confirmar la bondad de la resolución.

Pero también puede suceder lo segundo: al saber que no hay ninguno otro

criterio que el propio, cualquier esfuerzo o desdeños tendrá los mismos efectos, tanto para la posición del juzgador y para las consecuencias de validez y eficacia del fallo; en este caso parecen sabias las palabras de Savater cuando sostiene que “nunca una acción es buena solo por ser una orden, una costumbre o un capricho” (Savater, 1991, p.53).

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Antes que nada resulta válida la advertencia de Hume, “nada puede ser escrito tan exacta e inocentemente que no pueda ser pervertido con las malas artes del tipo que se han empleado en esta ocasión” (Hume, 2012, p. 346), y en este caso los vicios propios del lenguaje, la posición institucional del autor, las motivaciones internas, externas, etc, es decir un cúmulo de variables tan amplias que bien podrían darle la razón a Victoria Camps al decir que: “El discurso es, ciertamente un instrumento de poder...” (Camps, 1995, p.51), sin embargo nada más lejano de la realidad, de ahí que desde el inicio se advirtiera la finalidad descriptiva de la disertación.

Sin embargo, tal y como se indicaba en la introducción no se pretende dar un mundo de conceptos, mucho menos definiciones con pretensiones de autoridad, sino simplemente visiones generales de lo que comúnmente se entiende por tal. Así entonces la perspectiva de la ética sería la simple reflexión que se hace sobre la moral como un acto de “autonomía” (Tugendhat, 2010, p. 29), por lo que ello abarca también la coherencia entre el comportamiento privado -integridad- y el ejercicio jurisdiccional, es en suma un estudio meramente descriptivo con una pretensión clara: reducir al máximo posible la visión de un relativismo ético.

Decimos que un acto, o una pauta de conducta es razonable si es conducente, si se adecua a fines previamente establecidos, y que pueden ser altruistas o egoístas; pensamos que un acto es beneficioso para unos y perjudicial para otros; y creemos que es coherente o compatible con el código moral adoptado por el agente con anterioridad.

Pero en cuanto decimos que el acto o la pauta de conducta son inmorales, se esta pretendiendo imponer nuestro código de moral, se esta cambiando subrepticamente el significado de un término clave con el fin de lograr la persuasión y no la inteligencia” (Bunge, 1997, p.22), y con ello se pretende establecer lo que se se ha llamado el “postulado de la generalidad” (Kutschera, 1989, p.45) o sea que los mandatos morales o jurídicos aceptables deben ser generales, en consecuencia solo se le puede mandar a una persona en una situación dada, sea hacer esto o aquello si, en una situación parecida a cualquier persona le estuviera mandado lo mismo.

Y de ahí viene el problema. Como diferenciar las condiciones morales del juez en su vida privada y del trabajo, como tomar las consideraciones de la integridad moral en las decisiones que realiza cotidianamente cuando resuelve. Cual contexto debe importar más, el de descubrimiento para saber porque toma ese decisión o el de justificación para analizar si las razones dadas son válidas, justas y acortes a la normativa.

Así como se desarrolló con los ejemplos de Malem Seña, conviene razonar si de los mismos se pueden extraer las condiciones inmorales o morales del juzgador, para conocer si como requisito de integridad vienen a ser una condición necesaria y suficiente para hacer de sus decisiones, resoluciones éticamente correctas. Ello es así porque generalmente las virtudes morales de las personas se asocian con los aspectos cognitivos (Zagzebski, 1996, p.137) y por ende se denotan como elementos que sirven para estudiar los procesos de justificación de las decisiones.

En consecuencia y para recapitular, en los ejemplos primero, segundo, cuarto y cinco se afecta el respeto hacia lo organos de justicia y el posible problema de la generalización de actitudes. Es decir, a partir de un caso se puede percibir como algo propio del gremio y a aunque ello no afecte la juridicidad del fallo, se afecta su apariencia de juridicidad y establecería una condena moral a la administración de justicia, “tales conductas disminuyen, desde el punto de vista social, el respeto hacia los órganos de justicia que el conjunto de la población debe profesar en toda sociedad civilizada” (Malem, 2001, p. 396), bajo cualquier

paradigma: sea o no obligación la fundamentación del fallo.

De ahí que las conductas impropias señaladas en los ejemplos son razones para prohibir el ejercicio de la judicatura, ya no por que se vea comprometido la juricidad del fallo, sino su apariencia de buen derecho. Dichas proyecciones generalmente van acompañadas de un amplio margen de discrecionalidad en el regimen disciplinario como consecuencia de la indeterminación de las conductas que podrían ser sancionadas; el ejemplo clásico en el Poder Judicial de Costa Rica es la indeterminación de la afectación a la imagen como posible causa incluso de despido. Porque tampoco se puede obviar que las “sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad” (Malem, p. 2001, 398), ello sería un aspecto para dar cabal cumplimiento a los diversos auditorios que establece Perelman, y además es una consecuencia natural de toda disertación, pues en ello difícilmente se podría encontrar un discurso neutro en el cual quede librado de las diversas condiciones que se pueden presentar como serían las razones institucionales, ideológicas, culturas e incluso histórica-coyunturales (Giménez, 1989, p. 145).

Sin embargo, con respecto a la importancia de la integridad del juzgador conviene indicar que el significado ético de la decisión no viene dado por las acciones del sujeto en su vida privada, sino por la argumentación de los pros y contras que establece en su decisión. Además lo mala o buena persona según la vida privada del mismo, solo sería una condición establecida por la apariencia, por una condición de moralidad social, no de ética profesional.

Bajo esta premisa se considera que las visiones de la integridad como elemento valorativo en las decisiones en el fallo es un ejemplo clásico de la celebre confusión entre los contextos de descubrimiento y contexto de justificación (Haba, 2012, p.50) antes expuestos lo cual trae sus consecuencias:

1. La opción que adopte es una cuestión de parcialidad ética (otro problema sería el epistémico, lo cual sería otra cuestión para analizar), o sea que presupuestos éticos se quiere defender, y en el derecho se puede defender casi

cualquier causa, tanto así y según la posición que se ostente, por ello Minor Salas considera el ejercicio de la profesión de inmoral (Salas, 2007).

Aquí conviene recordar las imprecisiones de lo ético en el derecho, ya que las leyes al ser marcos regulatorios de situaciones sociales, tienen componentes altamente morales.

Así las cosas el juzgador se enfrenta con un problema y diversas alternativas:

Qué es lo correcto en el contexto en el cual me desarrollo? y cual sería la decisión que se espera socialmente deba dictar? En este caso, no se puede desconocer las voces del ente colectivo (los medios de comunicación) como un factor a consideración ni las “operaciones selectivas” (Frank, 2012, p. 35) del juzgador mediante las cuales se manifiestan sus juicios de valor implícitos. Así, una respuesta posible sería resolver conforme indican los medios de comunicación por ser reflejo de la ética social.

2. Otra alternativa sería –la cual es todo un proceso de vida- informarse más y mejor del asunto porque no se podrá escapar nunca del “principio de Heisenberg” el cual sostiene que en todo proceso en el cual se hacen investigaciones como lo es el análisis de un caso penal para resolver, el procedimiento con el que se hacen las observaciones, transforma al objeto que se investiga (Wallerstein, 2013, p. 18). No existen decisiones judiciales libres de subjetivismo, por el contrario las decisiones judiciales reflejan los diversos elementos particulares del juez y lo evidencia como persona. Incluso cuando se hace referencia a la simple interpretación literal, muy usada en la materia sancionatoria en realidad es una manifestación del intérprete porque no existe tal cosa, lo que se puede dar es una interpretación convencional; o sea es la “literalidad” de quien lo entiende así, pero no es la literal del texto mucho menos de la generalidad de personas que puedan leerlo y comprenderlo de diversa forma.

Siguiendo con el orden de ideas, también implica tener confianza en lo que se resuelve, reflexionar sobre la decisión del fallo y razonar en apoyo a la conclusión que se tome. Porque cuando se emite una resolución se inscribe en sus fundamentos y la toma de postura, sino fuese así sería un ejemplo clásico de hipocresía profesional; Razonar es una forma de aprender (Morris, 2004, p. 30) y

cuestionar las estructuras, por lo que siempre cabe la posibilidad de ver las cosas de forma diferentes y no dejarse llevar por lo que “dice la jurisprudencia”.

La simple referencia a la “ley es la ley” es el fundamento de muchas de las grandes atrocidades de la humanidad, por ello debe apelarse no tanto a la visión moral institucional -imagen- sino a los rasgos de las personas en sí (Lariguet, 2013, p.120).

Tal vez cuando se siga la segunda opción se pueda evitar o reducir al mínimo la frase premoniciosa de Savater utilizada en el epígrafe.

VI. EXCURSO

Tampoco se desconoce los aspectos íntimos de la vida privada de los jueces, las cuales como cualquier sujeto encuentra amparo en la misma Constitución Política y que tales reservas cobran sentido en la medida que sean mantenidas dentro del círculo privado de la cada sujeto y según la relevancia social, lo cual va depender del puesto, exposición pública, aspiraciones de magistratura ,etc. Lo que se establece es que los juicios valorativos sobre aspectos morales no tienen un nexo de causalidad con las “ buenas o malas resoluciones”. Son simples criterios de apreciación. Así por ejemplo en casos en los cuales los jueces participan de asociaciones de bien social y de derechos humanos – tal y como se analizó previamente- no afectaría su integridad aunque ello pueda ser en apariencia una forma de activismo judicial que bien puede incidir en el contexto de descubrimiento, pero como no es visto como algo negativo, se admite. Pero sí lo es si la participación se da en instituciones contra principios morales de la mayoría.

Con las anteriores ideas no se pretende dejar de lado la importancia de la ética en el ejercicio judicial, así por ejemplo es un elemento más que deseable que los jueces tengan la respectiva “prudencia” en el proceso de valoración tanto a nivel de decisión (contexto de descubrimiento) como en el proceso de motivación del fallo (contexto de justificación), esto porque la resolución judicial es una toma de partida antes diversas alternativas, las cuales perfectamente podrían

decantarse por una u otra y justificarlas de diversa manera. Cualquiera que tome, sería jurídicamente válidas.

Por ejemplo, al conocer sobre la procedencia de la prisión preventiva, el juez puede aceptar su fundamento basados en un peligro de fuga (dando por descontado los otros requisitos.) Para ello bien puede indicar que el imputado carece de alguno de los arraigos establecidos en el artículo 240 inciso 1 del código procesal penal; Pero también puede rechazar la medida indicando con base en la misma norma, que no están todos los arraigos, pero sí los más importantes.

En este caso marca la diferencia la simple lectura de las comas en el texto, para deducir –en el primer caso- que los elementos señalados se deberán entender en forma individual y para el segundo caso en forma conjunta. Es decir para lo primero se deberá entender que con solo un “arraigo” que falte hay peligro de fuga (desempleado, extranjero sin familia en el país, etc) y por el contrario, se entenderá que no lo hay si están unos presentes y otros no: Tiene familia pero es desempleado; tiene trabajo pero es extranjero sin familias en el país.

La importancia de la resolución no solo está en el factor descriptivo propio de la decisión, su contenido y la eficacia de la misma, sino también en los factores emotivos (Ogden & Richards, 1964, p.161) que buscan crear influencia en los demás auditorios, que pueden ser tanto las partes como los demás jueces, tanto en sentido vertical y horizontal y peor aún para el público en general. Sobre éste último la decisión puede tomar diversas bifurcaciones según sea el fallo: para unos creará los sentimientos de impunidad o alarma social, mientras que para otros la confianza en el derecho e independencia judicial, pero en ambos la decisión no les será indiferente y para realizar dicho juicio de valor no se ocupa saber la integridad del juez como requisito sine qua non.

Por ello, cual sería lo éticamente correcto no tiene relación alguna con la posición moral de quien resuelve salvo por las apariencias en cuyo caso se puede resolver en una u otra forma para tratar de desviar cualquier tipo de dudas sobre el mérito del fallo, con lo cual surge como un profeta Kolakowski cuando indica que:

El hecho de que los grandes temas de todas las ideologías –libertad, igualdad, salvación eterna, patria, etcétera- hayan batido todos los

récords de vaguedad, imprecisión y oscuridad no es, en modo alguno, el resultado de una confusión pasajera en el lenguaje humano, debido a ciertas distorsiones semánticas. La eficacia práctica de estos lemas exige precisamente que evoquen un nimbo oscuro, pero dinámico y rico en asociaciones, que vaya acompañado de muy diversos impulsos en el orden del sentimiento...Los diversos componentes de este éxito no tienen objeto la comunicación de pensamientos; su funciones semánticas son extremadamente limitadas; solo sirven para provocar sentimientos, no estados intelectuales. (Kolakowski citado por Nieto, 2000, p. 354).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (1997). *De nuevo sobre la independencia e imparcialidad. Isonomía. Revista de Filosofía y teoría del Derecho* (6).
- Aguiló, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.
- Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación* (3 ed. ed.). Madrid: Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ayer, A. J. (1971). *Le lenguaje, verdad y lógica*. (M. Suárez, Trad.) Barcelona: Ediciones Martínez Roca S.A.
- Bárcenas, R. (12 de 2002). Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: Un problema filosófico en la investigación científica. *Acta Académica* .
- Bonilla Castro, G. Comp. (2015). *Ética Jurídica y Ley orgánica del colegio de abogados y abogadas*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Bunge, M. (1997). *Ética, Ciencia y técnica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Cafferata Nores, J. (1988). *Temas de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Calamandrei, P. (1989). *Elogio de los jueces escrito por abogados*. (S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

- Camps, V. (1995). *Ética, retórica, política*. Madrid: Alianza Editorial.
- Carrió, G. (2008). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Consejo Superior, Corte Suprema de justicia. (18 de agosto de 2005). Sesión 64-05. *Boletín Judicial número 217. Circular 108-05*. San José.
- Corte Plena, Corte Suprema de Justicia. (14 de diciembre de 2012). Reglamento de vestimenta para las personas que labora en el Poder Judicial. *Boletín Judicial (230)*. San José.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2006). *Cumbre Judicial Iberoamericana*. Recuperado el seis de setiembre de 2014, de Sitio web de la Cumbre Judicial Iberoamericana: www.cumbrejudicial.org
- De la Rúa, F. (1968). *El recurso de casación*. Buenos Aires: Víctor de Zavallía Editor.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. (P. A. Ibañez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Bogotá: Universidad de Externado.
- Frank, J. (2012). *Derecho e Incertidumbre*. (C. Bidegain, Trad.) México DF: Editorial Fontamara.
- García Amado, J. A. (2014). Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en el derecho. En J. A. García Amado, & P. R. Bonorino, *Prueba y razonamiento Probatorio*. Granada: Editorial Comares.
- García Figueroa, A. (2014). Contexto de descubrimiento y Contexto de justificación. En M. Gascón Abellán, *Argumentación Jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garriga, M., & Llorente, M. (1997). El juez y la ley: la motivación de las sentencias(Castilla 1489-España 1855). *Anuario de la Facultad de Derecho (1)*.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en le Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Giménez, G. (1989). *Poder, Estado y Discurso*. México DF: Editorial de la

Universidad Autónoma de México, UNAM.

- González Granda, P. (1993). *Independencia del juez y control de su actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Haba, M. P. (2012). *metodología (realista) del derecho* (Vol. III). San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- Hart, H. L. (2009). *El concepto de derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Hempel, C. (2011). *Filosofía de la ciencia natural*. (A. Deaño, Trad.) Madrid: Editorial Alianza.
- Hernández Marín, R. (2014). El juez, el científico y la búsqueda de la verdad. En J. A. García Amado, & P. R. Bonorino, *Prueba y razonamiento probatorio*. Granda: Editorial Comares.
- Hume, D. (2012). Defensa de la Libertad de pensamiento. Carta se un caballero a su amigo de Edimburgo. En N. Bilbeny, *Textos claves de ética* (C. Mellizo, Trad.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Investigaciones Jurídicas S.A. (2001). *Código Civil Francés*. San José: I.J.S.A.
- Kagan, R. (1991). *Pleitos y pleitantes en Castilla; 1500-1700*. (M. Moreno, Trad.) Madrid: Junta de Castilla y León.
- Kutschera, F. v. (1989). *Fundamentos de ética*. (T. Hernánn-Pérez, Trad.) Editorial Cátedra.
- Lariguet, G. (2013). El aguijón de Aristófanes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* .
- LOPJ, C. S. (2009). *Ley Orgánica del Poder Judicial*. San José: Impresos del Poder Judicial.
- MacIntyre, A. (2010). *Historia de la ética*. (R. J. Walton, Trad.) Barcelona: Editorial Paidós.
- Malem Seña, J. (2001). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (24).
- Moore, G. E. (1997). *Principia Ethica* (2 ed ed.). (A. García Díaz, Trad.) México DF: UNAM.
- Morris, C. (2004). *Como razonan los abogados*. (M. A. Baralt, Trad.) México DF:

Editorial Limusa.

- Nettel, A. (2000). *la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación en la decisión racional*. Mexico DF: Editorial del Instituto Nacional de México.
- Nieto, A. (2000). *El arbitrio Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ogden, C., & Richards, I. (1964). *El significado del significado*. (E. Prieto, Trad.) Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Ortells Ramos, M. (1977). Origen histórico del deber de motivar las sentencias. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (4).
- Perelman, C. (1988). *Lógica Jurídica y nueva retórica*. (L. Díez-Picazo, Trad.) Editorial Civitas.
- Protágoras. (2012). Lo Humano como referencia. En N. Bilbeny, *Textos claves de la ética* (C. García Gual, Trad.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Quesada Madrigal, E. (2010). *EL procedimiento Disciplinario en el Poder Judicial*. San José: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial.
- Reinchenbach, H. (1965). *Experience and prediction*. Chicago: University of Chicago Press.
- Salas, M. (2007). ¿es el derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30).
- Sartori, G. (2012). *Homo videns* (9 ed ed.). (A. Díaz Soler, Trad.) Madrid: Editorial Taurus.
- Savater, F. (1991). *Ética para Amador*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Savigny, F. K. (2005). *Sistema del derecho romano actual*. (J. Mesía, & M. Poley, Trads.) Granda: Editorial Comares.
- Stevenson, C. L. (1984). *Ética y Lenguaje*. (E. Rabosi, Trad.) Barcelona: Editorial Paidós.
- Tugendhat, E. (2010). *Lecciones de ética*. (L. Román Rabanaque, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.
- Vega Reñón, L., & Olmos Gómez, P. (2011). *Compendio de lógica, argumentación*

y *retórica*. Madrid: Editorial Trotta.

Wallerstein, I. (2013). *Las incertidumbres del saber*. (J. Barba, & J. Santana, Trads.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Zagzebski, L. T. (1996). *Virtues of the mind*. Cambridge: Press syndicate of university of Cambridge.

Zamora, M. (2015). Cánones Interpretativos y fundamentación de los hechos. *Acta Académica* (56).