



Recensión

La profesionalidad judicial

**Jorge Malem Seña,
(2010) Fontamara, México D.F., 160 pp.**

Ricardo Cueva Fernández

Universitat Pompeu Fabra

ricardo.cueva@upf.es

El volumen al que se refieren estas líneas se halla dentro de la colección editada por Fontamara bajo la denominación "Cátedra Ernesto Garzón Valdés". En toda ella cada libro consta de un ensayo más o menos breve del prestigioso pensador, y a continuación aparece inserto el texto del autor que la portada nos ofrece. En este caso, consiste en un conjunto de reflexiones a cargo de Jorge Malem Seña, profesor de la Universidad Pompeu Fabra. Sólo en contadas ocasiones tiene uno la posibilidad de disfrutar de dos autores de la envergadura que poseen los citados en un solo volumen. La duda que tuve antes de empezar a leer sus páginas, en todo caso, fue la de si en esta ocasión ambos también podrían conservar la magnitud de algunos de sus mejores trabajos, porque habiendo escrito tanto y de tan extraordinaria calidad, el listón era *a priori* muy elevado. Pero tal temor resultó sin fundamento. Tratándose de dos textos muy distintos, unidos tan sólo por la bisagra del común denominador del operador jurídico judicial, ambos muestran reflexiones muy valiosas en sus respectivos campos.

El ensayo de Garzón Valdés se denomina "Respuestas a la violencia extraordinaria", y se apoya en el habitual coraje moral del profesor de Maguncia. Se trata ni más ni menos que de una crítica a los diversos sistemas de olvido o punto final que en distintos regímenes se han ofrecido como "soluciones" para pasar página en la Historia. Y como no podía ser menos, comienza con una reflexión filosófica de carácter ético que contribuye a captar la atención del lector desde las primeras páginas. Se trata de una refutación de la versión arendtiana sobre el mal radical kantiano, ya que Garzón entiende que éste contiene la posibilidad de "mala conciencia", mientras que en la acepción de mal absoluto la profesora alemana no la mantiene. De modo que "vivimos, pues, con la memoria del *mal absoluto* cometido y con la práctica persistente del *mal radical*" (p. 18), es decir, bajo la sombra del Holocausto y en la experiencia del continuo desafío a los derechos humanos, el famoso "coto vedado" tan citado por el autor en su obra.

El olvido o el recuerdo, así, serían las dos actitudes posibles ante estos fenómenos (p. 18). Y Garzón es, desde luego, favorable al segundo, pues el primero recurre al autoengaño (p. 19), y con efectos nocivos en caso de acciones especialmente dañinas. De hecho, y pese a que el autor no les guarda demasiada simpatía en su trayectoria, coincide con los comunitaristas aquí por haber subrayado con énfasis "la importancia de la memoria como sustento de la identidad individual y colectiva" (p. 24). Es más, "la consideración de los criterios de selección de eventos memorables puede ser un buen método para la evaluación de la calidad moral de una cultura política" (p. 26).

A continuación, el profesor distingue varios tipos de vías para responder a delitos de la envergadura a la que se refiere el trabajo. Se trataría de la venganza, el perdón, la reconciliación y, asimismo, tres estrategias institucionales: el indulto, la prescripción y el castigo. Garzón rechaza la primera, la venganza, porque puede iniciar una cadena de reacciones tanto o más violentas que las del crimen inicial (p. 27), y a la segunda estrategia, la del perdón, le exige arrepentimiento para que sea justificable, pues aquélla "presupone necesariamente que quienes son culpables de un crimen lo reconozcan" (p. 29). El efecto del perdón es "de tipo psicológico: el perdonado arrepentido se siente liberado del resentimiento y de la eventual venganza de la víctima, quien, a su vez, puede ver en el arrepentimiento del criminal una especie de solidaridad con el dolor. El perdón crea una nueva relación entre quien perdona y el perdonado".

En cuanto a la reconciliación, existe en el texto una clara crítica a las "comisiones de la verdad" y mecanismos similares, adoptados en países como Sudáfrica, Bosnia y Herzegovina, El Salvador o Chile. "No hay mayor inconveniente en aceptar que una condición necesaria de la reconciliación es el conocimiento de la verdad sobre los crímenes cometidos. Pero el problema se vuelve moralmente insoluble si se tiene en cuenta que para que la *reconciliación colectiva* pueda tener fundamento racional hay que suponer la *culpabilidad colectiva*" (p. 33). Frente a este mensaje, correspondiente a la expresión "quien esté libre de culpa que arroje la primera piedra", Arturo Illía había dicho que tenía "un montón de piedras en las manos", y Garzón le da la razón al viejo Presidente argentino, porque lo contrario sólo daría lugar a difuminar las responsabilidades de aquéllos que hubieran participado en crímenes atroces, esquivando la asimetría del "terrorismo de Estado" (p. 34) y para colmo, engullendo a sus víctimas.

El indulto tampoco es válido: "desde el punto de vista moral, cuando el indulto se aplica a autores de crímenes contra la humanidad (...) constituye en alto grado una injusticia notoria y es, por lo tanto, inaceptable". Por idénticos motivos se ha acordado en los instrumentos internacionales la imprescriptibilidad de esos delitos. Y en consonancia con todo ello, el castigo a sus responsables debe ser decidido por la institución judicial (p. 38). Una punición que, por otra parte, no debe ser selectiva, pues entonces peligraría toda la legitimidad de la justicia, presentándose los acusados como "víctimas" del sistema (p. 40). Para evitar, asimismo, que estos procedimientos sean endebles, ha de contarse con una institución supranacional como la de la Corte Penal Internacional (p. 43). En suma, pues, frente a la maldad proveniente del despotismo "el derecho es el único recurso de que disponemos y si lo abandonamos no nos queda ni siquiera la esperanza de una supervivencia que no sea breve y brutal, como temía Thomas Hobbes". Así que empezando con Kant y terminando con el célebre filósofo político inglés, Garzón vuelve a confiar en ese combate que él mismo siempre ha sostenido, durante toda

su vida, frente a las "calamidades" que cercenan una vida social respetuosa con los derechos humanos.

En cuanto a la segunda parte del libro, y que es la que da título precisamente al volumen, el profesor Jorge Malem Señá la dirige a un tema de interés insoslayable, pues versa sobre una dedicación, la del juez en nuestro Estado de Derecho, que a menudo parece proyectar más sombras que luces. El autor busca realizar aquí un análisis exhaustivo sobre su labor y sus rasgos principales. Para empezar, acudiendo al concepto de profesión. "Si algo la caracteriza "es precisamente que sus miembros están vinculados a un conjunto de normas morales que no son aplicables a otras personas" (p. 57). En este sentido la función del juez, y aquí el profesor Malem concuerda con la exigencia del art. 120.3 CE, es la de resolver de manera razonada. Y es que "en esta tarea de motivar sus decisiones, puede el juez cometer diversos errores", algo que unas páginas más adelante pasará a detallarse (p. 58).

El texto pasa entonces a delimitar de forma conceptual qué es profesión (pp. 60-71), destacando como sus características esenciales las siguientes: 1) se basa en conocimientos científicos y técnicos, 2) exige cierto período de aprendizaje y de adiestramiento, 3) tiene un componente esencialmente intelectual, 4) ninguna sociedad desarrollada podría desprenderse de él sin grave pérdida, 5) resulta presidida por un alto grado de autonomía, 6) quienes la ejercen asumen su responsabilidad por los actos que autónomamente decidan realizar, 7) constituye una forma de obtener ingresos pecuniarios como "modo de vida", 8) debe ser ocupada por personas con vocación, 9) se estructura mediante organizaciones o instituciones que establezcan normas básicas para su ejercicio, 10) exige que sus miembros posean una cierta credencial donde se ponga de manifiesto su competencia. Sin entrar en detalles sobre esta caracterización, creo que supone una aproximación eficaz a la definición de las profesiones, si bien resultan claros los problemas derivados de contextualizar 4), de reconocer 5) con facilidad en las sociedades actuales y de definir con más exactitud 8). A lo que también podría añadirse que la séptima no me parece que sea un rasgo de la profesión tal y como resulta delimitada por los otros parámetros, pero no pienso que la fuerza global del acercamiento pierda, pese a todo ello, demasiada fuerza.

Pasando ya al asunto de la ética profesional, el autor señala cuatro aspectos centrales en ella, en concreto los objetivos de la actividad de que se trate, las relaciones entre el profesional y el cliente, la que debe mediar entre los primeros y el hecho de que actúen por cuenta propia o sometidos a una relación laboral de dependencia (p. 67). ¿Cuáles son, al margen de esta clasificación, las relaciones entre moral ordinaria y moral profesional? Malem indica la distinción claramente, un poco más adelante: "las morales profesionales están constituidas por un subconjunto de normas perteneciente al conjunto de normas de la moral ordinaria". Así, pues, tanto la tesis de la separación como de la de la identidad no resultan aceptables para el profesor de la Pompeu Fabra. "Se puede afirmar que existen normas morales que se aplican a las acciones de ciertas personas (los no profesionales) sin por ello aceptar que la moral ordinaria no da debida respuesta a las cuestiones profesionales" (p. 71). Sin embargo, y pese a la cuidadosa conclusión aquí articulada, pienso que las "morales profesionales", siguiendo la terminología de Jorge Malem, configuran normas que son excepciones a las morales de carácter ordinario, de acuerdo con lo que señala el profesor Liborio Hierro (2012). Otra cosa es que el estudio de Hierro merezca un desarrollo algo más detallado, a fin de examinar supuestos específicos y clasificarlos.



A continuación, al autor del texto va repasando las características que entendía páginas atrás que correspondían a las profesiones, relacionándolas con la de tipo judicial. En relación con el rasgo de la autonomía destaca que "la independencia y la imparcialidad de los jueces forman parte del 'sistema del juez' en una democracia", si bien "siempre y sólo en términos de derecho explícitos y razonados". Para pasar luego a hablar de su ética, Malem toma la división del profesor Farrell de tres niveles, los de la metaética, la ética normativa y la ética aplicada, refiriéndose la primera a la naturaleza de los juicios morales, la segunda a lo bueno y lo correcto y la tercera a su aplicación a determinados contextos. Las éticas de carácter profesional pertenecerían a esta última clase (p. 77). El juez, por su parte, asumiría "una ética del deber de tipo deontológico", es decir, debería resolver controversias sin considerar su conciencia personal y conforme a Derecho, no teniendo en cuenta tampoco los posibles efectos de la decisión, al menos en un primer momento. Y esto hay que matizarlo así porque puede que el juez haya de actuar "de un modo consecuencialista, bien sea porque el legislador así lo ha establecido, bien sea porque las circunstancias del caso, como en las elecciones trágicas, no dejan otro camino éticamente aceptable". Tal acontecimiento no puede causar extrañeza, ya que "el razonamiento moral ordinario también funciona de ese modo" y "no conviene olvidar que la moral profesional es una mera aplicación de la moral ordinaria" (p. 78). En este punto es donde el lector se queda con ciertas ganas de alguna comparación más exacta que permitiera captar el paralelismo.

Ya fuera del apartado anterior, el profesor Malem se sumerge en la cuestión que había apuntado anteriormente y por la que había mostrado interés; en concreto, el asunto del error judicial, para finalizar el trabajo con el asunto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ambos extremos justificados por encontrarse en la CE como razones para la indemnización estatal a favor del damnificado (art. 121).

Subrayando que no existe noción alguna en nuestra legislación sobre el error judicial, y que no hay unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina (p. 83), sin embargo el autor se atreve a establecer una tipología, basándose en la normativa procesal existente. Así, los errores en los fundamentos de hecho serían de dos clases, a saber, cuando los enunciados fácticos formulados por el juez no se corresponden con la realidad, o cuando realiza alguna actuación equivocada en cuanto a la asunción probatoria. Lógicamente, y como bien añade a continuación Jorge Malem, todo esto supone que el juez "tiene la obligación de formular enunciados verdaderos" o la "de buscar la verdad en el proceso" (pp. 85 y 86). El juez erraría, además, cuando invocara hipótesis que condujesen a resultados absurdos, o hipótesis irrelevantes o contradictorias o no formulara otras "de carácter complementario o secundario necesarias para comprender el núcleo de la cuestión". En cuanto a la prueba, puede ocurrir que admita "pruebas indebidas" o "inadmitir" otras "debidas" (p. 86). Las primeras pueden ser ilícitas o irregulares, sucediendo que las primeras deben inadmitirse siempre y las segundas, producidas mediante violación de norma procesal, "no deben tener efectos probatorios excepto si han sido corroboradas por otra prueba independiente". De otro lado, serán indebidamente inadmitidas aquellas que hayan sido propuestas en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes, no haya devenido imposible y se conste la protesta de parte por su rechazo. Pero es que además "luego, el juez debe valorar el contenido del material probatorio para analizar si corrobora o refuta las hipótesis por él sostenidas. La valoración de la prueba consiste en realizar un razonamiento, muchas veces complejo, de una serie de inferencias, deductivas e inductivas, que

permite conocer con cierto grado de probabilidad nuevos hechos a partir de hechos ya conocidos" (p. 87).

También pueden existir errores en los fundamentos de Derecho, afectando tanto a la interpretación como a la aplicación del Derecho, y pudiendo vincularse a disposiciones procesales y materiales. Jorge Malem va recorriendo todas las posibilidades de estas operaciones con detalle a lo largo de las siguientes páginas.

Después, y como ya se ha apuntado, siguiendo el precepto constitucional respecto a las indemnizaciones estatales, examina el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en un nuevo apartado. Su incorrecto funcionamiento se podría dividir en malo, ausente o defectuoso. El primero sería identificado con el error judicial ya mencionado, el segundo con una inactividad dañina y el tercero con la dilación indebida (p. 98). Tras ellos puede encontrarse la actitud del propio juez o bien fallos debidos a la organización de los recursos, abarcando estos últimos el volumen excesivo de casos, la escasa provisión de plazas o la poca preparación técnica del personal administrativo. El profesor Malem intenta deslindar en su texto unos supuestos de otros, adjudicando las responsabilidades según un esmerado análisis de situaciones posibles.

En resumidas cuentas, pues, nos encontramos ante un libro que combina una crítica moral consistente y enérgica con un meticuloso análisis sobre el papel del juez y las normas de todo tipo que le ordenan u orientan. Ambas proceden de autores distintos pero cuyas propuestas y perspectivas encajan entre sí perfectamente en un libro que es de obligada lectura y brillante por su erudición y además, siendo esto algo que a menudo se echa de menos en otros casos, nítido y preciso, que rehúye la divagación y los lugares comunes. Un texto que sobresale por sus aportaciones y su viveza.

Bibliografía

HIERRO, L. (2012), "Deontología de las profesiones jurídicas", *Teoría & Derecho*, Núm. 8, pp. 80-98.

