

La convivencia entre la ética judicial y el derecho disciplinario (vista por un juez)

David ORDÓÑEZ SOLÍS*

*«El precio de la libertad es la vigilancia eterna»
(Ph. Pettit, Republicanismo, 1999, pág. 324).*

I. INTRODUCCIÓN

La Ética y el Derecho pertenecen a la misma familia. Me atrevería a decir que son una pareja que, como tantas veces ocurre, no se pueden ver y, sin embargo, —bien lo saben los éticos y los juristas— se necesitan. Probablemente sus vicisitudes merecerían una novela que, de encargársela a Tolstói, no tendría problema alguno para empezarla así: «Las familias felices son todas iguales; las familias infelices lo son cada una a su manera».

No sabría explicarles el argumento completo de esta apasionante novela, pero sí sé que muy recientemente, incluso antes de cortejarse, la Ética y el Derecho han tenido serios problemas de identidad. Por una parte, la Ética —como si se tratase de un pariente irritante que hay en toda familia— ha estado mal vista en nuestra sociedad hasta el punto de que, como signo de los tiempos democráticos y en los términos señalados por Lipovetsky, estábamos asistiendo hasta hace muy poco a un crepúsculo del deber y, en definitiva, al ocaso de la Ética¹. Y, por otra parte, el Derecho, cual joven petulante y pagado de sí mismo, ha sido concebido, especialmente por la tradición positivista, como un ámbito tan autónomo que no soportaba y nada quería ver con la Ética, tan extraña en los últimos tiempos a la familia jurídica. Sin embargo, y a pesar de que las constataciones sobre la práctica desaparición de la Ética y sobre la orgullosa autonomía del Derecho han sido esenciales en el progreso de nuestra sociedad, a finales del siglo xx y ya en el siglo xxi autorizadas voces han revalorizado la importancia de la Ética² y han advertido sobre la trascendencia que supone para el Derecho tener en cuenta una dimensión ética³.

Hasta que en estos momentos se observa un acercamiento del Derecho y de la Ética, los jueces se nos han presentado revestidos con la toga más adecuada a la moda imperante, positivista o iusnaturalista, sin perjuicio de que en su ámbito íntimo actuasen como siempre⁴.

En una primera aproximación social a la figura del juez, podría partirse, con el permiso de Quintiliano, de su definición como '*vir bonus [iuris] dicendi peritus*', lo que, traduciéndolo a palabras más técnicas y actuales, sería algo así como una per-

* Este estudio constituye la base de mi intervención en la jornada académica celebrada por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial en Madrid el 9 de diciembre de 2009. Agradezco al magistrado Jorge Carrera Doménech, del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, que me haya invitado y encomendado el desarrollo de este tema.

¹ Gilles Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, París, 2001 [1992].

² Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987 [1984].

³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 23, elabora su obra a partir de esta constatación: «ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente».

⁴ Sobre la evolución en Europa y América de la figura del juez, remito, por ejemplo, a mi libro *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

sona experta en aplicar el Derecho y que, además, debe responder a una mínima exigencia de legitimidad. Ciertamente, la definición de los jueces inspirada en las palabras del orador romano requiere ser adaptada incesantemente a la evolución de la sociedad, pero en todo caso un problema persistente es el de la traducción del adjetivo *bonus*. Si bien nadie discute que el juez debe saber Derecho para cumplir su función jurisdiccional y tampoco hay duda de que el término *vir* ha de comprender a todos los ciudadanos, lo que desde luego no es poco después de una discriminación secular de la mujer, siempre resultará espinoso delimitar el contenido y el alcance del adjetivo *bonus* y cualquiera de sus traducciones: bueno, respetable o confiable, que son cualidades que, en definitiva y a mi juicio, deben corresponderse con la mínima exigencia de legitimidad democrática del juez en nuestra sociedad⁵.

Precisamente, si hay un ámbito donde esta observación resulta pertinente es el relativo al control del juez que, a mi juicio, tiene dos vertientes: el juez como poder del Estado y el juez como funcionario público. Este desdoblamiento del juez —en cuanto, por una parte, poder del Estado, y, por otra parte, en su calidad de funcionario público— permite apreciar la distinta intensidad y el diferente alcance de la relación entre la Ética y el Derecho.

Por una parte, cuando el juez actúa como poder del Estado tradicionalmente se considera que está vinculado únicamente a la ley y al Derecho; y el control más intenso que procede, aparte de la crítica de la sociedad, es el jerárquico de otros jueces mediante los recursos establecidos al efecto. En este caso y como ha apuntado Andrés Ibáñez, superando el más rancio positivismo, en el ejercicio de la jurisdicción concurre siempre un componente de poder personal que exige una actitud ética del juez⁶. En efecto, si parece definitivamente arrumbado el mito clásico de que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley o que es un mero autómatas en la aplicación del Derecho, la persona que encarna el poder del juez siempre tendrá un ámbito de discrecionalidad donde, tarde o temprano, en mayor o menor medida, aparecerá la Ética; de modo que adonde no llegue el Derecho en la limitación al poder del juez, ahí estará la Ética.

Por otra parte, el juez en su condición de funcionario público, por muy especial y esencial sea su misión, queda sometido a responsabilidad civil, penal o disciplinaria; ahora bien y por limitarme al ámbito de la responsabilidad disciplinaria, el régimen de infracciones y sanciones administrativas que es aplicable a los jueces sólo puede hacerse respetando los principios básicos de tipicidad y legalidad establecidos en el Derecho; sin embargo, el mismo sustrato del Derecho disciplinario es ético y, como veremos, algo tiene que decir la Ética en estos casos.

En suma, el Derecho disciplinario sólo tiene sentido en su aplicación al juez en cuanto funcionario, dado que se detiene, como resulta obvio, cuando el juez ejerce sus funciones jurisdiccionales; en cambio y aun cuando en ambos casos la Ética tiene mucho que decir, la aplicación del Derecho disciplinario deja poco sitio, al menos visible, a la Ética; ahora bien, cuando el Derecho disciplinario nada tiene que decir, deja todo el espacio abierto a la Ética judicial. En este mismo sentido el preámbulo del Código Iberoamericano de Ética Judicial advierte: «en el Derecho las formas generales mediante las que se determina la responsabilidad son indisponibles y esencialmente orientadas hacia el pasado, en la ética se tornan flexibles,

⁵ Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, París, 2008, pág. 21, explica: «La legitimidad es, como la confianza entre individuos, una 'institución invisible'. Permite que la relación de los gobernados y los gobernantes se establezca sólidamente. Si la legitimidad es en el sentido más general del término un simple economizador de la coerción, su variante democrática tiene como función más exigente tejer los lazos constructivos entre el poder y la sociedad. Contribuye a dar cuerpo a lo que constituye la esencia misma de la democracia: la apropiación social de los poderes. La legitimidad democrática produce un movimiento de adhesión de los ciudadanos indisociable de un sentimiento de valorización de ellos mismos».

⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 58.

puesto que lo primordial es modificar el futuro comportamiento del juez y lograr la excelencia»⁷.

Así pues, me propongo abordar dos aspectos con los que iluminar la convivencia entre la Ética y el Derecho disciplinario aplicado a los jueces: en primer lugar, me refiero a los presupuestos éticos del Derecho disciplinario judicial desde la perspectiva de la imparcialidad y de la independencia del juez en la medida en que contribuyen a fortalecer la confianza de la sociedad; y, en segundo lugar, propongo un análisis del Derecho disciplinario español prestando atención al sustrato ético de la tipificación de las infracciones disciplinarias, las sanciones y la influencia de los códigos de conducta.

II. EL DERECHO DISCIPLINARIO, LA ÉTICA JUDICIAL Y LA CONFIANZA DE LA SOCIEDAD EN SUS JUECES

Tanto la Ética como el Derecho disciplinario de los jueces cumplen una función esencial de legitimar el ejercicio del poder judicial y, en definitiva, inspirar la máxima confianza de la sociedad en el ejercicio de la función jurisdiccional. La clave reside en una cualidad de cada juez y que, a falta de mayor precisión, se correspondería con un adjetivo tan poco preciso e incluso ingenuo como el de 'bueno'. No obstante, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, al instituir el poder judicial, prevé el mantenimiento de los jueces en el ejercicio de sus cargos *mientras observen buen comportamiento*, '*during good behavior*'⁸.

Ahora bien, la relación entre el Derecho disciplinario y la Ética requieren, a mi juicio, un examen de tres cuestiones esenciales: la primera consiste en analizar la posición que el Derecho disciplinario y la Ética tienen entre los mecanismos de control del juez; la segunda se refiere a la relación entre Derecho disciplinario y Ética desde el punto de vista de la imparcialidad del juez; en fin, la tercera pretende analizar esta misma relación desde la perspectiva de la independencia judicial.

1. El Derecho disciplinario y la Ética como procedimientos de control del poder judicial

La vocación del Derecho es limitar el poder y desde el punto de vista de la filosofía política se ha indagado sobre los mecanismos más apropiados de control de los ciudadanos que ejercen el poder público. El Derecho disciplinario y la Ética judicial no dejan de ser dos procedimientos de control del ejercicio del poder por los jueces, por lo que resulta de interés analizar su configuración y alcance. Para ello, es preciso llevar a cabo un examen claramente genérico del tipo que ofrece, por ejemplo, la Filosofía política al referirse, por utilizar el examen de Philip Pettit, al 'control de la república' y que resulta aplicable a las sociedades democráticas más avanzadas⁹.

⁷ El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial fue adoptado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Santo Domingo (República Dominicana) los días 21 y 22 de junio de 2006; estas Cumbres Judiciales reúnen a los presidentes de las Cortes Supremas y de los Consejos de la Judicatura de 23 países: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

⁸ El artículo III, Sección 1ª, de la Constitución federal estadounidense establece: «*The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services a compensation which shall not be diminished during their continuance in office*»

⁹ Philip Pettit, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. Toni Domènech, Barcelona, 1999, págs. 269-312.

En primer lugar, el punto de partida del control del poder público se refiere a la misma concepción de la naturaleza humana y no puede ser más discutido hasta el punto de que, como explica Pettit, refiriéndose a la tradición clásica, son básicamente dos las interpretaciones: la primera, particularmente pesimista y cínica, interpreta que las personas en el poder son inevitablemente corruptas, por lo que adoptan decisiones no atendiendo al bien común sino a sus intereses particulares; la segunda, más acorde con nuestra realidad, considera que las personas en los cargos públicos no son ineludiblemente corruptas sino intrínsecamente corruptibles de modo que, aun cuando pueden tomar decisiones imparciales, no puede confiarse que sigan haciéndolo si no se establece un mínimo de controles contra el abuso del poder¹⁰.

En segundo lugar, las estrategias de control pueden ser básicamente de dos tipos, la estrategia centrada en la desviación, o estrategia frente a los villanos, que consiste en tratar a todos no como a individuos corruptibles sino como a personas activamente corruptas; y la estrategia centrada en los cumplidores, en la medida en que se trata del tipo de individuo más corriente que suele actuar de acuerdo con el interés público, que tiene en cuenta, en primer lugar, este tipo de personas y sólo, luego, se preocupa de aquellos que son activamente corruptos.

La estrategia centrada en la desviación –contra los villanos– presenta muchos inconvenientes: disuade y estigmatiza a los cumplidores, depende excesivamente de las sanciones, fomenta el corporativismo y desincentiva el acceso a este tipo de cargos¹¹. En cambio, la estrategia centrada en los cumplidores es la más apropiada y, como explica Pettit, debería articularse en torno a tres principios. El primer principio exige que el mecanismo de control más común sea el de criba y no el de sanciones. La criba –positiva de los candidatos aptos y negativa de los inadecuados– se traduciría, por ejemplo en el caso de los jueces, en un adecuado reclutamiento, en procedimientos de abstención y recusación, en un régimen de incompatibilidades, etcétera. El segundo principio exige que las sanciones se establezcan en apoyo de los cumplidores; de acuerdo con esta concepción en todo caso debe haber sanciones pues de otro modo su ausencia conduciría a la impunidad que constituye una poderosísima tentación para los que hasta ahora no eran corruptos; y también porque la ausencia de sanciones puede socavar la confianza del público en general respecto de los funcionarios que todavía no han sido corruptos; al mismo tiempo, este principio debe completarse con un régimen de reconocimiento profesional en favor de los cumplidores. Y el tercer principio se basa en que las sanciones sean, en la medida de lo posible, disuasorias para los villanos¹².

En esta perspectiva, el Derecho disciplinario constituye un elemento, ciertamente, necesario pero no único del control sobre los jueces. Sólo si funcionan los procedimientos de selección y promoción de los buenos jueces y siempre que el Derecho disciplinario se articule teniendo presente a los jueces cumplidores, será efectivo y disuasorio para los malos jueces; de hecho, el Derecho disciplinario no deja de ser complementario de la vía en principio más estricta y disuasoria del Derecho penal.

No obstante, estos procedimientos de control no operan en el vacío sino en un contexto social muy determinado y responden a un sustrato ético común a un determinado colectivo y, en definitiva, a la sociedad. En el caso de los jueces, al menos en las sociedades democráticas, el punto de partida no puede ser que todos los jueces son corruptos sino corruptibles porque la mayoría de los jueces son cumplidores. Y al mismo tiempo existe una Ética propia de los jueces que, necesariamente, debe ser compartida por la sociedad y que erige al Derecho disciplinario y, desde luego, al Derecho penal, únicamente en la última ratio para asegurar la legitimidad del poder judicial y, en definitiva, del propio sistema político.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 274.

¹¹ *Ibidem*, págs. 284–285.

¹² *Ibidem*, págs. 286–309.

Esta dimensión ética constituye un elemento nada desdeñable del sistema judicial y del sistema político que, en definitiva, permite que funcione razonablemente. Por eso resulta importante tener en cuenta, en los términos que ha señalado R. Posner, que uno de los incentivos más importantes del juez es ser buen juez y ser así reputado por los demás jueces y por la sociedad: «Considerarse a uno mismo y ser considerado por otros, especialmente por los mismos colegas, buen juez requiere ajustarse a las normas propias de la actividad de juzgar. Uno no puede ser considerado un buen juez si acepta sobornos, si decide casos lanzando una moneda al aire, si se duerme en la sala de vistas, si ignora la doctrina jurídica, si no termina por decidirse, si basa sus decisiones en el atractivo o en la falta de atractivo de los litigantes o de sus abogados, o si decide los casos en virtud de razones políticas¹³».

2. La Ética judicial y la imparcialidad del juez: las vertientes subjetiva y objetiva

Probablemente la nota esencial de un juez, sin la cual dejaría de serlo, es la imparcialidad. Para conseguir que el juez sea imparcial los ordenamientos han puesto en marcha gran número de medidas desde las que procuran fortalecer la imparcialidad con la independencia, resguardando al juez de cualquier tipo de injerencias política, económicas, etc., hasta los tradicionales procedimientos de abstención y de recusación; y en mucha menor medida mediante el recurso al Derecho disciplinario o, desde luego, al Derecho penal. En todos los casos se puede observar que una dimensión esencial de la imparcialidad del juez está vinculada a la necesidad de que la sociedad y el justiciable tengan confianza en sus jueces.

De hecho, los propios tribunales han construido un concepto de imparcialidad que se basa tanto en las circunstancias personales de cada juez como, desde el punto de vista objetivo, en la confianza que los jueces deben inspirar a la sociedad y al propio justiciable. Es significativo que en Europa y en América exista una convergencia en la jurisprudencia de dos tribunales particularmente representativos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

En Europa el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado una jurisprudencia especialmente expresiva que, por una parte, se basa en la confianza que los jueces deben inspirar en la sociedad; y que, por otra parte, ofrece de la imparcialidad del juez dos vertientes, una subjetiva, lo que el juez en cuestión revela con su actuación o su conducta, y otra objetiva, los efectos que pueden tener otras circunstancias ajenas a la persona del juez.

El punto de partida siempre es el mismo: los jueces deben inspirar confianza a la sociedad y a los justiciables. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo ha declarado: «es de fundamental importancia en una sociedad democrática que los tribunales inspiren confianza en el público y sobre todo, cuando se trate de procedimientos criminales, en el acusado»¹⁴. Del mismo modo, a juicio del Tribunal de Estrasburgo:

¹³ Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2008, pág. 61. Estas consideraciones sobre los jueces coinciden con el análisis de lo que Philip Pettit, *Republicanism*, ob. cit., pág. 294, denomina 'mano intangible' (en correspondencia con la 'mano invisible' de Adam Smith) y que se basa, por ejemplo, en esta observación: «Patentemente, la gente quiere que se piense bien de ella, no mal, independientemente de que esos pensamientos se traduzcan en manifestaciones de alabanza o censura personal. De modo que podemos recompensar o castigar a la gente por lo que hace, sin mover un solo dedo o emitir palabra alguna» (*ibidem*, pág. 297).

¹⁴ TEDH (GC), sentencia de 15 de diciembre de 2005, Kyprianou c. Chipre (recurso n.º 73797/2001, § 118); en este litigio el Tribunal de Estrasburgo consideró que un tribunal chipriota había vulnerado el derecho de un abogado, el Sr. Kyprianou, a tener un juez imparcial; el tribunal chipriota había condenado a prisión de cinco días al abogado por desacato, 'contempt of court' por el hecho de que había decidido no continuar un interrogatorio al ser interrumpido por el tribunal; la condena del Tribunal Europeo se

«incluso las apariencias pueden ser de cierta importancia o, en otras palabras, ‘la justicia no sólo debe hacerse, sino que también debe parecer que se hace’ [...] Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en el público. De este modo cualquier juez respecto del cual exista una razón legítima para temer que padezca una falta de imparcialidad debe abstenerse»¹⁵.

El Tribunal Europeo ha tenido oportunidad de examinar en numerosas sentencias tanto la perspectiva subjetiva como la objetiva de la imparcialidad. En este sentido y cuando se trata de la perspectiva subjetiva, el Tribunal de Estrasburgo establece, a modo de principio, que la imparcialidad personal de un juez siempre se presume salvo que haya prueba en contrario¹⁶. En su análisis conjunto de las perspectivas de la imparcialidad, el Tribunal Europeo considera reiteradamente: «a los fines del artículo 6.1 del Convenio Europeo, la imparcialidad debe apreciarse de acuerdo con una perspectiva subjetiva, intentando determinar la convicción y el comportamiento personales de un juez determinado en una concreta ocasión, y también de acuerdo con una perspectiva objetiva que permita asegurar que ofrece garantías suficiente para excluir a tal respecto cualquier duda legítima [...] En cuanto a la segunda perspectiva, ésta conduce a preguntarse, cuando se cuestiona respecto de una jurisdicción colegial, si, independientemente de la actitud personal de uno de sus miembros, determinados hechos verificables permiten dudar de la imparcialidad del tribunal. En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Así, resulta que, para pronunciarse sobre la existencia, en un caso determinado, de una razón legítima para temer que una jurisdicción incurre en imparcialidad, el punto de vista del interesado debe tenerse en cuenta aun cuando no tenga una importancia decisiva. El elemento determinante consiste en saber si las aprehensiones del interesado pueden considerarse objetivamente justificadas»¹⁷.

Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo ha tenido especial incidencia en España no sólo en la regulación procesal sino también en una más estricta aplicación del control judicial en materia de recusación y abstención hasta el punto de exigir un cambio de la jurisprudencia, más laxa, del Tribunal Constitucional español respecto de la imparcialidad y una actividad muy frecuente de los jueces: la vinculación con universidades a los meros efectos de docencia a tiempo parcial¹⁸.

En los Estados Unidos 2009 ha sido un año en que la Ética judicial ha estado en el centro de las discusiones públicas como consecuencia de escándalos judiciales

basó en la parcialidad de los jueces chipriotas, tanto objetivamente, al ser jueces de su propia causa, como subjetivamente, por haberse sentido, a la vista de las circunstancias del caso, ofendidos por el abogado al que finalmente condenaron y sin que la apelación al Tribunal Supremo subsanase este vicio invalidante.

¹⁵ TEDH (GC), sentencia de 15 de octubre de 2009, Micallef c. Malta (recurso n.º 17056/06, § 98). Esta máxima jurídica inglesa, «*justice must not only be done: it must also be seen to be done*», la ha repetido el Tribunal de Estrasburgo desde su sentencia de 17 de enero de 1970, Delcourt c. Bélgica (recurso n.º 2689/65, § 31).

¹⁶ TEDH, sentencia de 26 de octubre de 1984, De Cubber c. Bélgica (recurso n.º 9186/80, § 25); en este caso el juez instructor también intervenía con posterioridad como miembro del tribunal penal que juzgaba el caso lo que, a juicio del Tribunal Europeo, vulneraba el artículo 6.1 del Convenio.

¹⁷ TEDH, sentencia de 22 de julio de 2008, Gómez de Liaño c. España (recurso n.º 21369/04, §§ 60 y 62).

¹⁸ TEDH, sentencia de 17 de junio de 2003, Pescador Valero c. España (recurso n.º 62435/2000, § 27). Esta jurisprudencia ha sido aplicada a partir de entonces por el Tribunal Constitucional, tal como se recoge, por ejemplo, en TC (Sala 1ª) sentencia n.º 306/2005, de 12 de diciembre de 2005 (ponente: Pérez Tremps, FJ 3); o en TC (Sala 1ª), sentencia n.º 55/2007, de 12 de marzo de 2007 (ponente: Aragón Reyes, FJ 4).

recientes¹⁹ y, de manera especial, a raíz de la sentencia, de 8 de junio de 2009, *Caperton v. Massey*, pronunciada por el Tribunal Supremo norteamericano²⁰.

El origen de este litigio lo constituye la participación del juez Brent Benjamin en el Tribunal Supremo de Apelaciones de Virginia Occidental que había anulado la indemnización de 50 millones de dólares reconocida por un tribunal de instancia a favor de Caperton y frente a la empresa minera Massey. Ante el Tribunal Supremo federal se puso de manifiesto que uno de los miembros del tribunal de apelación, el juez Benjamin, había sido elegido juez en las elecciones celebradas en 2004, momento en que se conocía la sentencia de instancia; asimismo, el directivo de Massey, Don Blankenship, bien directamente bien mediante organizaciones interpuestas, había contribuido con unos tres millones de dólares a la campaña de Benjamin, lo que suponía una cantidad de dinero que superaba todo lo gastado en la misma campaña por los demás candidatos a juez; las diferencias entre el juez Benjamin y el anterior juez que concurría para su reelección fueron de menos de 50.000 votos.

A pesar de que en apelación Caperton había recusado al juez Benjamin, éste no se abstuvo; en 2007 y por tres votos a dos, fue revocada la sentencia de primera instancia que concedía a Caperton los 50 millones de dólares de indemnización; sin embargo, al descubrirse que mientras estaba pendiente el litigio, otro juez del tribunal de apelación había pasado sus vacaciones en la Riviera francesa con el directivo de Massey, se anuló la primera sentencia. Al formarse un nuevo tribunal, el juez Benjamin, actuó como presidente y nuevamente rehusó abstenerse; finalmente en abril de 2008 se dictó una sentencia, también por 3 a 2, habiendo votado el presidente Benjamin con la mayoría lo que supuso la anulación de la indemnización concedida a Caperton en instancia.

El Tribunal Supremo federal anuló la sentencia del tribunal de apelación, pero, de modo sorprendente, la sentencia de la mayoría sólo obtuvo cinco votos frente a una gran resistencia de los otros cuatro jueces. El razonamiento de la mayoría se basa, en sustancia, en que nadie puede elegir al juez de su propia causa y en que existió en el caso de la elección del juez Benjamin un grave y objetivo riesgo de parcialidad que exigía su abstención para conocer del litigio en que estaba implicada la empresa Massey cuyo directivo había intervenido de manera tan decisiva en su nombramiento como juez.

El caso *Caperton v. Massey* es abordado por todos los jueces del Tribunal Supremo en clave de confianza de la sociedad en sus jueces. La sentencia de la mayoría considera que la Constitución y, en particular, el principio del debido proceso constituyen un límite infranqueable para este tipo de supuestos. El Tribunal Supremo tiene en cuenta la vertiente subjetiva y la vertiente objetiva del caso. En cuanto al examen subjetivo, a juicio de la sentencia no es relevante saber si el juez está realmente influido y es subjetivamente parcial en el supuesto concreto; en cambio, el Tribunal Supremo se plantea «si un juez medio es ‘probable’ que sea neutral, o si concurre una parcialidad potencial que resultaría inconstitucional».

¹⁹ Además de *Caperton v. Massey*, otros cuatro asuntos, '*judicial misconduct scandals*', están teniendo en 2009 una gran repercusión pública nacional. En Tejas un comité judicial está examinando la posibilidad de destituir a la juez Sharon Keller, presidenta del Tribunal Penal de Apelaciones, por haber producido un descrédito público del poder judicial en 2007 dado que la juez '*killer*' Keller, estando pendiente una decisión del Tribunal Supremo sobre la eventual constitucionalidad de la ejecución de la pena capital mediante una inyección letal, ordenó cerrar el Tribunal a las 5:00 de la tarde sin esperar a saber la decisión judicial respecto de un condenado a muerte que fue ejecutado a las 6:00 p.m. En Pennsylvania dos jueces de menores reconocieron haber obtenido 2,6 millones de dólares en sobornos de centros privados de internamiento por haberles enviado jóvenes detenidos por hechos que en realidad no eran merecedores de internamiento. La juez electa del Tribunal de Apelación de Nueva York, Nora Anderson, fue acusada de fraude por haber ocultado 250.000 dólares recibidos de su jefe y como contribución a su campaña para convertirse en juez. En fin, el Tribunal Supremo de California rechazó enjuiciar un asunto de responsabilidad medioambiental seguido contra varias compañías petroleras que habían contribuido de manera importante a la campaña para la elección de cuatro de sus siete jueces.

²⁰ Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, *Caperton v. Massey* 556 U.S. (2009).

Este examen de constitucionalidad no impide que el propio Tribunal Supremo estadounidense se refiera a los códigos de conducta judicial y, en particular, señale: «Estos códigos de conducta sirven para mantener la integridad del poder judicial y el Estado de Derecho [*rule of law*]. La Conferencia de Presidentes de los Tribunales Supremos ha subrayado que los códigos son ‘la principal salvaguardia contra los abusos de origen judicial que amenazan con poner en peligro ‘la confianza en la equidad y la integridad de los jueces elegidos de la Nación’». Y, en este sentido, la sentencia termina matizando que la cláusula constitucional del debido proceso constituye únicamente el marco exterior de las causas de descalificación de los jueces correspondiendo al Congreso y a los Estados la libertad de imponer criterios más rigurosos de abstención y recusación dado que «los códigos de conducta judicial proporcionan más protección que la requerida por el principio del debido proceso, la mayoría de los litigios relativos a la abstención y recusación serán resueltos sin necesidad de invocar directamente la Constitución».

En cambio, los jueces de la minoría se opusieron y el presidente Roberts, encabezando a los representantes más conspicuos del conservadurismo del Tribunal Supremo, expuso en el voto disidente: «A diferencia de la mayoría, no puedo decir con ningún grado de certeza que Blankenship [el directivo de Massey que había financiado la campaña del juez que había sido recusado] ‘haya elegido el juez de su propia causa [...] Preferiría dar a los votantes de Virginia Occidental más crédito que a esto». En el mismo sentido, el juez Scalia se suma al voto minoritario y, además, critica precisamente la sentencia de la mayoría dado que, a su juicio, tendrá el efecto opuesto al de preservar la confianza del público en el sistema judicial: «Lo que de manera especial está erosionando la confianza pública en el sistema judicial de la Nación es la percepción de que los litigios son sólo un juego que la parte con el abogado más caro puede jugarlo y ganarlo, que nuestros aparentemente interminables procedimientos jurídicos son maravillosamente recurrentes pero incapaces de producir justicia en un mundo real. La decisión del Tribunal reforzará la percepción, que se añade al vasto arsenal de estrategias legales, que serán conocidas como la doctrina Caperton».

De hecho, el juez Scalia, al criticar la opinión mayoritaria en Caperton v. Massey, no tiene empacho en señalar en su voto disidente la necesidad de aplicar el más ciego positivismo que, sin embargo, deja entrever la difícil convivencia del Derecho y de la Ética: «El Tribunal continúa hoy su quijotesco empeño por enderechar todos los entuertos e imperfecciones a través de la Constitución. ¡Ay!, el empeño no puede tener éxito debido a que algunos errores e imperfecciones han sido llamados no justiciables. En el mejor de todos los mundos posibles, ¿deberían los jueces abstenerse incluso cuando las claras órdenes de nuestro Derecho previo relativo al debido proceso no lo requieren? Indudablemente. Sin embargo, la cuestión relevante es si hacemos más bien que mal buscando corregir esta imperfección mediante la expansión de nuestro mandato constitucional de un modo en que resulta imprecisamente articulado mediante una norma poco clara. La respuesta es obvia».

Pues bien, la Ética judicial aplicable precisamente en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales tiene espacio en el ámbito íntimo de cada juez. Sin embargo, presenta también esa doble vertiente, subjetiva y objetiva, y su finalidad es que la actuación externa de los jueces inspire confianza en la sociedad. Ahora bien, la Ética debe construirse no de acuerdo con las preferencias subjetivas de los jueces sino con el mínimo ético de una sociedad en un momento dado. Y esta Ética es la que debe servir de orientación y de límite para la actuación de los jueces. Parece obvio que cuando el Derecho no llega, ni siquiera el Derecho disciplinario, el espacio no puede quedar vacío sino que debe ser cubierto por la Ética. El problema es cuál debe ser esta Ética y cuál debe ser su contenido en una sociedad pluralista y en vertiginosa evolución.

3. La potestad disciplinaria y la independencia judicial desde un punto de vista ético

La Ética presenta características especiales si se pone en relación con la independencia judicial como presupuesto básico de la imparcialidad del juez. En efecto, la nota sustancial y definidora de un juez es su imparcialidad, pero no hay duda que como elemento previo que asegura y fortalece esta imparcialidad está la independencia de los jueces de cualquier otro poder del Estado y, desde luego, de cualquier influencia externa de la sociedad que pudiera siquiera proyectar una mera sombra de sospecha de imparcialidad.

El Derecho disciplinario no puede menoscabar la independencia de los jueces, de hecho, uno de sus límites es el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, la perspectiva que ahora interesa pretende desvelar quién ejerce la potestad disciplinaria sobre los jueces y, en último término, a quién se encomienda su revisión. Se trata de aspectos particularmente, delicados que ponen de manifiesto la difícil solución del clásico *quis custodiet custodes?*; dado que la paradójica y, sin duda, sospechosa respuesta sigue siendo *ipsi custodes*, los mismos guardianes²¹.

Este análisis resultará más ilustrativo si tenemos en cuenta el caso de España donde es el Consejo General del Poder Judicial quien, a los efectos decisivos, tiene encomendada la potestad disciplinaria respecto de los jueces²². Y, del mismo modo, el control judicial de las resoluciones sancionadoras dictadas contra jueces corresponde, también en sustancia, al Tribunal Supremo.

Los Consejos de la Magistratura o equivalentes constituye por ejemplo en numerosos países de la Europa continental una solución ensayada en el último medio siglo con el fin de salvar un escollo particularmente delicado: cómo asegurar la independencia de los jueces frente a eventuales injerencias de los Gobiernos. La composición de estos órganos constitucionales y las competencias que se les atribuyen son limitadas, aunque entre sus funciones se incluye habitualmente la potestad disciplinaria sobre los jueces.

En el caso de España, el Consejo General del Poder Judicial tiene atribuido en primera instancia o en alzada la competencia de ejercer la potestad disciplinaria contra los jueces. El artículo 122.3 de la Constitución determina la composición del Consejo General del Poder Judicial y exige que 12 de sus 21 miembros sean de origen judicial. Asimismo, el artículo 131 LOPJ garantiza que la composición de la Comisión Disciplinaria sea siempre de cinco miembros, elegidos anualmente por el Pleno por mayoría de tres quintos, debiendo ser tres de ellos de procedencia judicial y los otros dos ajenos a la carrera; la Comisión Disciplinaria deberá actuar, en todo caso, con la asistencia de todos sus componentes y las sustituciones deben respetar siempre el reparto según el origen de sus miembros.

²¹ Esta parece ser la misma respuesta que ofrece Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique...*, ob. cit., pág. 260, al referirse a lo que denomina 'legitimidad reflexiva' pues: «La respuesta a la aporía de la garantía no puede ser de orden jerárquico pues es resulta manifiesto que la regresión del fundamento no tiene límite. En cambio, sería distinto si la garantía se comprende de modo reflexivo. Y esto consiste solamente en introducir el equivalente de un plazo de reflexión, en complicar un procedimiento, en introducir un obstáculo de validación».

²² El Tribunal Supremo español ha delimitado claramente el ámbito de la potestad disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial y el ámbito propio de las funciones jurisdiccionales; así, por ejemplo, en la sentencia de 28 de abril de 2009 (Sala 3.ª, Sección 8.ª, recurso n.º133/07, ponente: Maurandi Guillén) ha considerado: «la actividad inspectora del Consejo ha de respetar la exclusividad que sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a Jueces y Magistrados por imperativo del artículo 117 de la Constitución); y también que, consiguientemente, la función investigadora inherente a aquella actividad debe limitarse a las disfunciones burocráticas de la organización judicial y a la constatación del cumplimiento de las obligaciones profesionales que estatutariamente corresponden a Jueces y Magistrados en su faceta de empleados públicos. Así se ha dicho en múltiples sentencias, subrayando que en la actuación de Jueces y Magistrados son de diferenciar dos aspectos: el de empleados públicos sujetos a un estatuto profesional (que sí está comprendido en la actividad inspectora del CGPJ) y el de titulares de la potestad jurisdiccional (que es ajeno a esa actividad gubernativa y sólo puede controlarse a través de los recursos establecidos en las leyes procesales)» (FJ 3).

Así, el artículo 421 LOPJ atribuye la competencia en función de las infracciones y sanciones: cuando se trata de la sanción de mera advertencia aplicable a faltas leves, corresponde a los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia; en los demás casos de faltas leves, sancionadas con advertencia o multa de hasta 300 euros, la competencia se atribuye a las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Las faltas graves y muy graves son reprimidas por el Consejo General del Poder Judicial: cuando se trate de faltas graves, para las que se prevé multa de hasta 3.000 euros, su Comisión Disciplinaria; y cuando sean faltas muy graves, sancionadas con suspensión, traslado forzoso o separación, el Pleno, a propuesta de la Comisión Disciplinaria.

La resoluciones sancionadoras en materia disciplinaria de las Salas de Gobierno son recurribles en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial (artículo 158.2 LOPJ); asimismo, las demás sanciones disciplinarias de los jueces las impone bien la Comisión Disciplinaria bien el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Por tanto y a la vista del artículo 143.2 LOPJ, el control último de la potestad disciplinaria de los jueces se atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Así pues, corresponde básicamente la potestad disciplinaria sobre los jueces al Consejo General del Poder Judicial y el control judicial último se encomienda al Tribunal Supremo. Este sistema no deja de ser especialmente cuestionado por la sociedad en la medida en que intuitivamente se encomienda la vigilancia de los jueces a los propios jueces; es decir, los jueces tienen en sus manos el ejercicio de la potestad disciplinaria, que, según la acusación generalizada en la sociedad, no es frecuente que hagan uso de esta vía; y corresponde finalmente el control a otros jueces, al Tribunal Supremo, criticado también habitualmente de actuar con suma benignidad el enjuiciar a sus propios colegas.

Ahora bien, difícil solución presentan las no siempre fundadas críticas de corporativismo en el ejercicio de la potestad disciplinaria por los jueces y en el control jurisdiccional. En efecto, desde un punto de vista técnico resulta realmente difícil encontrar otro sistema alternativo mejor (puesto en manos de un sospechoso Ministerio de Justicia o incluso del Parlamento que, raramente, habría actuado salvo en casos especialmente significativos. Probablemente, sólo quede la apelación a la Ética de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo que legitimaría, sin duda, su actuación imponiendo sanciones disciplinarias y controlando su estricta legalidad. El ejercicio de la potestad disciplinaria y del control judicial afecta, por tanto, de manera relevante a la credibilidad y a la legitimidad del sistema judicial; ahora bien y a pesar de las críticas en su ejercicio, no siempre fundadas, tampoco se han articulado otros procedimientos de control que no sean los meramente éticos.

III. LAS INFRACCIONES, LAS SANCIONES Y LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LOS JUECES EN UN CONTEXTO ÉTICO

El sustrato del Derecho disciplinario es, sin lugar a dudas, ético; sin embargo, el ejercicio del Derecho disciplinario frente a los jueces requiere la aplicación estricta de los principios de legalidad y de tipicidad y, en consecuencia, deja poco espacio para la Ética. Por una parte, debe ser el Parlamento, y en el caso español a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quien establezca el régimen disciplinario de los jueces. Al mismo tiempo, el ejercicio de la potestad disciplinaria exige, por ejemplo en España, al Consejo General del Poder Judicial, que se atenga al principio de tipicidad, pues en otro caso el Tribunal Supremo anulará la resolución sancionadora.

Ahora bien, el reflejo de una determinada Ética judicial no se proyecta únicamente y con las limitaciones antes señaladas en el ejercicio de la potestad disciplinaria, sino que opera en la configuración y en los valores que incorpora el legislador al establecer el cuadro de infracciones y de sanciones disciplinarias, al tiempo que siguen ganando terreno la adopción y la aplicación de los códigos de Ética judicial. A estos efectos, pretendo exponer de qué modo la Ética actúa como contexto del Derecho disciplinario, cómo afecta a la configuración de las infracciones y de las sanciones disciplinarias a los jueces y cuál es la efectividad en este ámbito disciplinario de los códigos de Ética judicial.

1. El contexto ético y los límites del Derecho disciplinario de los jueces

El régimen disciplinario ya no puede ocultar la importancia del contexto ético en que se aplica; de hecho, la legislación española aplicable a los empleados públicos ha consagrado positivamente unos determinados principios éticos; asimismo, el régimen disciplinario aplicable a los jueces en España reconoce ese contexto ético al tiempo que es consciente de sus límites.

Como exponente de la emergencia de la Ética en España, es preciso referirse a los 'principios éticos' que expresamente consagra el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007²³. Se trata de un intento de establecer con carácter general en el artículo 53 del Estatuto Básico unos principios éticos positivizados, cuya formulación y alcance son muy diversos.

En primer lugar, la Ley se refiere reiteradamente a la fundamentación de estos principios en la Constitución, en el resto del ordenamiento y, de manera especial, en los derechos fundamentales y libertades públicas, «evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (apartados 1 y 4 del artículo 53).

En segundo lugar, la Ley española generaliza los principios de la actuación administrativa personificándolos en los empleados públicos: interés general, objetividad, imparcialidad, eficacia, economía y eficiencia, celeridad, discreción y confidencialidad (apartados 2, 8, 9, 10 y 12 del artículo 53).

Y, en fin, esta misma Ley subraya los compromisos personales de los empleados públicos con la Administración y con los ciudadanos en cuanto se refiere a la lealtad y buena fe, el cumplimiento de los deberes de abstención y la legislación de incompatibilidades, la no confusión de los intereses públicos con los privados o la dedicación a la función pública (apartados 3, 5, 6, 7 y 11 del artículo 53).

Con carácter previo, el Estatuto Básico había precisado en el párrafo 2º del artículo 52: «Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos»; es decir, también deberán considerarse estos principios éticos a la hora de aplicar el régimen disciplinario.

²³ Ley 7/2007, de 12 de abril; en el preámbulo de esta Ley estatal básica se explica: «Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Este, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica 'cultura' de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer».

Del mismo modo y en cuanto al régimen disciplinario de los jueces españoles, basta comparar la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870 con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 para apreciar el cambio de paradigma en el Derecho y en el mismo tratamiento legislativo²⁴. Esta última Ley, ahora vigente e inspirada en la Constitución democrática de 1978, supuso un giro copernicano respecto del modelo decimonónico. De hecho, en el preámbulo la Ley Orgánica del Poder Judicial explica: «Desde el régimen liberal de separación de poderes, entonces recién conquistado, que promulgó aquellas leyes, se ha transitado, un siglo después, a un Estado social y democrático de Derecho, que es la organización política de la Nación que desea establecer una sociedad democrática avanzada y en la que los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. El cumplimiento de estos objetivos constitucionales precisa de un Poder Judicial adaptado a una sociedad predominantemente industrial y urbana y diseñado en atención a los cambios producidos en la distribución territorial de su población, en la división social del trabajo y en las concepciones éticas de los ciudadanos».

En la evolución del juez en nuestras sociedades se aprecia que sólo paulatinamente se ha trazado una separación cada vez más nítida entre lo que es la conducta del juez con trascendencia para sus funciones judiciales y la conducta del juez sin conexión inmediata con el ejercicio de la función judicial en un determinado caso. Esta delimitación puede observarse en España si se compara la regulación de los requisitos para acceso a la carrera judicial y el régimen disciplinario de los jueces tal como se recogían en la Ley de 1870 y en los términos de la vigente Ley de 1985.

El artículo 110, en sus apartados 10 y 11, de la Ley de 1870 prohibía el acceso a la condición de jueces, entre otros, a «los que tuvieren vicios vergonzosos» así como a «los que hubieren ejecutado actos u omisiones que, aunque no penables, los hagan desmerecer en el concepto público». Asimismo, el artículo 734.5º de la misma Ley provisional de 1870 preveía la corrección disciplinaria de un juez: «Cuando por la irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio o realizaren actos incompatibles con los deberes que impone la profesión judicial».

En cambio, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial garantiza en su artículo 301.2 el acceso a la condición de juez a «todos los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de la función jurisdiccional».

El régimen disciplinario judicial español no tipifica ningún modo de vida o ninguna conducta que no estén vinculados al cumplimiento de las prohibiciones, incompatibilidades u obligaciones inherentes al desempeño de la función judicial. No obstante, se ha apuntado que los supuestos de drogadicción, alcoholismo o promiscuidad sexual con trascendencia pública y notoria del juez que determinarían una «sensación fundada de descrédito y desconfianza del ciudadano en la justicia, ya que éste podría estimar que el juez no está lo suficientemente capacitado para ejercer la función estatal que se le ha encomendado»²⁵. En cualquier caso, la aplicación del régimen disciplinario español no lleva a cabo una especial indagación de los jueces españoles ni exige determinados niveles de comportamiento²⁶.

²⁴ Marta Lorente Sariñena, *De Justicia de Jueces a Justicia de Leyes: Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

²⁵ Luis Esteban Delgado del Rincón, *Constitución Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 215.

²⁶ Luis Vacas García-Alós, *Recopilación de Resoluciones del Consejo General del Poder Judicial en materia disciplinaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Ciertamente, en su vida privada y al margen del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el comportamiento y las apariencias del juez no deben ser impropios. La base de esta exigencia ética reside, como ha puesto de manifiesto Malem Seña, en que «el sistema judicial se asienta en parte en la confianza que tienen depositada los ciudadanos en que los jueces tomarán decisiones imparciales, independientes y fundadas sólo en derecho. Por ese motivo, deben eludir cualquier comportamiento que tienda a debilitar ese convencimiento. Este razonamiento ha permitido dictar distintas normas de carácter disciplinario para regular las actividades no oficiales de los magistrados»²⁷. Pero más allá de estos límites a los que alcanza la potestad disciplinaria puede comprenderse lo difícil que es determinar lo propio o impropio de la vida privada de un juez.

Desde el punto de vista judicial, lo más frecuente es que el ámbito privado escape al enjuiciamiento, tal como corrobora la práctica española. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español no ha querido conferir trascendencia a circunstancias que éticamente podrían tenerse en cuenta pero que son irrelevantes jurídicamente. Así, por ejemplo en su sentencia nº 174/1996, de 11 de noviembre, hace referencia a «la dimensión ética de la figura del juez» pero, seguidamente, el Tribunal Constitucional niega que pueda excluirse a un candidato a ingresar en la carrera judicial mediante un concurso de méritos entre juristas por contar con antecedentes penales cuyos efectos se habían extinguido totalmente en razón de su rehabilitación²⁸.

Asimismo, el Tribunal Supremo aplica estrictamente el principio de legalidad al ejercicio de la potestad disciplinaria de los jueces. Por eso y en relación con una instrucción del Consejo General del Poder Judicial nº 2/2003 sobre código de conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia, el Tribunal Supremo constata, en su sentencia de 30 de octubre de 2006, que «no contiene [...] ninguna llamada a la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y Magistrados contraria a la Constitución. Ni tipifica ninguna infracción, ni introduce cambio alguno en el régimen disciplinario de los miembros de la Carrera Judicial. Ese régimen, conforme a la Constitución, está recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y es aplicado en los términos en ella previstos por el Consejo General del Poder Judicial. La referencia de este apartado al estatuto jurídico de los usuarios de los equipos, programas y aplicaciones informáticos no implica ninguna modificación del mismo. En consecuencia, no incurre en la vulneración del ordenamiento jurídico que denuncian los recurrentes»²⁹.

2. Las infracciones y las sanciones disciplinarias de los jueces desde una perspectiva ética

Si alguna lección podemos aprender de la Ética es su carácter evolutivo y cambiante lo que, a su vez, esta misma cualidad de mutabilidad es apreciable en el Derecho disciplinario. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial en España, desde 1985 ha sido reformada en 1993 y en 2003 en lo que se refiere al cuadro de infracciones: las faltas muy graves de los jueces han ido creciendo dado que si en 1985 había 7 tipos de infracción muy graves, en 1993 había 14 y desde 2003 son 16. En cuanto a las faltas graves había en 1985 sólo 10 faltas graves, en 1993 se elevaron a 15 faltas y desde 2003 son 18 las faltas graves. En fin, el único número que se mantiene igual es el de las faltas disciplinarias leves que desde 1985 y con pequeños retoques se mantiene en cinco.

²⁷ Jorge F. Malem Seña, «La vida privada de los jueces», La función judicial. Ética y democracia, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 173.

²⁸ TC (Sala 2ª), sentencia nº 174/1996, de 11 de noviembre de 1996 (ponente: Mendizábal Allende, FJ 3).

²⁹ TS (Sala 3ª, Sección 7ª), sentencia de 30 de octubre de 2006 (recurso nº 183/2003, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, FJ 4).

En todo caso, para valorar éticamente el desempeño de la función judicial resulta muy significativo el cuadro de faltas disciplinarias y su calificación, como en el caso español, entre muy graves, graves y leves.

Por lo que se refiere a las faltas disciplinarias muy graves, el artículo 417 LOPJ se refiere, en primer lugar, al incumplimiento de deberes o prohibiciones de carácter constitucional como el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución, la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio y la absoluta falta de motivación de las resoluciones judiciales (apartados 1, 2 y 15); en segundo lugar, se tipifican las infracciones del régimen de incompatibilidades (apartados 6, 7 y 8); en tercer lugar, se establecen como faltas disciplinarias las conductas relacionadas con el ejercicio inapropiado del cargo de juez en la medida en que se entrometa en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez, cuando sea declarado responsable civil por dolo o culpa en el ejercicio de su cargo, si incumple el deber de discreción y causa un perjuicio, abusa de su cargo en beneficio propio o por ignorancia inexcusable en el cumplimiento de sus deberes judiciales (apartados 4, 5, 12, 13 y 14); y, por último, se tipifican las conductas inapropiadas relativas a su relación funcional: «la provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el juez o magistrado desempeña el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional», la desatención o retraso de los procedimientos, el abandono por más de siete días de su cargo y cuando el juez falte a la verdad para obtener permisos, autorizaciones, etc. (apartados 3, 9, 10 y 11).

En cuanto a las faltas graves, su tipificación se recoge en el artículo 418 LOPJ que se refiere a las faltas graves y la tipificación de las mismas gira, en primer lugar, en torno a las normas sobre incompatibilidades y abstenciones (apartados 14 y 15); en segundo lugar, está vinculada al ejercicio de la función jurisdiccional: como interesarse mediante recomendación en la actividad de otro juez, la utilización en las resoluciones judiciales de un lenguaje inapropiado, incumplir el deber de discreción o el retraso en la tramitación de procedimiento (apartados 2, 6, 8 y 11); y, por último, al incumplimiento de deberes vinculados a su condición de funcionario, como pueden ser la falta de respeto a los superiores, la corrección de los inferiores fuera del ejercicio de la jurisdicción, el abuso de autoridad frente a los ciudadanos y demás funcionarios, la inactividad frente a funcionarios subordinados, el abandono por más de tres días de su cargo, el incumplimiento del horario de audiencia pública y de asistencia a actos procesales, el incumplimiento o desatención a los requerimientos de las instituciones y de sus labores inspectoras, no elaborar el alarde o incrementar ficticiamente el volumen de trabajo y obstaculizar las labores de inspección (apartados 1, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 12, 13 16 y 17).

Y, en fin, el artículo 419 tipifica como leves la falta de respeto a los superiores jerárquicos, la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, etc., el incumplimiento de los plazos para dictar resolución, la ausencia por más de un día de su cargo y la desatención a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realicen el Consejo General del Poder Judicial y los Presidentes de los Tribunales o Salas de Gobierno.

Está claro que el cuadro de infracciones es bastante completo y que a la vista de la evolución legislativa se va ampliando con nuevas figuras especialmente de infracciones graves y muy graves. No obstante, las sanciones previstas son, más bien, suaves. En efecto, el artículo 420.2 LOPJ dispone: «Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta cincuenta mil pesetas o con ambas; las graves con multa de cincuenta mil una a quinientas mil pesetas, y las muy graves con suspensión, traslado forzoso o separación».

En todo caso, el Derecho disciplinario judicial tiene sentido en un contexto normativo más amplio y, desde luego, en un contexto ético determinado. Así lo ilustran determinados ámbitos especialmente sensibles del régimen judicial relativo a

las incompatibilidades. Además de existir una regulación específica de incompatibilidades y prohibiciones, el Derecho disciplinario contribuye a la observancia de tales obligaciones. En todo caso, este régimen del ejercicio de la función judicial y los límites que implica para el desempeño de otras actividades se inscribe en un determinado ámbito ético. Y así, el Tribunal Supremo español se ha referido al componente ético de la normativa en materia de incompatibilidades y se explaya, en este caso en relación con un guardia civil, pero en términos plenamente aplicables al estatuto judicial, señalando: «el fundamento de la incompatibilidad no es unívoco. Resulta evidente el componente ético en la materia que nos ocupa, tal como subraya la Doctrina, y que abarca distintas manifestaciones, desde la honestidad profesional o relación de lealtad del funcionario hasta [la] de conseguir la dedicación de sus titulares y la moralidad e imparcialidad de estos para evitar el conflicto de intereses y, por qué no decirlo, la concurrencia desleal. Así lo entiende tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo como esta propia Sala al afirmar que la legislación de incompatibilidades tiene como finalidad evitar la existencia de contactos o áreas de actividades coincidentes que puedan dar lugar a que los medios y facultades concedidas a los funcionarios por razón de su cargo puedan ser utilizadas en provecho particular pudiendo venir en perjuicio del interés público, o por lo menos, del prestigio que por su independencia debe rodear al funcionario (STS 14 de febrero del 1968). En esta misma línea, añade la Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que las incompatibilidades sirven para reforzar la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas lo que permite de sus actuaciones predicar la presunción de objetividad e imparcialidad. La imparcialidad, en suma, es la regla matriz determinante de las incompatibilidades. Su finalidad es la de garantizar la separación de funciones o transparencia en la correspondiente gestión, la imparcialidad del órgano en cuestión y la de eliminar situaciones reales de pérdida de la neutralidad debida en la función. Pero la garantía de la imparcialidad no es la única finalidad, pues como dijo el Tribunal Constitucional en su STC 178/1989 de 2 de noviembre –RTC 1989/178–, si bien la garantía de la imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene porqué ser la única finalidad. En conclusión la imparcialidad e independencia en la gestión y la imagen pública de la guardia civil en este caso son los principios informantes de la normativa sobre incompatibilidades que, por tanto, habremos de tener en cuenta a la hora de realizar una interpretación teleológica de dicha normativa y no meramente literal»³⁰.

Ahora bien, es necesario subrayar que a juicio de la opinión pública más generalizada el cuadro de infracciones ni siquiera se aplica por el Consejo General del Poder Judicial y, en los pocos casos en que éste actúa, el Tribunal Supremo acabará anulando o enervando las sanciones impuestas; pero es que, además, también la opinión pública está absolutamente convencida de que no hay causa alguna por la que finalmente un juez merezca ser expulsado de la carrera judicial.

3. El Derecho disciplinario judicial y los códigos de Ética judicial

La recuperación de la perspectiva Ética también ha tenido sus efectos en el Derecho disciplinario. En este sentido, es revelador que, por ejemplo, desde el punto de vista de la Filosofía política, se haya aconsejado instituir foros para la discusión de la ética de la vida pública y, en particular, como elemento fundamental para llevar a cabo ‘el control de la república’ desde una estrategia centrada en los cumplidores³¹.

³⁰ TS (Sala 5ª), sentencia de 21 de septiembre de 2009 (recurso nº 45/2009, ponente: Pignatelli Meca, FJ 4).

³¹ Philip Pettit, *Republicanism*, ob. cit., pág. 306.

La concreción de esta perspectiva se ha materializado a través de la adopción de diferentes códigos de Ética judicial. Pues bien y con el único objetivo de proyectar luz sobre sus efectos en el Derecho disciplinario circunscribo mi análisis a dos de estos códigos, especialmente significativos desde el punto de vista español: el Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006³² y el Código de Conducta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2007³³.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial se inspira en una estrategia de los cumplidores y su punto de partida se enuncia en el artículo 55: «el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos». Asimismo, el Código Iberoamericano distingue en todo momento la formulación de los deberes éticos y jurídicos y su eventual enjuiciamiento por tribunales de Ética o de Derecho hasta el punto de precisar: «El Derecho puede ser visto como una regulación de la conducta por parte de autoridades legitimadas para ello, que cabe usar para juzgar formalmente ex post facto aquellos comportamientos que la violan. Las normas éticas pueden ser usadas también con esa función, pero en el «enjuiciamiento» ético no hay ninguna razón que pueda esgrimir el denunciado por una falta contra la ética que quede fuera de la deliberación; dicho de otra manera, un Tribunal de Ética puede aceptar razones que serían inaceptables si actuara como un tribunal jurídico».

Por ello, no existe ninguna indicación en el Código Iberoamericano sobre sus efectos en la aplicación del Derecho disciplinario a los jueces. Únicamente se explican los diferentes modelos seguidos en Iberoamérica: «existen países que han optado por establecer Tribunales de Ética Judicial ad hoc que juzgan de manera particular las faltas a sus respectivos Códigos de Ética, mientras que en otros los Tribunales de Ética se limitan a declarar la existencia de una falta ética, pero dejan a los órganos disciplinarios habituales la decisión final que eventualmente pueda adoptarse. Además, hay países en que las faltas éticas se encuentran incluidas dentro del régimen jurídico disciplinario que aplican los órganos administrativos o judiciales competentes. Y, finalmente, otros que confían la eficacia del Código a la voluntad individual de sus destinatarios».

El Código de Conducta del Tribunal de la Unión Europea fue adoptado por los propios miembros del Tribunal de Luxemburgo, previa audiencia de los miembros de los otros dos tribunales inferiores de la Unión Europea, cuyo objetivo se define en el preámbulo: «sin perjuicio de las disposiciones estatutarias y reglamentarias aplicables, conviene precisar en un código de conducta algunas de las obligaciones que dichas disposiciones imponen a los miembros del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de la Función Pública».

En la Unión Europea el nombramiento de los jueces y los abogados generales del Tribunal de Justicia debe hacerse entre «personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia» (artículo 253 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Aparte de enunciar principios generales —tan evocadores como: «Los miembros se consagrarán plenamente al cumplimiento de su mandato»— y de enunciar los deberes de integridad e imparcialidad, el Código del Tribunal comunitario establece la obligación de realizar una declaración de intereses económicos. Asimismo, destaca el establecimiento de autorización previa de toda actividad exterior que, por

³² Véase, por ejemplo, mi estudio «La independencia judicial en clave ética: la confianza de una sociedad democrática en sus jueces», *Principio de la Ética Judicial Iberoamericana: Independencia*, Colección Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2009, págs. 1-111.

³³ Código de conducta adoptado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en vigor desde el 1 de octubre de 2007 (DOUE n° C 223, de 22 de septiembre de 2007, pág. 1).

ejemplo, se especifica en estos términos: «Podrá autorizarse la participación de los miembros en actividades de enseñanza, conferencias, seminarios o coloquios. En tales ocasiones, los miembros no aceptarán contrapartidas económicas inusuales».

El Derecho disciplinario en el seno del Tribunal de la Unión Europea se limita a prever la destitución o a la privación del derecho a pensión del juez o abogado general, aunque lo somete a unas exigencias procedimentales muy estrictas en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «Los Jueces sólo podrán ser relevados de sus funciones o privados de su derecho a pensión o de cualquier otro beneficio sustitutivo cuando, a juicio unánime de los Jueces y de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, dejen de reunir las condiciones requeridas o incumplan las obligaciones que se derivan de su cargo».

En suma, la relación entre los códigos de ética judicial y el Derecho disciplinario se revelan particularmente delicados. Ahora bien, no hay duda de que, como se aprecia en el Código Iberoamericano y en el Código de conducta del Tribunal de la Unión europea, son clarificadores y pueden servir de orientación en el ejercicio de la potestad disciplinaria y en su control judicial. Resulta obvio que los principios de legalidad y de tipicidad, que son esenciales en el Derecho disciplinario judicial, no pueden ser obviados; pero también resulta patente que el análisis y el enjuiciamiento jurídicos de determinadas conductas serán más sencillos si existen normas o estándares de comportamiento suficientemente consensuados aunque sólo se enuncien desde la Ética³⁴.

IV. CONCLUSIÓN

El difícil pero necesario maridaje entre el Derecho y la Ética obliga a extremar la prudencia para no caer como en el pasado en las tentaciones propias de esta relación que primero llevaron a confundir lo ético con lo jurídico; pero, más tarde, la pujanza del Derecho positivo arrumbó en el olvido más absoluto a la Ética.

La Ética tiene especial cabida en el estatuto de juez en su doble dimensión, como poder del Estado y como funcionario por muy cualificadas que sean sus atribuciones. Cuando el juez lleva a cabo su función de interpretar el Derecho y en la medida en que el margen de discrecionalidad es amplio, la Ética contribuye a suavizar o tamizar el arbitrio judicial. Asimismo y en lo que se refiere a la actuación del juez en su calidad de funcionario público, la Ética aporta unas pautas de conducta que constituyen la representación de las virtudes que, a juicio de la sociedad y en un momento dado, deben adornar a un buen juez.

Es precisamente en esta dimensión del juez como funcionario público donde opera al mismo tiempo el Derecho disciplinario y la Ética. Sin embargo, las relaciones entre la Ética judicial y el Derecho disciplinario a los jueces son particularmente reservadas. Aun cuando el régimen disciplinario de los jueces tenga una clara dimensión ética, el ejercicio de la potestad disciplinaria y su control judicial están

³⁴ A la hora de determinar cuál sea la solución jurídica 'correcta', los tribunales se guían por datos, circunstancias y normas, sin que, desde luego, en este juicio puedan excluirse consideraciones éticas; véase, por ejemplo en un ámbito que tiene una controvertida dimensión ética en nuestra sociedad como es el de las técnicas de fecundación humana, el enjuiciamiento que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, en su sentencia de 10 de abril de 2007, *Evans c. Reino Unido* (recurso nº 6339/05). A juicio del Tribunal de Estrasburgo la Ley británica sobre fecundación humana «suscita interrogantes de orden moral y ético, que se inscriben en un contexto evolutivo rápido de la ciencia y de la medicina» (§ 81); y finalmente el Tribunal Europeo concluye: «Teniendo en cuenta que sobre este particular no existe un consenso europeo y dado que las disposiciones de Derecho interno estaban desprovistas de ambigüedad, habían sido comunicadas a la recurrente y aseguraban un equilibrio adecuado entre los intereses en conflicto, la Gran Sala estima que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio» (apartado 92). De modo que si el tribunal constata un amplio consenso, como por ejemplo el que se puede alcanzarse en algunos ámbitos de la Ética judicial, la interpretación del alcance del tipo infractor que expresa el sustrato ético sobre el que hay acuerdo será mucho más sencilla y, en todo caso, más segura.

sometidos a los principios de legalidad y de tipicidad. Ahora bien, esto no impide, como se deduce de la adopción del Código Iberoamericano de Ética Judicial en 2006 y del Código de conducta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2007, que mediante este tipo de códigos o incluso a través de ‘comisiones’ se aporte luz sobre el alcance de las obligaciones derivadas del estatuto de los jueces. Poco a poco se va construyendo un acervo jurídico y ético común a una sociedad caracterizada por la pluralidad, la interdependencia y la globalización³⁵.

En este sentido, la perspectiva ética y la adopción de códigos éticos son elementos integrantes del control de los jueces basado en una estrategia de los cumplidores, no de la desviación ni de los malvados. Es decir, se apoyan en un régimen que se apoya en procedimientos preventivos, que actúan en la selección y en la promoción de los jueces, que también arraigan en un régimen administrativo que, sin embargo, no desanime a los jueces cumplidores, sino que los incentive razonablemente; y, en definitiva, debe haber un régimen disciplinario suficientemente disuasorio para las incumplidores con un apropiado cuadro de infracciones y sanciones, cuya aplicación sea, desde luego, efectiva.

Aun con ser esencial, el Derecho disciplinario constituye sólo un elemento más, y no necesariamente el más efectivo, del estatuto judicial. Y la Ética se ha convertido en una dimensión esencial del ejercicio de la función judicial y constituye el contexto en el que opera el Derecho disciplinario. Ciertamente, todos estos mecanismos de control tienen una finalidad muy precisa: inspirar confianza en la sociedad respecto de sus instituciones, y de los poderes del Estado entre sí³⁶.

En suma, aunque los jueces se atengan estricta y formalmente al imperio de la ley, siempre quedará un ámbito íntimo que nadie, salvo el propio juez, podrá jamás escudriñar y al que, para confianza de la sociedad, debería llegar una Ética, común a todos los ciudadanos, que actúe como instrumento de legitimidad del ejercicio de la función judicial. Al mismo tiempo, el desempeño del cargo de juez requerirá el control adecuado, incluidos los procedimientos disciplinarios, mediante el cual se pueda velar de que el cargo lo ocupe el equivalente en nuestra sociedad al *vir bonus iuris dicendi peritus*. Así pues, si la legitimidad del sistema radica en que los ciudadanos confíen en sus jueces el Derecho disciplinario, por sí solo, será insuficiente y tendrá que completar otros procedimientos y mecanismos de control ineludibles y en los que también tiene cabida la Ética. Sólo una apropiada y medida combinación de Derecho y Ética se erige en cauce del ejercicio del poder por parte de los jueces, pues, en definitiva y como sermonaba sensatamente Robert Price a finales del siglo XVIII, «nada requiere más vigilancia y limitación que el poder»³⁷.

³⁵ Así lo estudio, particularmente en relación al Derecho, en mi libro *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

³⁶ Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, ob. cit., págs. 262–264, se refiere al respeto institucional en Estados Unidos del Tribunal Supremo —a través del *judicial self-restraint* respecto del control de la constitucionalidad de las leyes— y del Congreso —haciendo prudente uso del *overrule* mediante la modificación de la Constitución—; sin embargo, a principios del siglo XXI se ha visto particularmente cuestionado el poder del Supremo Tribunal.

³⁷ Richard Price, «A Fast Sermon, A Discourse addressed to a Congregation at Hackney, on February 21, 1781 being the day appointed for a Public Fast», en D. O. Thomas (ed.), *Political writings*, Cambridge University Press, 1991, pág. 101; esta es la cita literal: «Nothing corrupts more than power. Nothing is more encroaching and, therefore, nothing requires more to be watched and restrained» (nada corrompe más que el poder; nada es más usurpador y, por tanto, nada requiere ser sometido a más vigilancia y limitación).

TENEMOS LO QUE TODOS QUIEREN

UNA LED DE SONY AL DOMICILIAR TU NÓMINA



O CONTRATAR UNA HIPOTECA, UN PRÉSTAMO
O UN DEPÓSITO

Infórmate en cualquier oficina Banesto, en el

902 30 71 30
o en **www.banesto.es**

Banesto

Oferta válida desde el 12 de abril hasta el 31 de julio de 2010, exclusivamente por domiciliar por primera vez en Banesto una nómina, pensión o ingreso regular, de al menos 800 € netos al mes y 3 recibos principales, encargándose Banesto del cambio de domiciliación de los mismos, y teniendo contratadas o solicitar la tarjeta 4B y las tarjetas de crédito Díez en Una y Matchpoint o Tarjeta 123. La concesión de las tarjetas queda sujeta a los criterios de riesgos de la Entidad. La domiciliación de la nómina y los recibos se debe realizar en una Cuenta Nómina de Banesto, siendo el cliente el 1º titular y mantenerse al menos 30 meses. Gastos Fiscales por cuenta del Banco. Gastos de manipulado y envío por cuenta del cliente: 98 €. Promoción no acumulable a otras promociones vigentes. Infórmate de las condiciones completas en tu oficina Banesto.