

Capítulo cuarto. La imparcialidad en la experiencia jurídica 291

I.	Un valor del derecho . . . . .	295
1.	¿Justicia procedural? . . . . .	298
2.	Equidad e imparcialidad . . . . .	304
3.	La justicia natural y el derecho a la imparcialidad .	311
4.	La obligación de motivar . . . . .	318
5.	El pluralismo de las opciones . . . . .	325
6.	Las circunstancias del ejercicio del poder . . . . .	329
II.	Imparcialidad y administración pública . . . . .	337
1.	Modelos de imparcialidad administrativa . . . . .	339
2.	Interés general y bien común . . . . .	346
3.	Discrecionalidad e interés general . . . . .	352
4.	Deber de igualdad y finalidad de la administración	358
III.	La imparcialidad “ posible ” del juez . . . . .	360
1.	Imparcialidad y poderes del juez . . . . .	364
2.	Discrecionalidad y arbitrio . . . . .	372
3.	El sujeto de la interpretación . . . . .	375

## CAPÍTULO CUARTO

### LA IMPARCIALIDAD EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA

El estudio realizado en los capítulos precedentes ha puesto de relieve que la imparcialidad es una constante —en ocasiones problemática, ambigua y compleja, pero siempre central— en las teorías morales y políticas y, en general, en toda la reflexión sobre la justicia. La importancia de la imparcialidad hay que conectarla principalmente con la exigencia de tomarse en serio el pluralismo y, al mismo tiempo, de reconocer la “separabilidad” de las personas, que es la condición y el efecto reflejo del pluralismo. Ahora queremos dar un paso más y reconstruir en líneas generales el modo en que se articula la imparcialidad en la experiencia jurídica, a fin de captar su sentido y su estructura y de revelar sus eventuales diferencias respecto a la imparcialidad en la moral y en la política. Examinaremos la imparcialidad en *nuestro* tiempo, a partir de sus principales significados y reflexionando sobre las instancias en las que está presente.

Además de su conexión con la igualdad en el campo moral y ético, desde el punto de vista estrictamente jurídico, los elementos fundamentales de la imparcialidad —tal y como hoy se configura— provienen de la evolución de las ideas de derecho, ley y poder que caracterizan el paradigma jurídico occidental, sobre todo a partir de la codificación.<sup>603</sup>

La imparcialidad en el campo jurídico comporta dos dimensiones —la igualdad y el poder— que, a primera vista, parecen heterogéneas pero que siempre aparecen unidas allí donde aquella opera:

<sup>603</sup> Remitimos a Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976.

en el juicio jurídico. En sentido propio, el juicio jurídico consiste en *establecer*, es decir, determinar autoritativamente algo *como justo, igual, proporcionado o adecuado*. El juicio jurídico se expresa tanto en la determinación de la regla como en su aplicación y en la resolución del conflicto: esa es la finalidad propia de un juicio dotado de autoridad. De modo indirecto, la imparcialidad puede predicarse también de los sujetos que desempeñan una función autoritativa, de los procedimientos a través de los cuales se llega a un juicio jurídico y de quienes comparten o critican determinados juicios.

Su conexión con la dimensión autoritativa imprime una cualidad peculiar a la imparcialidad en la experiencia jurídica. Aquí el sujeto de la imparcialidad se distingue de otros porque sus actos son vinculantes; y ello no por las características del propio sujeto —ya que todos son iguales en principio, aunque algunos sujetos ejerzan la autoridad—,<sup>604</sup> ni por sus disposiciones internas, sino por razón de una reglamentación que establece las funciones y modalidades de la tarea que el sujeto desempeña. En otras palabras, la imparcialidad no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizás si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades. El carácter institucionalizado hace a la imparcialidad autónoma respecto a la arbitrariedad de los sentimientos, a la buena voluntad o a las buenas disposiciones. El aspecto institucional le confiere un cierto carácter “cosificado”, objetivo y autónomo.

El carácter institucionalizado del juicio está conectado con la función específica de aplicación de las normas jurídicas, según la cual, toda determinación jurídica que quiera ser conforme a la norma, sólo puede “concretar” el sentido de la ley (general y abstracta).<sup>605</sup> En general, esto vale también para la ley fundamental

<sup>604</sup> La decisión democrática es “autovinculante”.

<sup>605</sup> Curiosamente, la sola idea de poder crear derecho es rechazada por quienes no ejercen el Poder Legislativo. Recordando el pensamiento de Weber, Gadamer le da la razón cuando dice: “Sólo los profetas se han remitido a la ley vigente

—la Constitución— que representa el núcleo y la orientación normativa de todo el ordenamiento. Esto significa que, a través del juicio, la interpretación y la aplicación de la ley actualizan el ser del derecho. La relevancia de la imparcialidad proviene de su intervención en momentos “decisivos” para la producción del derecho.

A diferencia de lo que acontece en las teorías ético-políticas —donde existen posiciones y planteamientos críticos sobre la imparcialidad—, su centralidad en el derecho está fuera de toda duda y difícilmente se encuentra alguna teoría que la considere un disvalor. No obstante, se trata de un valor en particular difícil de aferrar porque en el derecho (al menos en una primera aproximación) prevalece la idea de que la imparcialidad se manifiesta fundamentalmente en forma represiva, o sea, a través de la denuncia de actos no imparciales. Por otra parte, la misma composición semántica de la palabra “imparcialidad” —ya lo señalamos— induce a considerarla como la negación de algo, precisamente negación de la parcialidad. Así se explica que la vía más adecuada para dar contenido y sentido a la imparcialidad sea partir de las manifestaciones de parcialidad. Existen muchas dificultades para una construcción “positiva” de su contenido y, por otra parte, está bastante extendida la convicción de que la imparcialidad sólo puede ser una garantía indirecta.

La primera cuestión relevante radica en determinar si existe sólo uno o son varios los conceptos de imparcialidad dentro de la propia experiencia jurídica. En principio pueden identificarse diversas formas de “parcialidad” en función del sujeto sobre el que recae la exigencia de imparcialidad. Así, por ejemplo, la injusticia como parcialidad puede afectar a la administración pública —don-

de modo realmente ‘creativo’. Para el resto, no es algo específicamente moderno, sino que, *objetivamente* considerado, es propio de todos los que practican ‘creativamente’ el derecho, sentirse *subjetivamente* sólo como expresión oral de las normas vigentes —eventualmente también latentes— o sus intérpretes y ejecutores, pero no sus creadores” (Gadamer, H. G., *Verdad y método II*, 6a. ed., trad. de M. Olsagasti, Salamanca, Sígueme, 2004, p. 252).

de la parcialidad se manifiesta como abuso de poder (falta de motivación, incumplimiento de circulares, tergiversación de los hechos)—, o puede afectar al juez (cuya imparcialidad se manifiesta en la abstención cuando existen causas de recusación). Sin duda, existe una tendencia a la “contaminación” entre estos dos ámbitos causada por la propensión a otorgar una naturaleza jurisdiccional a la administración pública. Como es sabido, según una tradición jurídica consolidada, cualquier decisión relativa a derechos individuales tiene naturaleza jurisdiccional y, por tanto, está sujeta al *judicial review* y a los principios de la *natural justice*. Siendo así, los vicios de la jurisdicción se extenderían a la administración de manera proporcional a la relevancia que los derechos tienen en el conjunto del ordenamiento jurídico. Pero también—aunque por motivos diversos que puntualizaremos a continuación— algunas formas de parcialidad en la administración pública acaban siendo aplicables al juez.

En el ámbito jurídico existen dos modos de entender la imparcialidad. Puede concebirse, en primer lugar, como *principio organizativo* de los poderes jurídicos. En este caso, la imparcialidad se expresa como separación de poderes y consiste en la relación de independencia o dependencia jerárquica entre ellos. En segundo lugar, de otro modo su concepto sería bien reductivo, la imparcialidad se manifiesta en la relación de los poderes con lo sujetos que les están sometidos (la imparcialidad es entonces un criterio de justicia).

La imparcialidad como principio ha estado siempre presente en la historia de las instituciones jurídicas y se ha concretado de maneras muy diversas, pero que no se ha identificado con ninguna de las formas que ha asumido históricamente. Su persistencia diacrónica y sincrónica hace pensar que se trata de una condición estructural del orden jurídico. Por ese motivo, sostener que la imparcialidad es una conquista moderna no responde a la verdad, aunque sí resulta evidente que ha adquirido una singular importancia al entrar en contacto con la doctrina moderna de la igualdad y del poder.

Sobre la imparcialidad en la experiencia jurídica,<sup>606</sup> hay que preguntarse, en primer lugar, sobre su contenido y sobre cómo distinguirla, en su caso, de otros valores del derecho —quizá muy próximos a ella— como la legalidad, la igualdad o la equidad. Por otra parte, debemos ver si la imparcialidad es instrumental o finalista en relación con esos otros valores del derecho. Junto a esto, es importante determinar si las dos dimensiones de la imparcialidad que hemos apuntado (como criterio de organización de los poderes y como criterio de justicia) son recíprocamente excluyentes o, por el contrario, son interdependientes. Finalmente, cabe preguntarse si en el ámbito jurídico la imparcialidad está conectada —y en qué sentido— con el pluralismo y la separabilidad de las personas, con el fin de establecer o no una analogía con el debate que hemos analizado en páginas precedentes.

## I. UN VALOR DEL DERECHO

La imparcialidad pertenece, de manera intuitiva, al grupo de los valores jurídicos, juntamente con la justicia, la certeza, la igualdad y la equidad. Pero más que un valor para el derecho, la imparcialidad ha sido considerada desde una concepción fenomenológica —o sea, desde las formas típicas en las que el derecho se manifiesta— como el elemento representativo del derecho por autonomía.<sup>607</sup> La intervención de un tercero imparcial en una controversia es, en efecto, la manifestación más propia del derecho. La categoría de “tercero imparcial” en el derecho no es aplicable sólo al juez, al legislador o al policía, sino a todo sujeto implicado en una inte-

<sup>606</sup> Advierto que en el análisis del problema de la imparcialidad en relación con las instituciones “tradicionales” occidentales del derecho, dejaré aparte ámbitos tan innovadores e interesantes como el de la mediación.

<sup>607</sup> Un ejemplo de reflexión filosófico-jurídica, centrada sobre la imparcialidad y sobre sus formas fenomenológicas en los diversos ámbitos de derecho, está en Kojève, A., *Esquisse d'une phenomenologie du droit*, cit.

racción, sea como árbitro o como espectador.<sup>608</sup> Se comparta o no esta tesis, resulta difícil no aceptar la idea de que la imparcialidad desempeña un cometido fundamental en la experiencia jurídica.

Una explicación del porqué de la presencia de la imparcialidad en el derecho debe ser buscada en la dirección de la dimensión ética de la que el mismo participa; más concretamente, por su conexión con el principio de igualdad, sea ésta entendida de manera trascendental —un derecho justificado por el principio de dignidad—, sea ésta sustentada sobre una fundamentación ontológica. La fundamentación ética no excluye la explicación ontológica, es más, entre una y otra existen diversos elementos en común. La posibilidad de fundamentar sobre el plano del *ser* tanto la imparcialidad como el principio de igualdad proviene de la presupuesta paridad ontológica de los sujetos del derecho.<sup>609</sup> No obstante, la imparcialidad pone más el acento sobre la *paridad* que sobre el *ser*: se refiere básicamente al tipo de relación que liga a los sujetos. En todo caso, debemos partir de que la imparcialidad no es sólo un principio conectado con el dato fáctico de la igualdad, así como el reconocimiento de la igualdad tampoco es un dato “natural” o “fáctico”, sino la constatación de un *deber ser* irrenunciable en el derecho.

La imparcialidad en el juicio se manifiesta como respeto a la igualdad *prima facie* de las partes, igualdad que debe contextualizarse en relación al estado real de las cosas. Toda relación entre partes debe calificarse como justa o no y, en consecuencia, debe ser eventualmente rectificada o consolidada. La igualdad en el derecho se manifiesta habitualmente como igualdad bajo un cierto aspecto: el que indican las diferencias relevantes en una situación tipo. La imparcialidad en el derecho, pues, a diferencia de lo que

608 *Idem*.

609 Esta tesis, como fundamento del derecho y de la igualdad, ha sido formulada por Cotta, S., “La coesistenza come fondamento ontologico del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 256-267. La tesis presupone, obviamente, un examen sobre las condiciones del discurso ontológico.

sucede en la moral, no es absoluta, sino que se trata de una imparcialidad *all things considered* y atenta a las diferencias (o sea, actúa en función de parámetros definidos y atendiendo a las circunstancias concretas). Podría objetarse que sólo una igualdad absoluta en el ser justificaría la exigencia general de imparcialidad (o imparcialidad *prima facie*), que más tarde se concretaría en ámbitos determinados. En todo caso, con relación al contenido normativo, el deber de igualdad es, a la vez, un principio ético y jurídico; o mejor dicho, un aspecto del contenido ético del derecho. Este principio ético-jurídico se expresa en forma de condiciones del juicio, es decir, se traduce en requisitos epistemológicos.

La insistencia de vincular la imparcialidad con el principio de igualdad no debe hacernos olvidar que el derecho es también generador de diferencias,<sup>610</sup> si bien tiene la capacidad de compatibilizarlas con la igualdad. La igualdad es ciertamente la primera regla del derecho, pero la segunda es la distinción entre las partes, su diferenciación. Este tema introduce una sugerencia que retomaremos a propósito del pluralismo en el derecho: la imparcialidad jurídica presenta una estructura compleja. Regida por el principio de gradualidad y progresividad, unas veces se realiza en la consideración de las diferencias y otras veces en su superación. La imparcialidad debe ser vista, en efecto, no como un dato sino como una tensión dinámica y progresiva cuyo vértice se alcanza cuando sus diversas dimensiones se dan conjuntamente.

<sup>610</sup> La diferencia está, por excelencia, conectada a la singularidad y originalidad de los casos concretos. Pero el simple hecho de la existencia de normas que atribuyen poderes es un manifestación de que el derecho introduce diferencias (*cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 26-48). Esta diferencia destaca todavía más por el hecho de que el lenguaje jurídico está estructuralmente abierto respecto a nuevas o no previstas posibilidades (*ibidem*, pp. 121-150), pero también en relación con la indeterminación de la vida, o sea, la multiplicidad de itinerarios e innovaciones que el hombre puede introducir o hacia los que se puede dirigir (*cfr.* Lombardi Vallauri, L., “Norme vaghe e teoria generale del diritto”, *Ars Interpretandi*, 3, 1998, pp. 155-164).

### 1. *¿Justicia procedural?*

La presencia de la imparcialidad entre los bienes garantizados por el derecho sustenta de algún modo su conveniencia e idoneidad en la experiencia jurídica. Respecto a los otros “valores” del derecho hay que destacar una diferencia importante: la certeza, la justicia y la igualdad son relevantes desde el punto de vista de los resultados a los que se orienta el derecho, mientras que en la imparcialidad resulta evidente el carácter “procedimental”, en el sentido de que afecta directamente al modo de desarrollar o implementar el derecho y no a la materialidad del resultado. Esto sugiere que la imparcialidad es una condición para la realización de los otros valores del derecho que, aun teniendo repercusiones e implicaciones desde el punto de vista procedural, no se agotan en esa perspectiva. Como condición, la imparcialidad se abre a una doble consecuencia: podría ser sustituida por otra característica eventualmente más adecuada para garantizar el bien jurídico tutelado, o bien resulta conectada intrínsecamente al fenómeno jurídico. Cuando de una decisión se predica la imparcialidad, no se hace referencia directamente al resultado sino al modo en el que éste se ha conseguido, es decir, al hecho de que se haya obtenido respetando todos los intereses en juego. En ese sentido, la imparcialidad reclama continuamente una relación de igualdad entre las partes y lo hace con relación a las dinámicas que modifican esa relación. Pero —y esto es lo más significativo— la imparcialidad hace que perdure el interés en la relación que conecta a la parte eventualmente vencedora con las demás partes implicadas. En efecto, el juicio jurídico se realiza sobre la base de que todos los interesados deben ser objeto de una igual consideración. Aunque el juicio jurídico se concrete en “dar la razón a una parte”, la imparcialidad garantiza la igual atención a todas las partes implicadas y, en ese sentido, continúa manteniendo aunadas, incluso después de haberse determinado el resultado del juicio, a la parte que tiene razón y a las otras. Esto se hace posible en la peculiar dinámica del juicio jurídico: aunque la razón se dé a una de las partes, todas las razones

presentadas son consideradas y se da cumplida respuesta a todas ellas, incluso a aquellas razones que han sido rechazadas. En eso consiste la justicia del derecho, cuyo lenguaje se muestra muy próximo al de la imparcialidad: todas las partes tienen derecho a ser escuchadas y a escuchar. Si el significado único o prevalente de la imparcialidad fuera el de la objetividad en el juicio sería mucho menos visible la justicia para la parte, por decirlo así, perdedora, porque la objetividad justificaría la eventual exclusión de las razones improcedentes, una vez individuados los elementos realmente dignos de atención.

Cuando consideramos la imparcialidad en la experiencia jurídica pensamos inmediatamente en modos de organización, en procedimientos, en posiciones, en vínculos que distinguen las instituciones del derecho y que tienen que ver con su implementación. Este dato empuja a relacionar la imparcialidad con el aspecto *dinámico* del derecho, esto es, con el derecho en su fase de creación, producción y aplicación: con el ejercicio del poder “jurídico” en sentido amplio. La perspectiva más adecuada para captar la importancia de la imparcialidad es la del derecho como actividad, como práctica<sup>611</sup> o como sistema de normas de procedimiento,<sup>612</sup> más que como conjunto de leyes generales y abstractas. La imagen del derecho como conjunto de normas y procedimientos, si la observamos en estado de reposo, es estática, aunque está toda ella orientada hacia el movimiento, predisposta y dirigida a la realización dinámica del derecho. La dinámica real del derecho se produce a través de la acción y no puede darse independientemente de las circunstancias concretas en las que el derecho se debe implementar. La imagen del derecho como conjunto de normas y procedimientos está ya, en su articulación abstracta, preparada para hacerse compatible

611 La tesis del derecho como práctica social ha sido sostenida por Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990.

612 En la concepción del punto de vista interno o del participante. La distinción entre los dos modos de concebir el derecho, como sistema de normas o como sistema de normas y de procedimientos, ha sido tratada por Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, cit., pp. 21 y 22.

con elementos muy diversos, entre ellos: los elementos del caso concreto y las diversas hipótesis normativas de resolución. En otras palabras, la relevancia de la imparcialidad es directamente proporcional a su relación con el carácter práctico del derecho.<sup>613</sup> La experiencia jurídica, en definitiva, no puede reconducirse totalmente a un conjunto de leyes generales y abstractas que actúan mecánicamente frente al caso concreto, ni consiste sólo en un complejo de reglas técnicas, ni puede reducirse a meros actos de decisión voluntarista, sino que implica una intervención práctica que reúne todas estas dimensiones. El acto práctico capaz de reunir estas acciones es la *deliberación*.<sup>614</sup> A diferencia de lo que sucede con la técnica, lo que es justo sólo se determina con relación a la situación concreta en que se demanda justicia y tras la realización de un juicio.<sup>615</sup>

La centralidad de las reglas generales y abstractas y la relevancia del caso concreto, pero sobre todo la tensión dialéctica entre ambas, hace que en el juicio jurídico no se represente la divergen-

<sup>613</sup> El tratamiento del tema durante el siglo XX se ha decantado principalmente por esta posición y la bibliografía de referencia es amplísima. Se puede establecer una distinción entre las teorías jurídicas de ayer y de hoy con base en la relevancia del punto de vista interno. La prevalencia de las teorías que confieren relevancia al punto de vista práctico (como punto de vista interno o del participante) agrupa a muchos autores teóricos, como Hart, Raz, Habermas, Alexy (*cfr.* la reconstrucción del pensamiento jurídico del siglo XX, desde este específico punto de vista, en Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, pp. 32-37). Sobre la diferencia entre la perspectiva funcional y la concepción práctica del derecho y, en general, sobre la relación entre derecho y razón práctica, *cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 6-18. Un punto de referencia fundamental sobre el tema es Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975. Sobre las raíces teóricas del orden jurídico como orden práctico, J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 90-102.

<sup>614</sup> Hemos apelado muchas veces al concepto de deliberación, al que hemos dedicado las páginas introductorias, por la especialísima relevancia del tema. Ahora es importante destacar que el juicio jurídico consiste también en una deliberación. De manera sintética, podemos decir que la deliberación consiste en la búsqueda del mejor modo de conseguir un fin; no es obra de la intuición sino que requiere de un razonamiento; se realiza en determinadas condiciones de tiempo y lugar.

<sup>615</sup> *Cfr.* Gadamer, H. G., *Verdad y método*, *cit.*, pp. 342-365.

cia entre el problema de la justificación y el de la dirección de la acción, tal y como se configura en el ámbito moral y ético. Además, la dirección de la acción no se entiende en sentido estrictamente político sino en un sentido propiamente práctico de elección de la acción justa. Determinar la acción correcta y justificarla son las dos caras de una misma operación (el juicio). Hay que justificar aquella acción que “debe” guiar la acción.<sup>616</sup>

Cualquiera que sea la concepción del derecho que se mantenga, su método implica imparcialidad y no existe sistema o institución jurídica que no la prevea entre sus condiciones. Una decisión no es justa, desde el punto de vista del derecho, si no se toma de modo imparcial. El hecho de que un resultado, desde el punto de vista jurídico, pueda ser justo sólo en cuanto que imparcial, no quita que, a su vez, pueda ser más o menos justo con referencia a otros posibles criterios; pero si no se ha producido de manera imparcial hay que excluir por completo que pueda ser justo de acuerdo con el derecho. Viceversa, un resultado alcanzado de manera imparcial, por el hecho mismo de serlo, tiene mayores posibilidades de ser un resultado justo, aunque desde el punto de vista de otros criterios admita toda la gama de valoraciones que pueden integrar el juicio sobre la justicia. En ese sentido, el aspecto procedural del derecho está esencialmente conectado con sus fines.<sup>617</sup>

616 Es posible distinguir, obviamente, la dimensión de la ejecución. El juicio sobre la acción correcta es siempre susceptible de no llegar a realizarse, pero esto se produce sólo por motivos externos al propio juicio (*cfr.* Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, *cit.*, pp. 37-39).

617 Significa que el derecho es un procedimiento estructurado según sus fines. “Existe, pues, una ‘moralidad’ de los procedimientos dictada por su interna razón de ser y por la finalidad general a la que se dirigen. Que un órgano público no pueda realizar un acto *ultra vires*, o sea, más allá de las propias competencias, es sin duda un principio moral procedural, pero el que la libertad de los ciudadanos no debe ser amenazada por actos arbitrarios de los poderes públicos es un principio moral material. Estos vínculos internos y externos de los procedimientos han sido acertadamente configurados como ‘*a natural law of institutions and procedures*’. Esto significa que el contenido del derecho positivo, al menos en su parte procedural, no es irrelevante ni arbitrario” (Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, pp. 43 y 44).

Un resultado puede ser contemporáneamente imparcial e injusto sólo en el caso de que se disponga de un criterio, independiente del procedimiento de valoración (del juicio), para valorar los resultados. Esto sucede en diversa medida, como se verá, en los diversos ámbitos de la experiencia jurídica, lo que permite establecer una gradación de “pureza” de la imparcialidad en los procedimientos.

La relación entre procedimiento y contenido que se produce en el derecho comporta que la justicia haya de considerar ambos aspectos: la corrección del proceso de formación del juicio (en cuya dinámica incluimos la imparcialidad) y la eventual valoración material del resultado. En otras palabras, para la realización de la justicia según el derecho se requiere la convergencia de dos tipos de elementos: procedimentales o formales y materiales. La imparcialidad es interna a los procedimientos del derecho y cuanto menos evidentes son los criterios independientes, más importante resulta su presencia. En el derecho la forma es contenido, aunque no todo el contenido. Consecuentemente, las características procedimentales son parte de los valores materiales del derecho. La ausencia de imparcialidad hace al acto o a su resultado injustos.

Es evidente que debe ser así por dos razones, estrechamente conectadas con la justicia. La primera es la condición de igualdad de las partes, o condición de paridad, que viene “dada” como un presupuesto del derecho. La segunda razón está en que la finalidad del derecho no es obtener un resultado —que sí es una de las posibles definiciones de la política como dirección—, sino hacer posible la coordinación de las acciones de diversos sujetos no necesariamente ligados por otro vínculo.<sup>618</sup> De este modo el derecho hace posi-

618 Coordinación y coexistencia no son perfectamente sinónimas. La preferencia por la coordinación o cooperación respecto a la coexistencia es, precisamente, la referencia a la acción. La coexistencia puede dar la idea de un eventual carácter yuxtapuesto de las existencias. Que el derecho permita la coordinación significa que él mismo está orientado hacia la acción, que es una práctica. Sobre la idea de derecho como forma de comunicación, *cfr.* Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, pp. 45-56. Con relación a las implicaciones de la idea del derecho como comunicación en el pensamiento de Francisco de Vitoria, *cfr.* mi trabajo *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, *cit.*, pp. 60-63.

ble la solidaridad entre extraños.<sup>619</sup> Esta solidaridad entre extraños se apela, explícitamente, al pluralismo de las posiciones de los sujetos, de sus proyectos de vida, sus creencias y principios: un pluralismo que es signo de una cierta “alienación”, esa parcial alienación de los sujetos que es la *diferencia*. Ésta reclama, también, en cuanto solidaridad, que esa alienación no sea total. El derecho, en definitiva, permite y garantiza la comunicación entre extraños y su característica específica es hacerlo de modo imparcial.

El carácter procedural de la justicia, y por ende la teoría basada sobre esa noción, es difícil de definir de modo aislado; sin embargo, se capta más fácilmente por oposición al carácter material: si lo material concierne al contenido o al resultado del procedimiento,<sup>620</sup> el procedimiento tiene que ver con el modo de llegar a ese resultado. El debate sobre los procedimientos tiene que ver con la contraposición, típica de la tradición jurídica occidental, entre lo material y lo “formal”.<sup>621</sup> El carácter formal del derecho está determinado por su propia finalidad, de ahí que pueda sostenerse, paradójicamente, que una “forma” sea *más o menos* apropiada. Formal y procedural no son sinónimos, aunque parte de su contenido semántico coincide. Sin embargo, tienen el mismo tipo de relación con lo material: dependen de ello.<sup>622</sup> La imparcialidad resulta, en definitiva, perfectamente apropiada como forma del derecho.

Justicia procedural y justicia material no se dan en sus formas puras: la justicia procedural comporta la asunción de argumentos materiales y la justicia material incluye una referencia a procedimientos específicos. Por eso resulta correcto indicar, como

<sup>619</sup> Habermas, J., *Solidariedad entre extraños*, cit., pero, sobre todo, el precedente *id.*, *Facticidad y validez*, cit. En ese sentido se puede decir, muy acertadamente, que el derecho sea la paz (*cfr.* Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de E. García Márquez, México, UNAM, 1988, p. 29).

<sup>620</sup> *Cfr.* Bayles, M. D., *Procedural Justice. Allocating to individuals*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 3.

<sup>621</sup> Irti, N., “Formalismo e attività giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, 36, 1990, pp. 4-9.

<sup>622</sup> Remitimos a Summers, R. S., *How Law is Formal and it Matters*, cit., pp. 1165-1229.

criterio para distinguir los dos tipos fundamentales de concepción de la justicia, el cometido asignado a los procedimientos dentro de esta concepción que incluye aspectos materiales y procedimentales. Las concepciones procedimentales de la justicia no es que dejen sin contenido específico los valores o normas que emplean,<sup>623</sup> sino que asignan a los procedimientos y a los valores procedimentales un papel central, pero el propio procedimiento es elegido con base en criterios materiales.

## *2. Equidad e imparcialidad*

La “singularidad” del caso tiene gran importancia en la experiencia jurídica —como ya apuntamos— y eso nos lleva a considerar ahora la relación entre equidad e imparcialidad para establecer las semejanzas y las diferencias entre ambos principios.<sup>624</sup>

En la doctrina jurídica moderna, como sabemos, la equidad se entiende como la “justicia en el caso singular”,<sup>625</sup> un principio que puede constituir una verdadera y propia fuente de derecho objetivo; o mejor, un criterio que sirve para “moderar” el rigor de la ley, adecuando su aplicación a las características propias del “caso singular”. La idea de que una ley debe ser “modulada” se remonta a la doctrina aristotélica del principio de equidad como corrector de la ley general, aunque en la definición aristotélica la equidad es más “correctora de lo justo legal”<sup>626</sup> que correctora de la ley, sub-

<sup>623</sup> Cfr. Pintore, A., *Il diritto senza verità, cit.*, pp. 223-253.

<sup>624</sup> Sobre la equidad, cfr. D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, Turín, Giappichelli, 1977; De Marini, C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padua, Cedam, 1957; Frosini, V., “Equità”, voz en *Encyclopédia di Diritto*, Milán, Giuffrè, 1966, vol. XV, pp. 69-83; Varano, V., “Equità”, voz en *Encyclopédia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989, vol. XII. Por último, Schauer, F., “The Structure of Rules, and their Place in the Law”, *Notizie di Politeia*, 17, 63, 2001, pp. 117-128.

<sup>625</sup> Existe una diferencia entre “caso singular” y “caso concreto”. La equidad se refiere a la singularidad del caso y no simplemente a su concreción.

<sup>626</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco, cit.*, 1137 b 36.

rayando de este modo la dependencia que la equidad tiene de la justicia, más que de la ley.<sup>627</sup>

La evolución profunda que ha experimentado el concepto de equidad, revela un curioso paralelismo entre el ámbito moral y el jurídico, unidos ambos por la supremacía de la ley general y abstracta en la doctrina teológica de la Segunda Escolástica y en la doctrina jurídica moderna:<sup>628</sup> la primera centrada sobre la ley moral, la segunda sobre la ley positiva. En ambos casos se hace problemática la integración de los casos singulares, estructuralmente ajenos respecto al elemento principal del derecho y de la moral. Por ese motivo se hace necesaria una corrección de la ley, un criterio de integración y de completamiento que es, precisamente, la equidad.

La tradición continental nos ha transmitido la idea de la equidad como un principio jurídico residual respecto a la ley, que se define por la función que desempeña en algunos casos específicos y limitados. Es lícito el recurso a la equidad en aquellos casos en que se produce una oposición entre leyes diversas, por ejemplo entre una ley positiva y el derecho natural (el derecho natural es *semper aequum ac bonum*); o también, cuando lo establecido por la ley, en circunstancias excepcionales, exige demasiados sacrificios; o, incluso, cuando las circunstancias particulares del caso hacen excepcionalmente gravosa la ley. Todo esto tiene en común el carácter de excepcionalidad: se trata de casos-límite. Esto concuerda bien con la idea de que el principio de equidad se ha convertido, en la doctrina jurídica moderna, en un principio interpretativo,<sup>629</sup> y la inter-

<sup>627</sup> *Cfr. ibidem*, 1137 b 13-14. En la historia de la reflexión moral se ha utilizado también el término “parche” por su función de remedio o de modo de completar la ley. *Cfr.* D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità*, cit., p. 59, remite el origen de la expresión “parche” (*tappabuchi*) a Bonhoeffer, D., *Widerstand und Ergebung*, Hamburgo, Siebenstern, 1951.

<sup>628</sup> Entiendo por doctrina jurídica moderna, en sentido extremadamente amplio, la doctrina jurídica del iusnaturalismo racionalista a partir de Grocio. *Cfr.* Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Editions Montchrestien, 1975.

<sup>629</sup> Se trata de la posición de Frosini, V., “Equità”, cit., p. 71.

pretación se ha relegado solamente a los casos difíciles. La asignación de un significado técnico preciso ataña, sobre todo, a la *equity* de la tradición anglosajona; en cambio, el debate continental sobre la equidad se centra en el carácter ético o no del principio. La relación del principio jurídico de equidad con la moral se definirá, de manera diversa, según el modelo de relación entre derecho y moral que se prefiera, o con base en los conceptos de derecho y moral que se elijan como términos de confrontación.<sup>630</sup> El principio de equidad se refiere al punto de encuentro entre la ley general y abstracta y el juicio concreto, pero no genéricamente, sino sólo en aquellos casos excepcionales que hayan sido señalados por el propio derecho.

Ya en Aristóteles encontramos una referencia al núcleo fundamental del principio de equidad: la intención o voluntad del legislador.

Aun cuando la ley se dice universal, si se le presenta un caso que excede de lo universal, entonces es correcto, ahí donde el legislador se ha equivocado y ha cometido un error diciendo universal, corregir lo que ha sido omitido: lo que el legislador habría dicho si hubiese estado presente y lo que habría prescrito si lo hubiese visto.<sup>631</sup>

No obstante, concebir la equidad únicamente como principio interpretativo, tanto más si la única referencia es renviar a la voluntad o intención del legislador, conduce paradójicamente a la disolución de lo que tiene de específico la equidad: su contraposición a la ley. Por otra parte, en la medida en que exista una identificación

630 Por ejemplo (es el caso de De Marini), la necesidad de distinguir el juicio de equidad del juicio ético proviene del hecho de que el juicio moral implica tomar en consideración muchos otros “valores” además de la justicia (la misericordia, el perdón), en cierto sentido incompatibles con la justicia. Del mismo modo, el autor señala que el juicio de equidad no se adapta al modelo de juicio lógico del silogismo: por tanto, también el concepto de derecho condiciona la equidad. Sobre la distinción entre juicio de equidad y juicio lógico, de un lado, y entre juicio de equidad y juicio ético, de otro, *cfr.* De Marini, C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, cit., pp. 210 y 212.

631 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1137 b 20-24.

entre política y voluntad ideológica del gobernante, se tenderá a anular la equidad o a restringirla al máximo.<sup>632</sup>

El carácter residual de la equidad respecto a la ley favorece que se la considere como “límite del derecho”, o sea, el punto más allá del cual el orden de la ley general y abstracta generaría una injusticia en lugar de administrar justicia.<sup>633</sup> En realidad, la tesis de que la equidad sea un límite del derecho es mucho más articulada y profunda.<sup>634</sup> Aquí sólo nos interesa señalar que la imparcialidad, entendida como regla del derecho —así esperamos demostrarlo—, tiene una extensión mucho más amplia que la equidad considerada como límite del derecho.<sup>635</sup> Mientras la equidad, debido a su excepcionalidad, es un “principio” para los casos extremos, la imparcialidad es la “regla” del derecho.

En el extremo opuesto a la idea de equidad como criterio residual del derecho, se sitúa la tesis de que la equidad es la regla constitutiva del juicio jurídico. De acuerdo con ella, la especificidad del derecho estaría estrechamente vinculada (o categóricamente determinada) por los elementos de la equidad.<sup>636</sup> Llevada al extremo, esta tesis de que la equidad es el trascendental del derecho está en oposición a —y, en última instancia, es destructora de— las for-

632 Vico vio en esto una desjuridificación y una politización del principio de equidad (*cfr.* D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, *cit.*, pp. 31-35).

633 *Cfr.* Schauer, F., *Las reglas en juego*, *cit.*, p. 199.

634 Esta es la tesis de D'Agostino: él sostiene que la equidad es no sólo límite sino “límite trascendental del derecho” (D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, *cit.*, p. 23), lo que significa que se trata de un límite inherente a su estructura. No obstante, en este modelo se mantiene la oposición entre la ley general y abstracta y la decisión sobre el caso singular. Para comprender la posición de D'Agostino hace falta tomar en consideración la reconstrucción temática de la equidad, sea desde el punto de vista filosófico, sea desde el punto de vista teológico. Remitimos a la lectura del capítulo *Appunti per una teoria dell'epikeia*, *ibidem*, pp. 59-109.

635 La mayor extensión de la imparcialidad respecto a la legalidad (que incluiría también la equidad) ha sido señalada, entre otros, por Morbidelli en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonia, Mondadori, 1997, p. 817.

636 En esa línea, *cfr.* Chiodi, G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, *cit.*

mas autoritativas del derecho y, entre ellas, de la ley y de sus valores.<sup>637</sup> Pero siendo evidente que el derecho está estructuralmente ligado a una forma autoritativa, parece más coherente seguir la tesis de que la equidad debe entenderse como complementaria de la ley, conservando ambas su propio contenido. Por otra parte, el rechazo de las formas autoritativas del derecho llevaría también consigo la negación de otro aspecto fundamental (en este caso, tutelado por la imparcialidad): la generalidad de la ley.

Continuando con la perspectiva de la equidad como límite del derecho (y no sólo de la ley),<sup>638</sup> ésta se manifiesta siempre como un mecanismo de *corrección de la ley* en antítesis con aquello que la ley tiene de característico, o sea, su carácter de generalidad. La imparcialidad, a diferencia de la equidad, se configura como principio intrínseco y permanente del juicio que requiere, a la vez, tanto una referencia a la ley como una referencia al caso concreto; en otras palabras, una referencia a lo que asemeja los casos y, contemporáneamente, a aquello que los distingue.

Con independencia de que se manifieste con relación a casos concretos, la imparcialidad tiene que ver, pues, con la formación del juicio requerido por toda decisión; su función es precisamente la de estructurar el juicio.<sup>639</sup> En este sentido, el sujeto de la imparcialidad no es sólo el juez sino cualquier sujeto que juzga. Aquí encontramos el límite de la teoría según la cual la imparcialidad como criterio de decisión —y no sólo como generalidad de la ley— no debería aplicarse al legislador: también el legislador debe juzgar con imparcialidad las situaciones para elaborar un precepto general y abstracto, atender conjuntamente a todas las partes y establecer las diferencias relevantes. La imparcialidad es, pues, según la sugerencia aristotélica, *también* (y no sólo) una caracte-

<sup>637</sup> *Idem.*

<sup>638</sup> En el derecho como fenómeno que incluye la ley y la equidad. Esta es la perspectiva de D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, cit.

<sup>639</sup> En esto radica la diferencia entre imparcialidad y neutralidad. *Cfr.*, *supra*, el apartado III, punto1, del capítulo primero.

rística de la legislación: consiste, en efecto, en una *sabiduría legislativa*.<sup>640</sup>

El carácter residual del principio de equidad respecto de la ley general nuestra claramente que es posible pensar la ley sin la equidad, pero no en la equidad sin la ley. Entonces, si la imparcialidad tiene que ver, además de con el caso concreto también con la ley, de ella tendremos que afirmar una mayor amplitud semántica. Se puede decir, pues, que la equidad es “límite” (incluso estructural) del derecho, pero la imparcialidad es su “condición”.

Ley y equidad parecen seguir dos lógicas distintas:

La equidad entra en la experiencia jurídica poniendo en evidencia el límite de la justicia legal e introduciendo un elemento dinámico en la estaticidad del derecho: el elemento dinámico radical que nace, no ya de la histórica variabilidad social, sino de la originalidad del individuo.<sup>641</sup>

En la ley, en cambio, rige el primado de la igualdad. La justicia de las leyes es la del *privilegia ne inroganto*, que indica la prohibición de violar el principio de tipicidad de la acción y de generalidad del sujeto. En la equidad es evidente, en cambio, el primado de la diferencia. No obstante, la equidad, por su subordinación a la ley, no puede negar lo específico de la justicia, es decir, la justicia como igualdad, de ahí que la equidad esté siempre *en función* de la ley y se defina con relación a ella. En el funcionamiento general del derecho esto viene confirmado por una realidad: cuando un caso se resuelve recurriendo a la equidad se convierte en ley para otros casos análogos, ya que donde existe la analogía debe existir igualdad de tratamiento. Así pues, la equidad, como correctora de la ley general, acaba convergiendo también en el flujo de la igualdad como generalidad.

No obstante, identificar la lógica de la imparcialidad con la de la generalidad sería una simplificación indebida, puesto que también ella está en relación con los casos concretos, que es la premisa de la

<sup>640</sup> “De la *sabiduría* que tiene como objeto la *polis*, una forma, en cuanto arquitectónica, es la *sabiduría legislativa*” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1141 b 23-24).

<sup>641</sup> Cfr. D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, cit., p. 45.

que hemos partido. La imparcialidad tiene que ver tanto con la equidad (principio de los casos concretos) como con la igualdad (propia de la ley general y abstracta), pero no se reduce a ninguna de las dos. Equidad e imparcialidad dirigen su atención hacia la particularidad, a la individualidad en sentido amplio, a la atención de la situación concreta, a las características peculiares del caso: la equidad lo hace como justicia en el caso singular; la imparcialidad lo hace como condición de justicia de la ley y justicia del caso singular, es decir, de respeto a la generalidad y atención a la diferencia. La imparcialidad como generalidad, en efecto, pone el acento sobre las relaciones de proporcionalidad que vinculan a los sujetos y a los casos y promueve en el juicio el mantenimiento de una consideración de conjunto. Como atención a la diferencia, la imparcialidad tiende a resaltar la singularidad de cada caso.

Podemos, finalmente, confrontar equidad e imparcialidad como virtudes. En cuanto tales, ambas tienen que ver con la prudencia (o sabiduría práctica). La equidad como virtud o como habilidad —y no como técnica<sup>642</sup>— comporta una relación diversa entre la regla y el hecho o caso concreto, una relación que está intermediada por el hombre. La diferencia radica en la distinta relación que existe entre una regla y su aplicación respecto de la técnica y entre regla y aplicación respecto de la razón práctica. Desde la perspectiva de la razón práctica o, si se quiere, desde la razonabilidad de la praxis típicamente humana, la equidad es la virtud que garantiza en la búsqueda de lo justo “la autonomía personal del sujeto agente frente a los modos primarios de actuación que están representados en el universo de las normas”.<sup>643</sup> En este sentido, la equidad constituye una virtud en sí misma para la que no es demasiado relevante determinar su prioridad o posterioridad respecto a la ley porque, en última instancia, ley y equidad convergen en la acción justa y no lo hacen en la acción injusta. El objetivo de la equidad es, pues, que

<sup>642</sup> La equidad es una técnica para Bobbio, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1960, p. 131.

<sup>643</sup> D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, cit., p. 75.

la resolución del caso sea justa y ese es también el objetivo de la ley. Sólo si la ley es ajena a la acción puede haber una oposición entre equidad y ley. Pero si consideramos que la ley es *sabiduría*, como sostiene Aristóteles, identificando esa sabiduría con la imparcialidad, y si la ley es *criterio de acción*, entonces no puede existir oposición entre equidad y ley sino complementariedad. Más en concreto, podemos decir que la imparcialidad comprende también la equidad.

### *3. La justicia natural y el derecho a la imparcialidad*

Para responder a la pregunta sobre si la imparcialidad tiene o no un carácter instrumental es necesario individuar términos de comparación respecto de los cuales se pueda establecer dicho carácter. La imparcialidad podría considerarse un valor instrumental respecto a la justicia y ésta, en cambio, ser considerada un valor final del derecho. Por ello, tendríamos que definir la justicia y su relación con el derecho, algo que resulta, en principio, problemático. Podemos afirmar —de acuerdo con la doctrina kantiana— que fin es únicamente la persona, un fin que el derecho tutela a través de la protección de sus derechos. Éstos se encargan, a su vez, de tutelar los bienes relativos a la persona o al ser humano, que es el valor final del derecho.

En todo sistema jurídico existen una serie de derechos fundamentales —o sea, aquellos que salvaguardan bienes primarios para el sujeto humano—<sup>644</sup> junto a otros derechos, valores o bienes, como la seguridad y el orden públicos. Los derechos fundamentales

644 Creo que sobre esta definición existe un acuerdo generalizado, tanto si se sostiene que lo característico de los derechos fundamentales es que tienen como fin favorecer en la organización de la vida social el primado de la persona para que pueda desarrollar plenamente las potencialidades de su condición (Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 22-25), como si se sostiene que los derechos fundamentales son una clase especial de derechos que, debido a su especial relevancia, no pueden ser modificados por la mayoría parlamentaria (Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 465).

se justifican porque están conectados a los intereses y bienes básicos o existenciales para los individuos.<sup>645</sup> Es evidente que la existencia de un derecho fundamental constituye, al menos, un *indicio* del carácter final del bien tutelado, de modo que el reconocimiento del derecho fundamental a un bien (en nuestro caso, al bien de la imparcialidad) permite sostener que tras ese derecho existe un bien final. Esta argumentación debe confrontarse con la tesis de que los derechos, en última instancia, son medios para la realización de la persona y con la tesis de que existe una pluralidad de bienes en sí que deben ser garantizados a toda persona. Nosotros intentaremos probar —como un hecho a analizar en sus raíces y consecuencias— que entre los bienes tutelados por *derechos fundamentales* está presente también la imparcialidad.

Es evidente que desde el inicio de la praxis actual de los derechos humanos,<sup>646</sup> la imparcialidad se ha ido afirmando progresivamente como el contenido de un derecho subjetivo “fundamental”. En principio, el derecho a un juez imparcial aparece en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, dere-

<sup>645</sup> La bibliografía sobre lo que es el derecho en sentido subjetivo es amplísima y abarca estudios sobre el carácter deontico de los derechos, sobre el lenguaje de los derechos y sobre su justificación. Un tratado clásico es el de Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de G. R. Carrión, México, Fontamara, 1995. Hoy está acreditada la denominada “teoría dinámica” de los derechos, según la cual un derecho es una razón que deriva de la existencia de un interés que justifica una obligación por parte de otros, aunque tal obligación no es perfecta, o no lo es todavía (*cfr.* MacCormick, N., *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982). Una reconstrucción del desarrollo de las teorías sobre los derechos en el ámbito anglosajón, en donde se destaca este aspecto: Celano, B., “I diritti nella jurisprudenza anglosassone contemporanea”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto 2001*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 1-58.

<sup>646</sup> Me refiero a la fase del desarrollo de los derechos que se inició después de la Declaración Universal de 1948.

cho recogido y cuidadosamente relaborado en el artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>647</sup> De reciente, en el capítulo V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titulado “Ciudadanía”, el artículo 41 habla expresamente de la imparcialidad de la buena administración con referencia a las instituciones de la Unión Europea. Este derecho incluye el tratamiento imparcial y equitativo por parte de las instituciones, el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se inicie contra ella cualquier procedimiento —bien desde la administración pública o bien desde la jurisdiccional—, el derecho a la transparencia de los actos administrativos y la obligación de la administración de motivar sus decisiones. En el artículo 47 del capítulo IV, titulado “Justicia”, se encuentra, en cambio, la referencia al derecho a un juez imparcial. Se trata de un derecho que se afirma también por la vía jurisdiccional, dado que —como es sabido— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dedicado un importante número de sentencias a la imparcialidad.<sup>648</sup> En todos estos ámbitos se afirma

<sup>647</sup> El artículo 6o. reconoce el derecho a un juicio justo. Tal derecho se concreta en la exigencia de que la causa sea examinada públicamente, dentro de un tiempo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, constituido por ley. Incluye también la presunción de inocencia y los derechos del imputado a ser informado de modo comprensible sobre la naturaleza de su causa, a disponer de tiempo para preparar su defensa, a defenderse, a aportar testigos y a examinar los testimonios contrarios.

<sup>648</sup> Algunas de las más famosas sobre las que se ha desarrollado una abundante literatura: el caso *Piersack* (1o. de octubre de 1982); el caso *Sunsay Times* (26 de abril de 1979); el caso *Delcourt* (17 de enero de 1970); el caso *De Cubber* (26 de octubre de 1984); el caso *Hauschildt* (24 de mayo de 1989); el caso *Saraiva de Carvalho* (22 de abril de 1994); el caso *British American Tobacco Company LTD vs. The Netherlands* (20 de noviembre de 1995); el caso *Procola* (28 de septiembre de 1995); el caso *De Haan* (26 de agosto de 1997). Para un análisis de lo escrito sobre la cuestión, *cfr.* Fernández-Viagas Bartolomé, P., *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997; Clay, T., *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, sobre todo, pp. 245-301; Tarzia, G., “L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 2001, pp. 1-22; Danielius, H., “L'indipendenza e l'imparzialità del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2, 1992, pp. 443-452 y la jurisprudencia citada en estos textos. Las sentencias se encuentran fácilmente en el sitio web del Tribunal, en la dirección [www.dhcour.coe.int](http://www.dhcour.coe.int).

la idea de que existe un derecho fundamental a la imparcialidad, un derecho individual a un bien comparable a otros bienes igualmente fundamentales como la libertad de expresión o la salud. El bien garantizado por el derecho a la imparcialidad es, sin embargo, un bien de carácter típicamente “jurídico”, pero en dos sentidos diversos: en primer lugar, es un bien jurídico de tal magnitud que debe constituir un derecho fundamental; en segundo lugar, es un bien jurídico porque se realiza a través del propio derecho. Si la imparcialidad es la característica esencial del derecho y es bueno garantizarla, también la existencia del ordenamiento jurídico puede entenderse, en sentido amplio, como un bien.

De ahí que si consideramos la imparcialidad como un derecho subjetivo, se registra un notable desfase entre la perspectiva de los derechos humanos y la perspectiva de los ordenamientos nacionales; ello puede explicarse a la luz de una cierta evolución de las relaciones entre derecho y Estado.<sup>649</sup> En efecto, la orientación más extendida en los ordenamientos nacionales es la de reconocer, a lo sumo, la existencia de un legítimo interés a la imparcialidad.<sup>650</sup>

A este propósito debemos concretar mejor las dos dimensiones de la imparcialidad en la experiencia jurídica que hemos apuntado al principio. Por un lado, la imparcialidad puede entenderse como principio que regula las relaciones entre un órgano y los destinatarios de su acción: desde esta óptica, se puede hablar de un derecho subjetivo a la imparcialidad. Por otro lado, se puede entender co-

<sup>649</sup> Cfr. Tarzia, G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, cit.

<sup>650</sup> Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padua, Cedam, 1973, p. 142. Es significativa, a este propósito, la ausencia en algunas Constituciones modernas, atentas a establecer cuidadosamente los principios fundamentales del Estado, del principio de imparcialidad del juez. Cabe citar como ejemplo la Constitución italiana, que habla en su artículo 97 de imparcialidad y buen funcionamiento como principios reguladores de la administración pública, recientemente completada por la alusión al juez tercero e imparcial en un novedoso artículo 111. Últimamente, ha llamado la atención sobre este aspecto en la Constitución española, Jiménez Asensio, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002.

mo un principio que se refiere a un órgano y a sus relaciones con la fuente del poder: en este sentido, la exigencia de imparcialidad deriva del principio de la separación de poderes y, como ya dijimos, se expresa en relaciones de dependencia.<sup>651</sup> En efecto, en este segundo sentido, la imparcialidad se configura mejor como interés legítimo. La idea de imparcialidad como principio organizativo encaja en el ámbito de la administración pública, mientras que para la jurisdicción resulta más lógico hablar del derecho subjetivo al juez imparcial. En todo caso, las dos dimensiones de la imparcialidad convergen cuando se constata que su configuración como derecho subjetivo de los individuos es lo que exige su presencia como criterio organizativo de los poderes. Esto viene indirectamente justificado por el hecho de que administración y jurisdicción están sometidas a la legislación puesto que sólo esta última tiene una legitimación democrática. No obstante, los textos jurídicos internacionales antes mencionados parecen querer decir algo más.

La formulación explícita del derecho subjetivo a la imparcialidad encuentra un precedente histórico y teórico importante en el derecho anglosajón. Podemos remitirnos, por un lado, a la tradición del derecho al *due process* y, por otro, a la tradición de la *natural justice*, tradiciones ambas sustancialmente coincidentes. En los ordenamientos modernos la imparcialidad en el ámbito de la administración y en el ámbito de la jurisdicción tienen esta raíz común.

El *due process* fue consagrado en la “V Enmienda” de la Constitución norteamericana de 1791 y consiste, como es sabido, en el principio según el cual nadie puede ser privado de la vida, de la li-

<sup>651</sup> En relación con la imparcialidad en el ámbito administrativo, *cfr.* Satta, F., “L’imparzialità nella pubblica amministrazione”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XV, p. 1. Allegretti lamenta, respecto al panorama italiano, la congelación de la reflexión sobre la imparcialidad después de haber sido incluida como principio de la administración pública en la Constitución italiana. Él mismo había contribuido al breve debate italiano sobre el tema, concluido en la primera mitad de los años setenta. *Cfr.* Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padua, Cedam, 1996, pp. 79-99.

bertad o de la propiedad, si no es mediante un proceso justo.<sup>652</sup> La *natural justice*, en la tradición del derecho anglosajón, consiste en un conjunto de reglas fundamentales necesarias para el recto ejercicio del poder, comunes a todas las ramas del derecho, cuyo carácter natural se refiere al alcance universal del ideal de justicia. En el derecho inglés la expresión se conecta con dos cánones: la *rule against bias*, o regla de la imparcialidad del juez, según la cual nadie puede ser juez en causa propia, y el *right to a hearing*, según el cual nadie puede ser condenado si primero no ha sido escuchado.<sup>653</sup> Estos dos derechos sintetizan de modo ejemplar los elementos de la imparcialidad: su ámbito es el (correcto) ejercicio del poder de juicio y con ese fin se prevén reglas, algunas relativas al sujeto que debe ejercer el poder, otras relativas al propio modo de ejercerlo. Los elementos se pueden combinar diversamente, pero queda inamovible su sentido. Estas reglas tienen tal importancia que el derecho se esfuerza, incluso, en salvar las apariencias: “no sólo es necesario hacer justicia, sino que hace falta mostrar de manera patente e irrefutable que se ha hecho justicia”.<sup>654</sup>

De esta exigencia encontramos un eco puntual en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se afirma repetidamente que, puesto que lo que está en juego es la confianza

<sup>652</sup> Cfr. Conso, G., “Conclusioni”, en Varios autores, *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 227 y ss.; Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 506-509.

<sup>653</sup> Cfr., sobre el tema, Wade, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 465-579; Leyland, P. y Woods, T., *Administrative Law*, Londres, Blackstone, 1997, pp. 252-324.

<sup>654</sup> Wade, H. W. R., *Administrative Law*, cit., p. 547. El correlativo “continental” del derecho de audiencia de los ciudadanos interesados está explícitamente formulado en las leyes austriacas de 1875 y de 1925, respectivamente, que instituyeron el Tribunal Administrativo y la reglamentación del procedimiento administrativo (cfr. Fazzalari, E., “Valori permanenti del processo”, en Varios autores, *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 51-62; id., “Procedimento e Processo (teoria generale)”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 1987, vol. XXXVI, pp. 118-198).

que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos, también las apariencias revisten importancia.<sup>655</sup>

El derecho debe aportar estabilidad, previsibilidad y claridad en las relaciones humanas gracias a su capacidad normativa. La imparcialidad, en cuanto regla del correcto ejercicio del poder, promueve una confianza que se manifiesta en la obediencia a las leyes. Con todo, la confianza no es, obviamente, un valor *final* del derecho sino condición de su eficacia, consecuencia de otras características suyas. Si la imparcialidad estuviera ordenada a obtener la confianza, dado que ésta deriva de otras razones, no podría afirmarse que aquélla fuera un bien en sí, sino que estaría encuadrada en un contexto instrumental.

Esa es una de las hipótesis de justificación de la imparcialidad como bien: la existencia de un derecho a la imparcialidad tutela el bien de la confianza de los ciudadanos en los tribunales que, en definitiva, es el de su confianza en el derecho. En otras palabras, hace a la autoridad receptora de respeto y de confianza. Pero cuando toda la eficacia de la autoridad se basa en la fuerza coactiva, ¿para qué insistir sobre la confianza en los tribunales? Ciertamente, el derecho presenta el carácter de razón excluyente para actuar, o sea, constituye una razón que excluye otras eventuales razones concurrentes. No obstante, el carácter excluyente del derecho como razón para actuar se hace posible sólo por la seguridad de obtener justicia, que sustenta las expectativas de los individuos:

because I rightly trust the government I will take it for granted that there are adequate reasons to obey its laws, and so long as the government's actions are not flagrantly outside its (morally justified) authority I will not examine the arguments for obedience on a case by case basis.<sup>656</sup>

<sup>655</sup> Sentencia *Delcourt*, del 17 de enero de 1970, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre nosotros ha insistido sobre el tema de la *imagen* de imparcialidad Rebuffa, G., *La funzione giudiziaria*, 3a. ed., Turín, Giappichelli, 1993, p. 42.

<sup>656</sup> Raz, J., “Liberty and Trust”, en George, R. P. (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality. Contemporary Essays*, cit., p. 124. Sobre la relación entre li-

Aceptado que el fundamento de la confianza es la presunción de recibir justicia por parte de la autoridad —justicia que se manifiesta en la igual consideración de todas las pretensiones y expectativas—, la distribución ya no tiene como objeto en este caso utilidades o recursos, sino “igual atención e igual consideración”.<sup>657</sup> En última instancia, pues, la presunción de recibir justicia consiste en la presunción de imparcialidad con que la autoridad tratará cada caso.

#### *4. La obligación de motivar*

Si nos atenemos al ámbito de la justicia natural, causa sorpresa el hecho de que no forme parte integrante y principal del derecho a la imparcialidad la obligación de motivar,<sup>658</sup> que es la manera más básica de verificar la imparcialidad de una decisión. Tal obligación, explícita en la mayor parte de los ordenamientos continentales contemporáneos, puede considerarse una contribución específica del derecho continental a la garantía de imparcialidad.<sup>659</sup> De este modo, se consideran indicios universales de falta de imparcialidad —en la administración y en la jurisdicción— la carencia de motivación o su insuficiencia. La necesidad de dar razones amplía el significado de la imparcialidad, más allá de la referencia a la justicia, hacia el área semántica de la justificación y la argumentación, en la que habíamos hablado de imparcialidad-objetividad. La

bertad y confianza, *ibidem*, pp. 113-129. Pero, sobre todo, es importante Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit.

<sup>657</sup> En última instancia, también Hart debe llegar a la conclusión de que éste es el último nivel de la justicia en el ámbito jurídico. Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 163.

<sup>658</sup> Cfr. Wade, H. W. R., *Administrative Law*, cit., p. 547 y también, Craig, P. P., “The Common Law, Reasons and Administrative Justice”, *Cambridge Law Journal*, 53, 2, 1994, pp. 282-302; Fordham, M., “Reasons: The Third Dimension”, *Judicial Review*, 3, 3, 1998, pp. 158-164.

<sup>659</sup> Cfr. Ventura, L., “Motivazione (degli atti costituzionali)”, voz en *Digesto delle Discipline Pubblististiche*, Turín, Utet, 1995, vol. X, pp. 30-45.

obligación de motivar, pues, da forma jurídica a la práctica de la justificación y a la búsqueda de las razones.

No obstante, entre imparcialidad y exigencia de motivación existe una diferencia: la motivación<sup>660</sup> sigue a la formación de la decisión, mientras que la imparcialidad está presente en el proceso de formación de la decisión. En cuanto que estructura el juicio, la imparcialidad precede a la decisión; la motivación se produce *ex post*, después de la decisión. La cuestión es, pues, la relación existente entre motivación e imparcialidad: si la primera deriva necesariamente de la segunda o si resulta un corolario solamente eventual.

Ya hemos visto que los diversos modelos de razón práctica ofrecen diferentes respuestas a la pregunta sobre la *génesis* de la decisión, pero también después, una vez formulado el juicio —*ex post*—, se pueden dar explicaciones o justificaciones de su resultado. La formación del juicio, por un lado, y la justificación y explicación, por otro, son dos operaciones distintas e independientes. Se entiende que ofrecemos una “explicación” cuando hacemos explícito el itinerario sicológico seguido para alcanzar una determinada valoración: es el objeto de investigación de las ciencias sicológicas. Ofrecemos, en cambio, una “justificación” cuando exponemos las razones de un juicio o de una decisión.<sup>661</sup>

En la segunda mitad del siglo XX un nutrido grupo de estudiosos ha formulado y consolidado una suerte de sistematización general de las reglas de la justificación,<sup>662</sup> mientras el ámbito de la

660 Se está hablando ahora de motivación en sentido técnico, obviamente.

661 Corresponde a la diferencia entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”. Esta distinción la hizo famosa Popper, K., *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez Zabala, Madrid, Tecnos, 1967; véase, por ejemplo, pp. 7-9. En estas páginas Popper ilustra la distinción acudiendo a una comparación “judicial”: la diferencia que existe entre el veredicto del jurado, que debe pronunciarse sobre una afirmación de hecho cuya respuesta depende enteramente del modo en que la cuestión esté formulada, y el juicio del juez que, en cambio, es un juicio razonado, esto es, que contiene una justificación.

662 Ya hemos recordado las obras de Perelman, los esfuerzos del grupo que se ha hecho promotor de la rehabilitación de la filosofía práctica en Alemania, los

formación de la decisión viene considerado algo que escapa a todo examen y que resulta, cuando menos, ambiguo.<sup>663</sup> Esto se debe, en buena medida, a la prevalencia de una cierta concepción de razón práctica, para la que toda decisión se produce sobre la base de (o depende de) deseos, creencias o sentimientos, más que de *razones*. De modo que todo esfuerzo dirigido a la verificación de los procesos de decisión resulta inútil.

Frente a esto pueden hacerse algunas observaciones. En primer lugar, el hecho de que la génesis y la justificación se refieran al mismo objeto —la decisión o el juicio— es un dato que favorece la conjunción de presupuestos y de dinámicas. Si es posible ofrecer razones después de una determinada valoración práctica, no es descabellado pensar que esa valoración haya estado fundada sobre razones. Ciertamente, no es infrecuente que las razones inicialmente aducidas en apoyo de una posición —o de una decisión jurídica— se revelen ficticias o débiles y que la decisión, que parecía fundarse sobre determinadas razones, acabe encontrando su fundamento real en otras. Por otra parte, forma parte de una experiencia jurídica común la impresión de que las razones de una parte y las de la otra son siempre sostenibles.<sup>664</sup> Eso significa que las razones son plurales y pueden ser puestas a prueba, pero no significa que no existan razones.

En segundo lugar, es también cierto —tanto en la perspectiva moral como en la jurídica— que la motivación confiere racionalidad a la decisión, aunque sea *ex post* y desde el exterior. Llevando

estudiosos de la argumentación propiamente jurídica. Una síntesis, con referencias al derecho, se encuentra en los trabajos ya citados de Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, y Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

<sup>663</sup> Esto se puede sostener también a propósito de autores que han revalorizado la razón práctica, por ejemplo, *cfr.* las obras de Alexy y de Atienza citadas en la nota precedente.

<sup>664</sup> Sobre una experiencia similar —condivisibilidad de las razones de la mayoría y de la minoría— se funda la idea de la discrecionalidad del juez según Barak, A., *Judicial Discretion*, Nueva York-Londres, Yale University Press, 1989, pp. 7-44.

al extremo la posibilidad de escindir estas dos operaciones, se podría sostener que no es el juicio el que es jurídico sino que es la motivación la que “añade” juridicidad a la decisión. Hay que pre-guntarse, pues, cómo puede darse esta juridicidad “sobreañadida”. Conviene no olvidar que está muy arraigada la idea de que el derecho es reacio a adoptar soluciones como fruto de una total arbitriedad, y lo demuestra por lo menos con sus mecanismos de control *ex post*. Esta cuestión remite al problema más general de la razón práctica. En todo caso, podemos afirmar que, cuando acudimos a la idea de deliberación, lo que estamos destacando es la presencia operativa de la razón. En el ámbito jurídico, afirmar que la génesis de la decisión y su justificación son homogéneas o afirmar que entre ellas existe heterogeneidad, es una cuestión abierta desde el punto de vista de la razón, pero la carga de probar que existe una solución de continuidad entre decisión y motivación recae sobre el que niega esa continuidad y no sobre quien la defiende.

La motivación, por un lado, consiste en individuar las *razones jurídicas* de la decisión y, por otro, tiene el efecto de proyectar esa decisión hacia una dimensión de verificación de imparcialidad a largo plazo, a través de los posibles controles sucesivos, en grados diversos, por parte de la propia institución que decide, ya que una de las funciones de la motivación consiste en facilitar la tarea procesal. Señalamos, una vez más, que la imparcialidad se garantiza gradualmente: no es sólo una característica del juicio que da lugar a la ley, ni sólo una prerrogativa del juicio que individúa la decisión concreta, sino que emerge de la complejidad de sus instituciones, también gracias a la revisión. Por otra parte, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional revise tanto su propia decisión como lo actuado por la administración o lo regulado por la legislación —el control recíproco— permite no sólo un control interno al derecho, sino también un control externo por parte de la comunidad.<sup>665</sup>

<sup>665</sup> Fernando Paolo, M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993.

La motivación destaca aspectos importantes de la imparcialidad que, sin embargo, podrían re conducirla a la legalidad. Entendida en sentido formalista —como obligación de motivar las decisiones o las sentencias, una obligación explícitamente contenida en la ley— la motivación comporta un control de legalidad. Consiste en la exigencia, dirigida al sujeto que decide, de introducir su decisión en el ordenamiento jurídico en el que vive y actúa. Debe ofrecer las razones “jurídicas” que lo han llevado a tomar una determinada decisión. Debemos examinar, entonces, si la exigencia de motivar, claramente inspirada por un deseo de imparcialidad, puede distinguirse de la *estricta* legalidad. El problema radica, pues, en la idea de legalidad.

La motivación nos dice que la imparcialidad está garantizada donde existen razones —coincide con la existencia de razones— y, bajo ese punto de vista, la imparcialidad se aproxima a la objetividad del juicio. El hecho de que las razones alegadas sean razones jurídicas especifica su vínculo con la legalidad. El argumento funciona en una doble dirección. Es cierto que la motivación pide razones jurídicas, pero también es cierto que todas las razones alegadas en una motivación se convierten, en sentido amplio, en jurídicas. Esto significa que el concepto de legalidad se extiende hasta abarcar todo aquello que, por medio de una actividad jurídica, se incorpora al derecho.<sup>666</sup>

La obligación de fundar la decisión sobre razones, por otra parte, está también conectada con la dimensión de la imparcialidad como igual consideración. Desde esa perspectiva debemos valorar todas las razones en pro y en contra y debemos dar respuesta a todas las razones aportadas por las partes, tanto las que se reconocen como justas como las que parecen infundadas, ya que su propia falta de fundamento sólo aflora cuando son examinadas; pero so-

<sup>666</sup> El discurso jurídico puede considerarse un caso especial del discurso práctico, por tanto, requiere elementos diversos, como condiciones limitativas dadas por las reglas o razones jurídicas en sentido propio (*cfr.* Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 170-176).

bre todo debemos considerarlas todas porque la imparcialidad así lo exige.

No obstante, observando más profundamente la *dinámica* de la motivación, pueden señalarse algunos límites. Por ejemplo, se observa que está inspirada en la regla general del derecho según la cual, la carga de la prueba recae sobre quien altera el *status quo*, jurídicamente tutelado con base en el principio de conservación típico del derecho; la necesidad de estabilidad de las relaciones humanas, para que pueda darse la cooperación, lo justificaría. Ciertamente, la estabilidad no es necesaria en sí, pero —al igual que la confianza— es condición del buen funcionamiento del derecho.<sup>667</sup> En este sentido, quien juzga es *im-parcial* respecto a las partes, pero está de parte del *status quo* y de la resolución ideal del caso presuntamente contenida en la ley.<sup>668</sup> Muchas reglas de razonabilidad<sup>669</sup> que están presentes en la motivación (como la cohe-

<sup>667</sup> Por este motivo Fuller las enumera entre los *desiderata* del *buen* derecho: de un derecho justo (*cfr.* Fuller, L. L., *The Morality of Law*, *cit.*, pp. 33-94, 187-242). La imparcialidad desempeña un papel relevante en la tradición de la *rule of law*. El contenido de la *rule of law* se refiere, según Wade, al principio de conformidad con la ley de parte del gobierno y de la administración, el control fuerte del gobierno, las garantías procedimentales de la *natural justice* y el principio de responsabilidad personal. *Cfr.* Wade, H. W. R., *Amministrative Law*, *cit.*, pp. 23, 465, 812; Paulson, S. L., “Teorie giuridiche e «Rule of Law»”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto* 1992, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 251-274.

<sup>668</sup> Según Schauer, la esencia del positivismo consiste en sostener que en la ley se contiene previamente la solución del caso. Aunque ésta actúa sólo cuando entra en contacto con las situaciones concretas (Schauer, F., *Las reglas en juego*, *cit.*, pp. 259-269).

<sup>669</sup> El principio de razonabilidad es, en realidad, una combinación de exigencias de coherencia y lógica —en sentido amplio— y de exigencias de imparcialidad. Ejemplos de irracionalidad son la no congruencia entre decisión y resultado de la instrucción, una instrucción inadecuada, la pluralidad de factores de riesgo no adecuadamente valorados, la no consideración de alguno de los intereses en juego la incompleta valoración en la elección comparativa, deficiencias en la motivación y disparidad en el trato. La bibliografía sobre el tema es bastante amplia. *Cfr.*, entre tantos, Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, *cit.*; Varios autores, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza*.

rencia y congruencia con el sistema jurídico o la adecuación con el precedente), apuntan en la dirección de conservar algo ya dado o avalan la existencia de un orden presuntamente justo. La posible calificación de “conservador” para este planteamiento no justifica, sin embargo, la posición contraria, o sea, la conveniencia de actuar con falta de lógica, arbitrariedad o pretendida originalidad a la hora de tomar decisiones.<sup>670</sup> La cuestión está, una vez más, en la rigueza del concepto de imparcialidad. En el flujo de la motivación, la adecuación respecto al orden ya dado (el de la ley general y abstracta, el precedente, la uniformidad de la doctrina) supone la justicia del *status quo*. Respecto a la lógica de la conservación, el principio de imparcialidad (esta vez como imparcialidad-justicia) podría imponer una ruptura con el precedente, o la corrección de un determinado desarrollo del sistema, o la introducción de un cambio de dirección radical, expresando en ello su carácter corrector. Y ello, a pesar de la existencia de razones jurídicas de coherencia y consistencia.<sup>671</sup>

El problema está, por un lado, en la relación de la imparcialidad con la confianza y la estabilidad y, por otro, en su relación con la justicia. Las dos primeras son valores que ejercen una fuerza *inercial* en la experiencia jurídica, una inercia que no debe prevalecer sobre la exigencia de justicia de la que es portador el principio normativo de imparcialidad. Ésta, en efecto, puede exigir un esfuerzo innovador, capaz de introducir una dosis mayor de igualdad donde sólo parecía necesario un reequilibrio de relaciones. La tensión entre conservación e innovación es uno de los puntos en que se capta

denza della Corte costituzionale, Milán, Giuffrè, 1994; Paladin, L., “Ragionevolezza (principio di)”, voz en *Enciclopedia Giuridica*, cit., 1997, I, pp. 899-910.

670 Barak distingue entre jueces activistas y moderados: los primeros son aquellos que, entre las distintas y legítimas soluciones posibles, eligen aquella que modifica el ordenamiento; los segundos son aquellos que elegirían la solución que mantiene el *status quo*. No obstante, tanto unos como otros, actúan dentro del ordenamiento (Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., pp. 147 y 148).

671 No debemos olvidar las relaciones entre igualdad e imparcialidad analizadas en el primer capítulo y la definición de imparcialidad como “motor” de una progresiva igualdad.

la dinámica de la imparcialidad, su carácter dialéctico, el hecho de que viene conquistada a través de progresivos acercamientos, y su carácter inagotable. La imparcialidad acrecienta las razones de la confianza y la estabilidad, no porque sean fines exclusivos, sino como exigencia de proporción entre las partes, una aspiración a la justicia que podría derivar, antes que de la congruencia y consecuencialidad con la orientación prevalente y la solución ideal abstracta, con un distanciamiento de la dirección seguida hasta el momento, con una variación —incluso radical— de ruta.

### *5. El pluralismo de las opciones*

No hay duda de que el derecho posee una dimensión sancionadora, esencial para su funcionamiento como también para su definición y comprensión. Sin embargo, no es menos esencial que también es una *razón para la acción* de aquellos que lo asumen como regla de comportamiento, tal y como ha destacado la teoría del derecho del siglo XX. El significado integral del derecho emerge cuando no se lo entiende dirigido, única o principalmente, a reprimir o desalentar comportamientos contrarios a las normas, sino también como finalizado a guiar las acciones humanas, sean éstas las de quienes actúan dentro de la legalidad en el ejercicio de cualquier función o poder, público o privado, sean las de quienes actúan dentro del derecho con la intención de observarlo (o transgredirlo: en este caso el derecho ejercería una motivación indirecta).<sup>672</sup> Esta finalidad directiva del derecho (directa e indirecta) supone otra característica: es compatible con un espectro muy amplio de acciones posibles. La indicación de esta o de aquella forma de coordina-

672 Como es sabido, este último aspecto agota el tipo de motivación que el derecho ejerce sobre los participantes al pacto social en el sistema kelseniano y la concepción utilitarista (*cfr. Kelsen, H., Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 16-21). Eso significa que el tipo de racionalidad exigida por el derecho de parte de los consociados es una racionalidad capaz de prever y calcular las consecuencias de las propias acciones (*cfr. Hart, H. L. A., The Concept of Law, cit.*, pp. 18-25).

ción de las acciones es, en la mayor parte de los casos, una opción entre otras, pero la opción, una vez elegida, resulta obligatoria.<sup>673</sup> La normatividad del derecho se manifiesta en individuar *una* entre las múltiples opciones jurídicamente posibles y uno entre los múltiples modos de hacer obligatoria una opción. Además del ámbito de lo que obviamente debe incluirse o excluirse, porque es necesario o contrario a los fines fundamentales del ordenamiento, hay mucho espacio para la determinación de las acciones. El pluralismo de las opciones indica la posibilidad de individuar múltiples caminos para la realización de los fines del derecho.

Algunos elementos —esenciales del contenido mínimo de derecho natural<sup>674</sup> o los indicados por las Constituciones— delimitan un marco general de posibilidades que no es ilimitado, pero que resulta, al mismo tiempo, inagotable a través de las determinaciones concretas.<sup>675</sup> Entre los parámetros de referencia se encuentran algunos relativos a los modos de operatividad del derecho, que marcan un umbral desde el punto de vista procedural:<sup>676</sup> la imparcialidad es uno de ellos.

673 Recordemos la teoría de la derivación del derecho positivo desde el derecho natural, según Tomás de Aquino. El problema en cuestión se refiere a la relación entre las leyes de una determinada sociedad y los principios de la ley natural. Según Tomás de Aquino, el derecho positivo puede derivar del derecho natural de dos maneras. Por un lado, de modo semejante a la derivación por deducción a partir de un principio general, como concreción positiva de un precepto de carácter general (así la norma que prohíbe el homicidio se concreta en preceptos que establecen el castigo de esa conducta y sus circunstancias atenuantes). Por otro lado, el derecho positivo puede derivar del derecho natural como una determinación de las directrices generales, a través de las cuales el legislador elige el modo específico de actuación de una regla (Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95, a. 2). La imparcialidad tiene que ver con las dos maneras. Donde es posible una opción, su determinación como resultado debe respetar diversas exigencias, entre ellas la de imparcialidad.

674 Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 189-195.

675 La “inagotabilidad” viene dada por el desfase entre la formulación del derecho y la realidad a la que éste refiere, entre el lenguaje y lo que éste expresa.

676 Cfr. la idea de derecho natural procedural de Lombardi Vallauri, L., “Diritto naturale”, *Jus*, 34, 1987, pp. 241-261.

En la selección de las opciones, la imparcialidad opera sobre muchos niveles. En primer lugar, actúa como criterio-límite de la admisión de candidaturas para resolver un problema de cooperación. Entre las posibles alternativas son admisibles las que, al menos, pretenden respetar la proporción entre las partes: una pretensión claramente parcial no vendría ni siquiera tomada en consideración.<sup>677</sup>

Puede objetarse una aparente incongruencia con cuanto se ha dicho a propósito de la deliberación democrática (que en la práctica jurídica corresponde al mecanismo de producción de las leyes). En el contexto político entrarían propuestas de todo tipo, incluso aquellas fundadas sobre intereses parciales pero el mecanismo de la deliberación sirve precisamente para excluir las que no pueden llegar a ser válidas para todos. Aquí, en cambio, se afirma que la imparcialidad de las propuestas es ya un criterio de admisión. Se trata del mismo problema mirado desde dos puntos de vista diferentes. En la perspectiva política se quiere destacar la participación de todos; en la perspectiva jurídica se busca la propuesta general y abstracta (ley) más adecuada.

En segundo lugar, la imparcialidad interviene también en la delimitación del ámbito de las opciones posibles para la realización de los fines del ordenamiento: sólo son admitidas aquellas opciones que no presentan incongruencias respecto a él, es decir, las que objetivamente realizan los fines del ordenamiento. La imparcialidad está presente también en la aplicación de la regla general en los casos concretos. En todos estos niveles la imparcialidad se infiltra entre las diversas posibilidades y actúa como criterio que permite excluir, al menos, algunas soluciones. El pluralismo es condición del derecho, entendido, en sentido amplio, como ámbito de lo posible; pero el ámbito de lo posible está determinado, a su vez, por la imparcialidad. Se trata, en definitiva, de un posible de carácter jurídico.

<sup>677</sup> En este sentido minimalista se ha dicho que el derecho aporta, en la perspectiva de los participantes en la práctica jurídica, una propuesta de ajustamiento, so pena de incurrir en contradicción performativa (*cfr.* Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, cit., pp. 34-39).

Mientras el pluralismo de las opciones en el ámbito ético —marcado por una exigencia de respeto recíproco—, lleva consigo un principio de disgregación que debe ser equilibrado por la exigencia de comunicación y de confrontación —no es, pues, indispensable llegar a una única solución—, el pluralismo de las opciones en el derecho pretende individuar entre las diversas posibles una de tipo obligatoria, porque su finalidad es posibilitar la coordinación. Con la ética el derecho comparte el pluralismo de principio en las posiciones. Con la moral —entendida como moral de la justificación— el derecho comparte la exigencia de identificar una solución válida, la tendencia a la justificación y la fundamentación con base en razones.

Las variables sobre las cuales se construye el pluralismo —como acontece en la moral y la ética— son de dos tipos: los sujetos y los bienes. En cuanto a los sujetos, la imparcialidad representa la exclusión de las preferencias respecto a los intereses en juego, que se concreta, a su vez, como prohibición de preferencia entre las personas, un significado históricamente reconocido.<sup>678</sup>

Mientras el significado de imparcialidad como prohibición de preferencia entre las personas pertenece clásicamente al derecho bajo la forma de prohibición de discriminación, el significado de imparcialidad que consiste en prohibir la preferencia entre bienes es una adquisición reciente, debida al desarrollo del contenido normativo de los ordenamientos. Su importancia se evidencia por la presencia en las Constituciones de valores plurales y contrapuestos.<sup>679</sup> La imparcialidad consiste en una regla de ponderación de principios, bienes y derechos, incluso cuando éstos parezcan antitéticos y se haga necesaria una ponderación. La imparcialidad re-

<sup>678</sup> Últimamente, Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>679</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, cit., pp. 13-17. Es ya una obviedad recordar que reglas y principios integran, bajo el mismo título, la estructura del derecho. Esto comporta incluir dentro del ámbito del derecho un estilo diverso de argumentación y de reflexión. Desde este punto de vista se acrecienta la semejanza entre el derecho, la razón práctica y/o la razón moral (*cfr. ibidem*, pp. 180-187).

sulta más necesaria en la medida en que se verifica un conflicto (como el caso en el que se contradicen el bien de la libertad y el de la seguridad, o el de la organicidad de las soluciones y el respeto a la diferencia). En este sentido, la imparcialidad se acerca a la integridad, porque se refiere a la imprescindible presencia de todos los valores contenidos en el ordenamiento. En todo caso, los bienes tutelados por el ordenamiento siempre han sido múltiples: la coexistencia de certeza, igualdad y justicia, apoya esta afirmación.<sup>680</sup>

La insistencia sobre el pluralismo de las opciones y los intereses, así como sobre los espacios de elección dentro del derecho, hacen temer a muchos un déficit del valor de la certeza en el derecho. Esta impresión se confirma porque la imparcialidad, como dijimos, es un criterio vinculado al valor de la justicia. En un modelo de derecho en el que la certeza y la legalidad (en sentido estricto) son los valores principales, se tiende a excluir la imparcialidad o bien a reducirla a la legalidad o al mandato de igualdad, o bien entendida como simple principio organizativo. No obstante, habría que demostrar que la desaparición de la imparcialidad conduce realmente al aumento de la certeza y de la legalidad, y no viceversa.

## 6. *Las circunstancias del ejercicio del poder*

En la experiencia jurídica contemporánea podemos constatar una tendencia a reconocer la pertinencia de la imparcialidad en el poder administrativo y jurisdiccional pero no en la legislación, con la excepción de la exigencia de igualdad. Esta idea deriva de una particular lectura del poder en general, de la teoría de la separación de poderes y de una cierta noción del Poder Legislativo. Todos estos datos conforman las coordenadas de una concepción de la imparcialidad como principio organizativo. El poder es imaginado como una fuerza o energía ciega que puede ser limitada sólo desde

<sup>680</sup> El problema está en si sólo los ordenamientos modernos están integrados por principios (entendidos como valores materiales, de contenido). Para una breve e interesante discusión, *cfr.* Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, cit., pp. 74-78.

el exterior, por algo homogéneo con él, es decir, por otro poder. La imparcialidad —como límite al poder de la jurisdicción y de la administración— consiste, tradicionalmente, en su subordinación al Legislativo,<sup>681</sup> que regula también el eventual espacio de discrecionalidad de aquellos dos.

El principal objetivo de la imparcialidad en la estructuración de las relaciones entre los poderes es eliminar las interferencias.<sup>682</sup> Un modo de asegurar la no interferencia consiste en disciplinar la jerarquización y las relaciones recíprocas. Así, la imparcialidad se concibe como relación de dependencia de la administración respecto al poder político e independencia del poder jurisdiccional respecto al Ejecutivo y dependencia respecto del Legislativo. La actividad del legislador, sin embargo, parece completamente “libre” de vínculos.

Pero se trata sólo de una lectura simplificada de las cosas, puesta en entredicho por diversos factores que han complicado también la tesis de la separación de poderes. Por un lado, la estructura de las Constituciones contemporáneas evidencia una posición distinta del legislador ordinario sobre su contenido. En efecto, el legislador resulta indudablemente vinculado por el marco constitucional.<sup>683</sup> Por otro lado, el concepto de imparcialidad evoluciona rápidamente. Pensemos en el ámbito administrativo, donde surgen instituciones caracterizadas por la independencia: órganos de garantía o *authorities*.<sup>684</sup> Las exigencias de justicia, en efecto, generan la

<sup>681</sup> Particularmente claro, en este sentido, es Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

<sup>682</sup> O también neutralizar los efectos negativos. Distingue entre separación y equilibrio de poderes Guastini, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Turín, Giapichelli, 2001, pp. 15-40.

<sup>683</sup> Cfr. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., caps. 9 y 10. Indudablemente, no es lo mismo hablar de vínculo (distinto de control) que hablar de *límites* al Poder Legislativo por parte de la Constitución. Para esta última posición, Guastini, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., 97-104.

<sup>684</sup> Cfr. Cassese, S. y Franchini, C. (ed.), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 1996. Sosteniendo que la imparcialidad es una característica de las autoridades independientes, se insiste, a menudo, en el hecho de que la política es independiente de los partidos y de los intereses de grupo (cfr.

hipótesis de que una autoridad independiente del poder político puede garantizar mejor la imparcialidad de la administración. Por otra parte, la compleja articulación del poder jurisdiccional en materia de control de constitucionalidad hace que este Poder incida sobre el Legislativo. No está, obviamente, a nuestro alcance esbozar una nueva teoría de la separación de poderes a la luz de estos cambios. Puede observarse, sin embargo, que determinadas concepciones de la imparcialidad antes consideradas irrenunciables, son ahora puestas en discusión. Esto permite discernir entre sus dimensiones las que no son tan relevantes como parecían y las que reflejan mejor el núcleo último de su significado. En el trasfondo puede verse la compleja cuestión de la naturaleza de la Constitución, el tipo de indicación que la Constitución da al legislador y a los otros poderes y la doctrina de la discrecionalidad.<sup>685</sup>

Nuestro interés es más modesto y puntual. Si la imparcialidad no coincide (o no sólo) con la jerarquización de los poderes, entonces se abre la posibilidad de elaborar una doctrina común de la imparcialidad en el ámbito jurídico. Esa doctrina única de la imparcialidad, más que distinguirse con relación al sujeto que ejerce el poder (legislador, administrador, juez), se refiere a todo el derecho y marca una caracterización del poder ejercido en sentido jurídico, aunque sus mecanismos y efectos actúen de modo diverso de acuerdo con las diversas funciones que los poderes desarrollan. Su corolario es la existencia de una modalidad de control del poder que no es sólo la oposición de otro poder, sino, por así decirlo, una moderación del poder a través de las razones.

La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, Bolonia, Il Mulino, 2000, en particular, pp. 15-66; también Merusi, F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 2000).

<sup>685</sup> “En la disputa sobre el abuso del Poder Legislativo se pueden colocar, de un lado, a quienes ven en la Constitución un sistema de fines cumplidos y autosuficientes y presentan la legislación como una actividad funcionalizada; del otro, a quienes niegan la posibilidad de reconstruir la Constitución como orden autotélico” (Scaccia, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 150). El problema, pues, es de fondo. A nosotros nos interesa, como dijimos, sólo en cuanto afecta a la imparcialidad.

Partamos del presupuesto de que, entre los diversos poderes, sólo el Legislativo no está obligado a “motivar” sus decisiones —las leyes—, y de que no se puede hablar en este ámbito de abuso de poder.<sup>686</sup> Este presupuesto concuerda bien con la exclusión de la imparcialidad-objetividad a propósito de la legislación, debido a su identificación total con la generalidad de la ley y con la idea de que la imparcialidad se reduce al límite externo del poder: para una asamblea democrática no habría límites externos. La explicación ofrecida para justificar esta disparidad del Legislativo respecto a los otros poderes radica en el déficit de legitimación democrática de los otros dos. Faltando un fundamento democrático para la jurisdicción y la administración, más allá de la legitimación indirecta derivada de la dependencia del legislador, ambos necesitan un *plus* de legitimación que se concreta en forma de *explicitación de las razones*, es decir, a través de la motivación.

Una acepción amplia y articulada del principio de imparcialidad y un particular desarrollo del Estado constitucional —connotado por el carácter normativo de las Constituciones—<sup>687</sup> hace problemática esa condición de excepción del legislador. Es cierto que la imparcialidad del legislador consiste en el precepto de la generalidad y la abstracción de la ley, ya que su actividad se dirige a la producción de reglas válidas para todos. Pero, ¿basta sólo esto?

Además de la igual consideración de todos los sujetos, la imparcialidad implica también respeto a la integridad de los valores del ordenamiento, entendiendo que su cometido consiste en elegir entre diversos modelos de actuación congruentes con las posibilidades normativas señaladas por la Constitución. Las indicaciones

<sup>686</sup> Cfr. Ventura, L., *Motivazione (degli atti costituzionali)*, cit. Véase D’Agostino, F., “Quando una legge è giusta?”, en *id.*, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 103-109. D’Agostino se remite al criterio platónico según el cual una ley es justa cuando está motivada y un signo de que hay motivos para una ley se manifiesta en que vaya precedida de un preámbulo.

<sup>687</sup> Fioravanti, M., *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995; Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999; también *id.*, “Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale”, *Ragion Pratica*, 18, 2002, pp. 169-200.

normativas —principalmente los derechos fundamentales— comportan la delimitación de un campo de acción, contemporáneamente cerrado y abierto: cerrado, porque no admite soluciones contrarias a éstos; abierto, porque acepta una multiplicidad de concreciones.<sup>688</sup> El legislador puede elegir entre diversas opciones, siempre respetando los derechos fundamentales y, en este sentido, la imparcialidad comporta una moderación de la libertad del legislador. Una moderación que no es necesariamente restrictiva sino que puede ser también directiva o “propulsora”: pensemos en la necesidad de regular los derechos para que sean exigibles, es decir, para hacer operativo su reconocimiento. En realidad, también el ejercicio del Poder Legislativo se presenta, bajo el mandato de la igualdad frente a los sujetos o bajo la actuación de los bienes del ordenamiento, como constitutivamente estructurado por el principio de imparcialidad.

Desde el punto de vista teórico, hay que responder a la pregunta sobre si la imparcialidad, en esta acepción amplia incluyente del legislador, está conectada de modo contingente con la peculiar estructura de los Estados constitucionales o si, por el contrario, tiene una validez general para la definición del derecho. Va de suyo que la idea de imparcialidad como moderación del poder está conectada con la evolución de la teoría y de la práctica de la separación de poderes. Por otra parte, es cierto que el vínculo entre imparcialidad y justicia favorece la hipótesis de que ésta sea una característica definitoria del derecho.

La dogmática tradicional se olvidó de la imparcialidad —redujo su importancia— como ya había hecho con la interpretación. Según sabemos, la doctrina tradicional asumió que la interpretación era una actividad de segundo orden, proclive a la arbitrariedad y a la incertezza. En consecuencia, no sólo el vínculo entre derecho e interpretación no fue visto como constitutivo de la experiencia ju-

<sup>688</sup> Insiste, en cambio, sobre el carácter libre de la legislación, Guastini, R., “«Diritti»”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1994*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 171.

rídica, sino que incluso la actividad interpretativa resultaba secundaria —además de peligrosa— a los ojos del único sujeto legítimamente para ejercer el poder: el legislador. Sólo el legislador estaba habilitado para interpretar de modo “auténtico” la ley (sustancialmente todo el derecho). A este legislador no se le pedían razones para justificar sus decisiones.<sup>689</sup>

La otra cara de la moneda en la doctrina clásica de la interpretación es la tesis de la excepción del legislador respecto a la disciplina de la imparcialidad. Ésta es el principio que permite limitar a cualquiera que desempeñe “poderes”. Si la exclusión de la interpretación tiene que ver con el ejercicio del poder, la imparcialidad, por su parte, insiste en la posición subordinada. Por ello, el legislador escapa a la disciplina de la imparcialidad como dependencia: él está libre de todo vínculo en la tarea de legislar. Cuando lo hace, estará obligado a ser imparcial en el sentido indicado por la generalidad y la abstracción de la ley, porque esa es la estructura “normal” de la ley, pero el poder supremo no asume la imparcialidad entendida como relación de dependencia jerárquica.

El proceso que ha otorgado a la interpretación un papel central dentro del fenómeno jurídico, se ha desarrollado paralelamente al surgimiento de la imparcialidad como parámetro interno de la decisión, parámetro que se refiere a la relación de equilibrio entre partes y a la objetividad de las razones. La imparcialidad ha ganado terreno y dignidad como regla o canon de las decisiones, en cuanto que garantiza la presencia de las razones en el derecho y la exigencia de una proporción entre las partes. Respecto a la administración pública, a la jurisdicción y a la actividad legislativa, el fin de la imparcialidad consiste en garantizar a cada ciudadano (imparcialidad como justicia) la razonabilidad de la acción (imparcialidad como objetividad). En definitiva, la imparcialidad comporta para el ciudadano la convicción de que su derecho o su inte-

<sup>689</sup> Sobre los presupuestos ideológicos de la idea de derecho en la edad de la codificación, *cfr.* Viola, F. y Urso, M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Turín, Giappichelli, 1989.

rés han sido adecuadamente considerados, junto a todos los demás, y que sólo tras una adecuada valoración se ha tomado una decisión de aceptación total o parcial (también puede que de rechazo) de su pretensión, de lo cual se le ofrecerán todas las razones.<sup>690</sup> La imparcialidad encarna, como ya señalamos,<sup>691</sup> una concepción específica de la justicia distributiva: no la distribución de cualquier bien particular, sino la atención e igual consideración de todos los intereses, pero con referencia a las razones y a la objetividad del juicio.

Considerar que la imparcialidad concreta una exigencia de justificación —es decir, la exigencia de exponer las razones del juicio, por un lado, y el respeto de la proporción entre las partes, por otro—, explica la extensión del principio de imparcialidad a cualquier poder, incluida la legislación, y permite pensar que el poder puede ser sometido a un *control heterogéneo* respecto al propio poder. La presencia de razones en la decisión comporta una referencia de algún modo “externa” al poder puro y simple: al ordenamiento en su conjunto, a las consecuencias jurídicas de la decisión, al impacto social que pueda tener.

El principio de imparcialidad en la experiencia jurídica mantiene constante esta estructura: se trata de un criterio o regla de la decisión a tomar con base en razones, en presencia de una pluralidad de sujetos y entre una multiplicidad de soluciones. Este esquema se aplica también a la imparcialidad en la administración pública y a la imparcialidad del juez. En estos dos casos lo que cambia es el marco de referencia que constituye el trasfondo del pluralismo de las opciones. La jurisdicción, por ejemplo, está predeterminada por la voluntad del legislador, cristalizada en la ley, pero no está del todo predefinida en sus detalles, como también la administración pública actúa dentro de márgenes no del todo definidos por la ley. En estos supuestos se habla de un espacio de *discrecionalidad*.

<sup>690</sup> En relación con la imparcialidad en la administración pública: Satta, F., *L'imparzialità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

<sup>691</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 163.

Además del deber de igualdad, la imparcialidad se prefigura como regla en la discrecionalidad, entendida, en general, como “power given to a person with authority to choose between two or more alternatives, when each of the alternatives is lawfull”.<sup>692</sup>

La importancia de la imparcialidad tiene su origen en el peligro real de que “todos” los órganos del Estado se desvén de la función a ellos encomendada:

right government does not tolerate an unregulated rule by rulers, but calls for rulers to be ruled by law, precisely because law is a dictate of *reason*, while what threatens to turn government into tyranny (rule in the interests of the rulers) is their humans *passions*, inclining them to attribute to themselves more of the good things, and fewer of the bad things, than is their fair share.<sup>693</sup>

Ciertamente, el deber de imparcialidad se intensifica donde existe una obligación de decidir y lo hace en relación proporcional a la intensidad de las limitaciones dentro de las cuales se debe decidir. Esto distingue a la administración pública y a la jurisdicción respecto de la legislación. Esta diferencia de grado —que no es cualitativa— explica por qué se asocia su pertinencia a los dos primeros ámbitos mientras que en el legislativo su aplicación resulta problemática. Si la imparcialidad tiene que ver con el “deber” de juzgar y decidir, cabe pensar que la imparcialidad es inversamente proporcional a la libertad de tomar una decisión.

Sin duda, desde una óptica histórica, la imparcialidad como criterio organizativo nace como una restricción al poder de decisión de un órgano determinado —la administración pública—, restricción que no afecta al ordenamiento ni al legislador.<sup>694</sup> Por eso hace falta probar que la necesidad de limitar el poder proviene de una exigencia de justicia y no sólo de razones de eficiencia o de organi-

<sup>692</sup> Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 7.

<sup>693</sup> Finnis, J., *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?*, cit., p. 2.

<sup>694</sup> Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 83, 78 y ss.

zación. De ahí que, en cuanto ligada a la justicia, la imparcialidad es la regla de todo poder jurídico y no sólo de un sector específico del poder. La imparcialidad —en su acepción amplia— confirma que el poder no está únicamente limitado por otro poder: también sus condiciones de ejercicio y sus propias reglas son límites del poder.<sup>695</sup>

Por la complejidad del discurso trataremos el problema de la imparcialidad sólo donde ha sido tradicionalmente reconocida y tematizada. En el caso del juez y de la administración pública, la imparcialidad ha sido, en parte, fijada explícitamente como criterio positivo, dirigido a controlar la actuación de estos órganos. Teniendo en cuenta el carácter derivado y la posterioridad cronológica del principio de imparcialidad en la administración pública, respecto a la imparcialidad en la jurisdicción,<sup>696</sup> partiremos de la primera, para completar posteriormente la reflexión sobre la segunda.

## II. IMPARCIALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El tema de la imparcialidad en la administración pública está particularmente entrelazado con la relación entre derecho y política, porque en el derecho administrativo el elemento político es más activo y las relaciones entre administración y poder político son muy estrechas, dada la concepción moderna de los poderes estatales.<sup>697</sup> A la administración pública se le aplica la acepción de imparcialidad construida sobre la relación entre los poderes, o sea, la

<sup>695</sup> Es interesante, a este propósito, la aproximación que Finnis realiza entre constitucionalismo, derecho natural y teoría del gobierno limitado. Se da una teoría del gobierno limitado donde éste está sometido al derecho natural y a un derecho positivo, más concretamente, al derecho constitucional, además de a las normas morales y al bien común (Finnis, J., *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?*, cit., pp. 1-26).

<sup>696</sup> Cfr. Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, Padua, Cedam, 1965.

<sup>697</sup> Cfr. Modugno, F., “Poteri (divisione dei)”, voz en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1957, vol. XIII, pp. 472-489.

idea de que la imparcialidad no es tanto un principio que regula las relaciones *entre el poder y los destinatarios* de su ejercicio —el principio que tutela un derecho subjetivo a la imparcialidad—, sino un principio que regula las relaciones del *poder* —el administrativo en este caso— *frente a los otros poderes*; esto es, la dependencia del poder administrativo respecto a la ley y al Poder Ejecutivo (de dirección política).

Incluso dentro de este contexto de relaciones entre los poderes, podemos individuar diversos conceptos de poder administrativo y diversos conceptos correlativos de imparcialidad. A partir de aquí, deberemos preguntarnos qué relaciones tienen estos conceptos de imparcialidad con el apuntado “derecho a la imparcialidad” como derecho subjetivo, que remite a una exigencia de justicia en relación con los sujetos. Teniendo en cuenta que la única fuerza que realmente contrarresta al poder administrativo ha sido la consolidación progresiva de la praxis de los derechos humanos,<sup>698</sup> y también que el derecho a la imparcialidad se está afirmando como derecho subjetivo, quizá haría falta recuperar la conexión entre las diversas acepciones del concepto. La imparcialidad no sólo responde a la lógica del “poder limitado por el poder”, sino también a la existencia de razones para la limitación del poder<sup>699</sup> y a la aspiración de que el poder sea justo.

Antes de afrontar la reflexión sobre la imparcialidad administrativa debemos recordar que sobre el poder administrativo la tradición continental y la anglosajona presentan muchas diferencias y son parcialmente divergentes. No obstante, la administración ha conquistado en ambos sistemas un espacio institucional muy importante. El Estado moderno, el de la tradición anglosajona y continental, se ha caracterizado por el despotismo administrativo, y la historia del derecho administrativo no es otra que el intento de li-

698 Sobre este tema, *cfr.* Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, pp. 32-39.

699 En el sentido de que el derecho es una razón para el reconocimiento de un límite por parte de un tercero o para el perfeccionamiento de una obligación (*cfr.* MacCormick, N., *Legal Rights and Social Democracy*, *cit.*).

mitarlo. La contracción de la esfera pública<sup>700</sup> y la reducción de las prestaciones por parte de la administración no han servido para restringir su presencia, que evoluciona hacia nuevos cometidos reguladores de garantía y control.<sup>701</sup> La “especialidad”, que había constituido la defensa de la autonomía de la administración en tierras continentales,<sup>702</sup> defensa que suponía un privilegio, se configura ahora como instrumento de tutela de la imparcialidad.

El presente está delineando una lógica diversa de la tradicional, fundada sobre la especialidad. Renunciando a los privilegios de una estatalidad ya trasnochada, sobre un camino de garantía se redescubre la especialidad, nueva, de un derecho administrativo ya participe de los valores del derecho común y de la unidad del ordenamiento, abierto a la circularidad entre lo público y lo privado de las cláusulas generales de buena fe, confianza y *standards* de diligencia.<sup>703</sup>

### 1. Modelos de imparcialidad administrativa

Podemos individuar diversos modelos de administración, extrayéndolos de la sociología jurídica y política. Cada uno de ellos destaca un aspecto del problema de la imparcialidad en la administración pública. No es nuestra intención realizar aquí una historia, ni siquiera en líneas generales, del poder administrativo, sino comprender la relación entre administración e imparcialidad, que también depende de la idea de poder administrativo.

<sup>700</sup> Mazzamuto, M., *La riduzione della sfera pubblica*, Turín, Giappichelli, 2000.

<sup>701</sup> Cf. Harlow, C. y Rawlings, R., *Law and Administration*, Londres, Butterworth, 1997, y el volumen ya citado de La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato regolatore*.

<sup>702</sup> Es conocida la oposición a la especialidad como eje del derecho administrativo en la doctrina francesa, por parte de Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 1959.

<sup>703</sup> Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 527. Habría que estudiar detenidamente la transformación de la administración del Estado liberal de derecho, a través de la democracia legislativa y el Estado social.

En una primera aproximación, la imparcialidad de la administración pública se dirige a limitar la parcialidad típicamente política y, por tanto, cumple la función de asegurar la supremacía (de la imparcialidad) del derecho, sobre la (parcialidad de la) política. Esta superioridad del derecho sobre la política depende de una cierta neutralización del elemento político, o también de una particular forma de presencia de la política en la administración pública.

La imparcialidad de la administración ha experimentado una profunda evolución desde sus orígenes liberales hasta los modernos Estados constitucionales.<sup>704</sup> En sus orígenes, la administración pública se ha concebido como una “parte” —una parte *sui generis*—, contrapuesta al legislador y al juez, pero también contrapuesta a los particulares. Ella es, sin embargo, una “parte justa” en el sentido de que está dirigida a la tutela de los derechos de los ciudadanos.<sup>705</sup> Ciertamente, en una administración entendida como *parte justa* no hay lugar, en principio, para la imparcialidad. De ahí que la definición paradójica del poder administrativo como “parte imparcial”,<sup>706</sup> o como parte justa, reclama del poder administrativo “al menos, en última instancia, la orientación a perseguir el propio interés, por supuesto dentro del Estado de derecho, y a perseguirlo con plena objetividad, pero siempre con una intención absorbente y unilateral que no admite el desinterés implícito en la noción de imparcialidad”.<sup>707</sup> En definitiva, la persecución de un interés propio por cuenta de una “parte” —en principio, estructuralmente unilateral y parcial, incluso cuando su objeto es la garantía de los derechos— parecería excluir la imparcialidad. Sin embargo, la imparcialidad en su origen expresa una clara referencia a la exi-

<sup>704</sup> Véase el primer capítulo de Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., y el volumen, ya citado, de Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*.

<sup>705</sup> La idea de administración como “parte justa”, porque se dirige a la tutela de los derechos, es de Wade, H. W. R.. *Amministrative Law*, cit., pp. 4 y 5.

<sup>706</sup> La expresión “parte imparcial” fue introducida por Cornelutti a propósito del Ministerio Público (*cfr.* Cornelutti, F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, Edizione dell’Ateneo, 1947, vol. I, p. 55 y vol. II, pp. 183-185).

<sup>707</sup> Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 18.

gencia de justicia que consiste, precisamente, en la tutela de los derechos de los individuos.

La exigencia liberal de no interferencia respecto al interés privado identificaba en la presunta ausencia de intereses la característica principal del poder público. Se trataría, pues, de un poder neutral e impersonal por excelencia.<sup>708</sup> En el contexto liberal no se pretende conseguir la justicia y la imparcialidad *de la* administración, sino que se tiende a buscarla, sobre todo, desde el exterior: se busca la justicia y el control *sobre la* administración,<sup>709</sup> aunque no se excluye, por supuesto, la idea de justicia en la administración. Pero en la concepción liberal, la imparcialidad coincide con la neutralidad: se da en el Estado y cuando el Estado no tiene intereses propios.

Un segundo modelo de poder administrativo, con su correlativo concepto de imparcialidad, está ligado también a la neutralidad, pero esta vez entendida como objetividad.<sup>710</sup> Puesto que el derecho es un conjunto de reglas abstractas, compete a la jurisdicción aplicar estas reglas al caso particular, mientras que a la administración compete el cuidado racional —objetivo— de los intereses prescritos por el ordenamiento, con las limitaciones impuestas por las normas jurídicas.<sup>711</sup> El poder administrativo es ejercido por funcionarios, ordenados según el principio jerárquico, con competencias concretas y con una calificación profesional especializada.<sup>712</sup> El funcionario está por encima de los partidos, fuera de la lucha por adquirir un poder propio. La lucha por la conquista del poder y la responsabilidad personal de la propia causa constituyen el ele-

<sup>708</sup> Cfr. Barberis, M., “Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001, pp. 83-109.

<sup>709</sup> Desde un punto de vista crítico, Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., p. 84. La posición criticada es, por ejemplo, la de Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, Jovene, 1989, p. 4.

<sup>710</sup> La mejor descripción del poder administrativo y de sus atribuciones ha sido trazada por Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, cit., vol. I, pp. 239-252.

<sup>711</sup> *Idem*.

<sup>712</sup> *Ibidem*, vol. IV, pp. 67-112.

mento vital del político y del empresario.<sup>713</sup> “Imparcialidad” significa aquí neutralidad, pero una neutralidad que deriva de la especialización, de la profesionalidad, de la competencia: una objetividad que deriva de la racionalidad de lo “público”.<sup>714</sup> Este tipo de neutralidad no es “desinteresada” puesto que el funcionario se propone la consecución de un cierto interés: el prescrito por el ordenamiento jurídico. La imparcialidad es, entonces, sometimiento al ordenamiento jurídico y constituye una *obligación profesional* (deber de oficio) por parte del funcionario.<sup>715</sup> En este segundo modelo, la administración pública, aunque ya no actúe como una “parte” no se caracteriza por la ausencia de intereses, sino por la negación de un interés *propio* y la asunción de los intereses establecidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la administración se caracteriza por el “principio específicamente moderno y «rigurosamente objetivo» de la «razón de Estado»”.<sup>716</sup> La imparcialidad consiste, pues, en la asunción como propios de los intereses colectivos.

La idea de que la imparcialidad coincide con la objetividad y con la neutralidad al perseguir los intereses generales puede, a su vez, entenderse de diversas maneras. Una primera manera deriva de la conexión entre ordenamiento jurídico y poder político o, mejor dicho, entre ordenamiento y poder democrático. Imparcialidad y dirección política son dos principios convergentes y no contra-

<sup>713</sup> *Idem*.

<sup>714</sup> La administración, según Weber, debe entenderse como una máquina técnica y burocrática (*ibidem*, vol. IV, p. 89).

<sup>715</sup> En esta idea se inspira L. Morell. No creo, sin embargo, que se pueda sostener que la objetividad y la imparcialidad sean “exigencias jurídicas diferentes” y que se puedan predicar de dos sujetos distintos: la objetividad respecto de la Administración y la imparcialidad respecto del funcionario (*cfr.* Morell Ocaña, L., “Dirección de la administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, 156, 2001, pp. 23-58; *id.*, “La objetividad de la administración pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 111, 2001, pp. 347-372).

<sup>716</sup> *Cfr.* Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, *cit.*, vol. IV, p. 91.

puestos a la luz del proceso de democratización. La imparcialidad consiste, entonces, en la fidelidad a la dirección política, elaborada por los órganos competentes y democráticamente legitimados.<sup>717</sup> Esta concepción subraya bien el carácter histórico del concepto de imparcialidad, que nace como una exigencia de limitación del poder decisorio de la administración. No obstante, este concepto de imparcialidad es excesivamente restringido y no da razón de todas las acepciones de imparcialidad.<sup>718</sup> Ciertamente, la imparcialidad no se produce por una exclusiva subordinación formal al ordenamiento jurídico (en el sentido de respeto a la legalidad formal), sino por la sumisión del poder administrativo al Poder Ejecutivo (de dirección política). En esta línea,

imparcialidad quiere decir exigencia de ponderar todos los intereses concretos, afectados directamente por la acción administrativa, legislativamente protegidos, presentes en una situación determinada y de adoptar las decisiones consecuentes con base en los criterios previstos por las leyes —en su caso, a criterios unitarios—, o sea conforme a las direcciones generales adoptadas por los órganos competentes dentro del sistema democrático.<sup>719</sup>

La imparcialidad de la administración y de la dirección política (legitimada democráticamente) no son dos principios contrapues-

<sup>717</sup> Como es sabido, los efectos del principio democrático sobre la administración han destacado el papel del ciudadano en la administración: pensemos en el principio de transparencia de los actos públicos, en el principio de participación en los procedimientos o en el principio de publicidad. *Cfr.* Meloncelli, A., “Pubblicità (diritto pubblico)”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, 1988, vol. XXXVII, pp. 1027-1040; Sandulli, M. A., “Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, 2000, IV, pp. 1-22. Sobre la relación entre principio democrático y administración pública, *cfr.* Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, *cit.*; Levi, F., “Partecipazione e procedimento”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1977, pp. 1635 y ss.; Giglionni, F. y Lariccia, S., “Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, 2000, IV, pp. 943-979.

<sup>718</sup> *Cfr.* Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 77.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 5.

tos, sino que la primera depende de la segunda. La imparcialidad de la administración pública consiste en seguir las directrices del poder político. La superioridad de esta concepción provendría de la posibilidad de extender a la administración pública una verdadera y propia legitimación democrática, conectándola con la del poder político. Frente a la problemática de la imparcialidad derivada de ser una “parte justa” y a la presunta imparcialidad “aséptica” de la máquina burocrática, anteriormente planteadas, este modelo la conecta con la legitimación —con la única legitimación posible— cuando se trata de un poder entre individuos iguales y libres: la legitimación democrática. En todo caso, este modo de plantear el problema de la imparcialidad sigue todavía centrado sobre la génesis del poder (y su legitimación), por ello sólo indirectamente le interesan los efectos del poder sobre sus destinatarios.

En todo caso, abandonada la ilusión de una neutralidad del Estado y aceptada la conclusión de que el poder sólo se legitima democráticamente, la fidelidad a la dirección política —que es común a los tres modelos precedentes—, queda expuesta a objeciones intuitivas a la hora de definir la imparcialidad. La más obvia se refiere a su relación con las minorías. La dirección política (Poder Ejecutivo) es, en efecto, expresión de la mayoría de los componentes de la comunidad política mientras que la imparcialidad aparece como un principio que tutela a cada componente de la comunidad política, incluidas las minorías.<sup>720</sup>

En una comunidad política, el consenso general no se basa en la dirección política sino en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En consecuencia, la imparcialidad vendría a ser una fidelidad no ya a la dirección política sino al ordenamiento jurídico, punto de referencia más adecuado para una administración abierta al ámbito constitucional de los valores (y a la tutela de las minorías). Se introduce aquí un nuevo matiz en el concepto de imparcialidad. La subordinación de la administración pública al ordenamiento jurídico en su conjunto comporta que parcialidad e imparcialidad es-

<sup>720</sup> Lo señala, concretamente, Cerri, A., *ult. op. cit.*, p. 120.

tén conectadas, como la parte al todo, con referencia a los valores contenidos en el ordenamiento. La imparcialidad consiste, pues, en la consideración de *todos* los valores del ordenamiento, aunque sea solamente uno el que está implicado. Además de la prohibición de replegarse sobre sus propios intereses, que se concreta negativamente en la ajenidad del poder respecto a esos intereses, la imparcialidad comporta positivamente una armonización de fines, una visión global del contenido valorativo de la Constitución. En el caso de la administración pública, a este pleno significado de la imparcialidad “sólo se llega si la estructura se integra con los valores materiales a los que ella da consistencia”.<sup>721</sup>

La idea de que el significado pleno de la imparcialidad coincide con la adhesión a los valores constitucionales no excluye que la consecución de los intereses generales se busque a través de la fuerza directiva impresa en ella por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, la fuerza directiva de la política se coloca en un marco de fines comunes, que son los valores del ordenamiento, y que marcan estructuralmente el interés general. Así se comprende auténticamente la exigencia de que la administración persiga con objetividad el interés general. El requisito de objetividad responde a la exigencia de corrección cuando ese poder actúa, en el sentido de adhesión a las exigencias presentes en la comunidad política: ya sea a través de la proporcionalidad en la consideración de los intereses de todas y cada una de las partes, ya sea en la consideración de todos los valores.

Las diversas modalidades del principio de imparcialidad en la administración pública sólo pueden explicarse por la tensión entre dos planteamientos: considerar que el principio de imparcialidad consiste en un principio de organización, o considerar que consiste en un principio de justicia, que exige el igual tratamiento de los individuos. Esta tensión, sin embargo, es la que va permitiendo aqualatar progresivamente la concepción “organizativa”, buscando mejores respuestas al principio de justicia.

<sup>721</sup> Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 68.

Del examen comparativo de los modelos emergen dos cuestiones problemáticas de la imparcialidad en la administración pública. Una es la naturaleza del interés de la administración pública, que no puede ser un interés propio, en el sentido de unilateral. Su objetivo es perseguir —o sea, asumir— la realización del interés señalado por el ordenamiento, o también el interés legitimado democráticamente (la dirección política consolidada mediante la regla de la mayoría), es decir, el interés general. El otro problema afecta a la naturaleza de la indicación que el ordenamiento jurídico proyecta sobre el poder.

## 2. *Interés general y bien común*

La maduración de la imparcialidad como característica principal de la administración pública en la época liberal ha pasado por la consolidación de la categoría del *interés general*, cuya consecución constituye su finalidad primaria.

El interés general es, por principio, contrapuesto al interés particular, aunque esto dice poco sobre su contenido. En su origen, el interés general coincide con la ley. Ésta, en efecto, constituye el interés general en la medida en que es expresión de la voluntad general. De Rousseau deriva la identificación entre interés general e interés común, más concretamente, entre voluntad general e interés común. La distinción entre interés general y particular no es cuantitativa porque, en general, no coincide con la suma de los intereses individuales. La razón de la distinción cualitativa entre uno y otro consiste en el carácter *racional* del interés general.<sup>722</sup>

La progresiva difusión de los ideales democráticos ha revalorizado la identificación entre interés general y voluntad popular, a partir de la lectura democrática de la voluntad general. No obstante, el principio de imparcialidad, aunque orgánicamente conectado

<sup>722</sup> Cfr. Rousseau, J. J., *El contrato social*, cit., pp. 92-106. Como es sabido, el tipo de racionalidad del interés general es algo extraña. El interés general se convertiría en racional después de haber sido elegido y no antes. Se trata de una racionalidad *ex post*.

al principio democrático, no se identifica con él: existe una conexión entre los dos, pero hay diferencias que, al menos históricamente, son evidentes, ya que también se puede hablar de imparcialidad en ausencia de democracia. Recordemos que ni el principio democrático ni el principio de imparcialidad pueden ser simplemente reconducidos a la realización de una voluntad política legitimada por la mayoría. Porque ambos incluyen, obviamente, el principio de tutela de las minorías.

Clarificar la noción de interés general es una tarea difícil. En una primera aproximación, puede identificarse interés general con “interés público”, que es uno de los cánones de la imparcialidad en la administración pública, como criterio de racionalización de las decisiones. No obstante, el interés público está, por definición, indeterminado. En algún caso, puede identificarse con la *ratio legis*, en algún otro, con el interés de la comunidad en un momento dado. En ambos, las respuestas son insuficientes: en el primer caso, el interés público (y el principio de imparcialidad) se identifican con el principio de legalidad; en el segundo caso, se repropone la primera dificultad señalada a propósito del principio democrático y de las minorías. En cualquier caso, lo que se busca con el interés general es un criterio de algún modo objetivo.<sup>723</sup>

El interés general o público debe distinguirse de los intereses “colectivos” y “difusos”. Por interés colectivo se entiende el interés de una colectividad más o menos determinada, que puede no coincidir con la comunidad política en cuanto tal. El interés difuso se capta por la pertenencia del individuo al grupo; el interés colectivo difiere de éste porque se refiere a un grupo organizado cuyo ordenamiento les reconoce una relevancia. Ambos, el difuso y el colectivo, son intereses correspondientes a situaciones jurídicas de pluralidad de sujetos, más o menos determinadas o determinables, que tienen por objeto bienes no susceptibles de

<sup>723</sup> La Constitución española, en su artículo 103, indica como fin de la administración pública, servir “con objetividad los intereses generales”. Aquí se puede discernir la presencia del principio de imparcialidad en la administración.

apropiación o de disfrute exclusivos. Pensemos en los intereses del medio ambiente, en el ámbito urbanístico o en la salud. Pueden referirse a colectividades más o menos amplias, pero no coinciden con el interés general o con el interés público.<sup>724</sup> Se aproximan al interés general por el carácter común del bien y de la exigencia de la que es objeto. Es la naturaleza del bien la que implica su difusividad.

No es correcto identificar el interés público con los intereses protegidos.<sup>725</sup> Éstos cubren todas las situaciones jurídicas subjetivas que tienen como substrato extrajurídico un interés cuya consecución determina la realización del interés mismo. Se dice “protegido” porque el ordenamiento lo protege y garantiza. Hay exigencias de interés público que pueden chocar con intereses protegidos y, respecto a los cuales, se puede crear un conflicto que debe resolverse acudiendo a la ponderación. Muchos intereses propios de la administración forman parte de este modelo. El interés de libre residencia (interés protegido como derecho subjetivo), por ejemplo, puede chocar con la necesidad de modificar o transferir esa residencia por exigencias de una obra pública o por motivos de interés *común*. Por tanto, el interés protegido es distingible del interés común. Los intereses particulares, colectivos, difundidos y protegidos son, de algún modo, parte del interés público y general, que no es “distinto” respecto a ellos, como veremos a continuación.

El interés común está en relación con el interés de todos. Metodológicamente, puede responder al resultado de la decisión de la mayoría pero no es ésta la que determina su condición de interés común. Lo relevante para su individuación es que se trate de un

<sup>724</sup> Cfr. Trocker, N., “Interessi collettivi e diffusi”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XVII. El autor señala, muy acertadamente, el gran relieve político-institucional del aflorar de los intereses colectivos y difusos, no sólo porque se destacan bienes inéditos para la vida social, sino porque se destapan tensiones que no se encuadraban dentro de la perspectiva clásica (liberal) de las relaciones entre el individuo y el Estado.

<sup>725</sup> Cfr. Scoca, F. G., “Interessi protetti (dir. amm.)”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XVII.

bien para todos, donde “todos” no admite exclusiones, y su sentido es que difunde su efecto benéfico sobre todos.<sup>726</sup>

En cuanto tendencia hacia un bien de todos, el interés general es un *bien común*. En sentido amplio, bien común significa bien participable por todos los que constituyen la comunidad en la que el bien es susceptible de participación. No se refiere al bien *de hecho* participado por todos, sino al que es susceptible de serlo: se trata, pues, de un concepto normativo. En este sentido, el interés (o el bien) común implica una relación con las exigencias de justicia, porque incluye la necesidad de hacer efectiva la posibilidad de participación, pero va más allá: hasta la consideración de una relación de proporcionalidad entre los sujetos.

Un primer modo de conectar imparcialidad y bien común proviene de considerar la imparcialidad como una exigencia de justicia, que implica que el bien común sea justo —esto es, algo *fruible* por todos— y que exista una proporcionalidad en la participación. La tensión hacia la participación en el bien incluye una exigencia de imparcialidad: el bien de la mayoría, sin el concurso de todos, no es el bien común (o no lo es todavía). La exigencia de imparcialidad añade a la justicia del “dar a cada uno lo suyo” la consideración de la proporcionalidad de las partes entre sí.

La idea de que toda comunidad mira hacia un bien común exige individuar algo determinado y definido: en el caso de la comunidad política, el bienestar material, la paz o la tutela de los derechos. El bien común no se agota completamente en bienes o valores concretos. En efecto, la tentación de “entificar” este bien —darle forma y autonomía respecto a los fines y objetivos de los miembros— ha sido siempre muy fuerte. Sin embargo, la entificación resulta problemática e incompleta, ya que el bien común incluye una tensión hacia una distribución proporcional, y la idea de distribución proporcional o imparcial sólo puede estar, dinámicamente, en rela-

726 La idea del principio de diferencia, muchas veces citado, expresa bien esta exigencia. Un recurso, un bien, una oportunidad, podrían beneficiar a algún individuo en particular, pero difunden sus efectos benéficos sobre todos (*cfr.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 59-73).

ción con la situación concreta de los individuos. Por otra parte, si el bien común fuera identificable, por ejemplo, respecto a la tutela de los derechos, sería lícito perseguir ese fin por cualquier medio. Sin embargo, el bien común (desde el punto de vista del ordenamiento jurídico) incluye una referencia específica a la modalidad de persecución de los bienes, a las condiciones “procedimentales” de la obtención de ese bien. De este modo, imparcialidad y bien común están estructuralmente conectados y, precisamente, el acercamiento entre ambos inmuniza al bien común frente a su eventual cosificación. El bien común, pues, no sólo debe ser un beneficio para todos en modo equitativo y proporcional sino que, incluso los modos de conseguirlo, deben ser justos.

No hay razón para pensar que el ciudadano deba asumir como propio un objetivo común, ni que el bien común pueda existir de manera alternativa y contemporánea a los bienes individuales. El bien común puede definirse como “un conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad alcanzar autónomamente objetivos racionales, o realizar razonablemente el valor (o valores) para los cuales han decidido colaborar”.<sup>727</sup> El carácter instrumental del bien común pone en evidencia la existencia de otro bien, al cual está ordenado. El bien común representa la otra cara de la moneda de la protección de los derechos humanos y esa protección constituye una parte, muy relevante, del bien común. Sustancialmente, son “un modo de esbozar *los contornos del bien común*, los diversos aspectos del bienestar del individuo y de la comunidad”.<sup>728</sup> Pero los contornos no son el contenido. El contenido es la colaboración entre los sujetos.<sup>729</sup>

727 Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 155.

728 *Ibidem*, p. 214.

729 La idea de colaboración o de coordinación jurídica es distinta de la coordinación política. En la primera lo prevalente es la dimensión normativa; en la segunda, lo prevalente es la dimensión teleológica. Para explicar este concepto, Irti utiliza un ejemplo ilustrativo: la intención común de los contratantes en el más sencillo de los contratos de compraventa no significa una idéntica intención de las partes (uno quiere recibir el precio, el otro desea adquirir el produc-

La tentación de individuar el bien común sobre la base de un criterio cuantitativo no es tan absurda. Sobre todo, porque la posición opuesta, que consiste en reivindicar para el bien común una diferencia cualitativa respecto al bien particular,<sup>730</sup> está llena de dificultades. ¿Cómo individuar un bien común cualitativamente diverso del bien particular? Ahí es donde juega un papel decisivo la imparcialidad. Para quien identifica bien común con la suma de bienes particulares, el bien común coincide con el mayor bien para el mayor número. Esta lectura se puede aceptar como propuesta metodológica: una de las estrategias principales para la determinación de lo que beneficia a todos es el criterio de la mayor cantidad de sujetos beneficiados. El hecho es que sólo es bien común aquello en lo que también es relevante el respeto de cada uno y la proporcionalidad de las posiciones; en última instancia, estamos ante las exigencias de la imparcialidad como justicia.<sup>731</sup>

Volviendo a la administración, la idea de interés general relevante para la administración pública no coincide con la idea abstracta de bien común, sino que se refiere concretamente e “inmediatamente al objeto de una exigencia de la comunidad general”.<sup>732</sup> La justicia de la administración consiste en realizar el máximo posible de bien para todos los sujetos, singular o colectivamente afectados por la acción administrativa, según la posición de cada uno con relación al fin general que aspira la administración, pero también con relación a las formulaciones concretas de ese bien común.

No es necesario, por otra parte, olvidar que la característica principal de la administración es la ejecutividad en sentido objetivo, o sea, el conjunto de instrumentos utilizados para administrar,

to). Es el significado de la acción lo que es común (*cfr.* Irti, N., *Testo e contesto*, Padua, Cedam, 1996, p. 26).

<sup>730</sup> Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, a. 7 ad 2; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1194 b 7-10; también en la *Política*, cit., I, 1, 1252 a 1-4 y III, 8, 1284 b 6; también S. Agustín, *Confesiones*, lib. III, cap. 8; *id.*, *La ciudad de Dios*, lib. XIX, cap. 13.

<sup>731</sup> *Cfr.* Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 28.

<sup>732</sup> *Ibidem*, p. 94.

y que, por tanto, su función es perseguir el bien común en situaciones concretas. Un discurso demasiado abstracto tendría el riesgo de ser paralizante. Aquí radica una de las objeciones posibles a la idea de imparcialidad hasta ahora planteada. La necesidad de consideración de los valores y la necesidad de perseguir el bien de todos (y no el particular de algunos), parece incompatible con la consecución de un interés concreto en un momento dado. Sin embargo, habitualmente es éste —la persecución de intereses contextualizados— el camino para la realización del bien común y por ello la única vía posible para poner en marcha el derecho. Esta exigencia de ejecutividad está en la base de la discrecionalidad de la administración pública. El principio de imparcialidad, en clave dinámica, debe garantizar que las exigencias mínimas del bien común —la proporcionalidad de las partes en su conjunto— sean respetadas.

### *3. Discrecionalidad e interés general*

La imparcialidad constituye un canon de valoración y de decisión. Hay valoraciones relativas a casos singulares y generales, y en eso es posible encontrar una diferencia entre la imparcialidad del legislador, por un lado, y la imparcialidad de la administración pública (y posiblemente del juez), por otro. La actividad del legislador atañe principalmente a la formulación de reglas de alcance general —que requieren un juicio imparcial entre las múltiples opciones posibles—, mientras la jurisdicción y la administración pública miran al caso concreto,<sup>733</sup> no en el sentido de contrapuesto al caso general, sino en el sentido de un caso connotado por las circunstancias. De aquí, el carácter “individualizante” de las decisiones de la jurisdicción y la administración.<sup>734</sup>

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>734</sup> Procedimiento y sentencia son semejantes ya que ambos están destinados a ajustar la ley general y abstracta con el caso concreto. En este sentido, *cfr.* Manorni, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 469 y 470.

Desde sus orígenes la administración, aunque determinada en sus objetivos, se ha caracterizado por una cierta libertad de acción, una esfera dejada a la libre apreciación del órgano decisario: lo que puede denominarse espacio de *discrecionalidad*. Como categoría dogmática, la discrecionalidad lleva hoy, además, el signo de sus raíces ideológicas. En el origen del poder administrativo se encuentra una interpretación rígida de la separación de poderes, cuyas consecuencias para la administración maduraron en la especialización de sus competencias y en la exigencia de ejecutividad. Es en ese contexto donde se afirman las razones del llamado “acto administrativo puro” y la exención del acto administrativo frente a eventuales controles jurisdiccionales. La neutralidad de la administración y la separación de poderes estarían “amenazadas” por la función jurisdiccional, debido al hecho de que “juzgar a la administración es ya administrar”.

De acto libre, la acción de la administración pasa a ser acto discrecional y, por tanto, en acto de un poder limitado,<sup>735</sup> ya que la previsión y la reglamentación de la discrecionalidad son ya modos de poner límites. Sin embargo, aún hoy el poder administrativo alimenta la impresión de arbitrariedad; impresión corroborada por la persistencia —también en un clima completamente cambiado desde el punto de vista de la cultura política— por algunos indicios de la exención jurisdiccional de la administración. Ambiguamente, por ejemplo, en la praxis jurídica persiste la ajenidad de la administración frente a los derechos,<sup>736</sup> así como la práctica de someter su actuación a un control jurisdiccional mínimo, referido a la veri-

735 Sobre esta evolución, cf. Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 27-78.

736 Es muy significativa, a este propósito la distinción entre el juez de instrucción y el juez ejecutivo, en el ámbito de la justicia administrativa italiana. Entre muchos, ha señalado las incongruencias del sistema actual (que se remonta a 1865) de reparto de competencias entre jueces ordinarios y jueces administrativos, Merusi, F., “L’‘ingiustizia’ amministrativa in Italia”, en Merusi, F. y Sanvit, G., *L’‘ingiustizia’ amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bolonia, Il Mulino, 1986, pp. 24 y ss.

ficación de hechos regulados y al eventual abuso de poder. La justificación más acreditada de esta exención es que los actos administrativos requieren valoraciones de carácter técnico.<sup>737</sup>

La evolución del constitucionalismo deja obsoleta la categorización tradicional de la discrecionalidad, aunque elementos del antiguo modelo y del nuevo conviven aún en un sincretismo difícil de sostener.<sup>738</sup> El nuevo constitucionalismo —cuya novedad hemos sintetizado en la proyección de su contenido normativo sobre todo el ordenamiento— hace presagiar la necesidad de reconstruir la categoría de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Constitución.<sup>739</sup> Desde las ideas ilustradas hasta ahora, un punto de referencia ha sido la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos —interdicción explícitamente reconocida algunas veces—,<sup>740</sup> deducible también a través de la obligación de motivación y del control de razonabilidad. Junto a esto, la especificidad de la administración implica que sólo una presun-

<sup>737</sup> Remitimos al estudio de De Petris, D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua, Cedam, 1995.

<sup>738</sup> Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, cit., pp. 78-84. El autor afronta el tema a partir del examen de la jurisprudencia española.

<sup>739</sup> La conexión entre la idea de Constitución y la doctrina de la discrecionalidad se remonta a C. Mortati (para la idea de Constitución, cfr. Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 56 y ss.; para la idea de discrecionalidad, cfr. id., “Note sul potere discrezionale”, ahora en *Raccolta di scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale e repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 997 y ss.; id., “Discrezionalità”, voz en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1960, vol. V, pp. 1098-1109).

Sobre la naturaleza de la *impronta* de la Constitución sobre los poderes se ha desarrollado el debate italiano de los años setenta relativo a la imparcialidad en el ámbito administrativo. Para algunos, la Constitución tiene un alcance *limitativo* respecto de la dirección política; para otros, en cambio, tiene un carácter *prescriptivo* con relación a los fines que deben perseguirse, dentro del marco delineado por la propia Constitución, relativos a la administración pública, pero puede individuarse, en estrecha relación con el marco delineado en los artículos 20. y 30., el contenido de las orientaciones a las que la imparcialidad debe mirar. La primera posición es la de Cerri, A., “Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione”, cit.; la segunda es la de Allegretti, U., *L’imparzialità amministrativa*, cit.

<sup>740</sup> Es el caso de la Constitución española, en su artículo 9.3.

ción de legalidad hace posible la ejecutividad de sus decisiones, presunción manifiesta en una inversión de la carga de la prueba. La presunción de legalidad, sin embargo, no exime a la administración de justificar su funcionalidad, subordinada a la consecución del interés general. Por otra parte, la normatividad de las Constituciones interfiere con el alcance teleológico de las políticas, poniendo límites a la espontánea exigencia de discrecionalidad de éstas.<sup>741</sup>

El poder administrativo no está únicamente limitado por la pre-determinación genérica del objetivo a conseguir. Ante todo, la naturaleza del acto discrecional requiere una intervención de la razón que establezca su conformidad con el caso. La adecuación de la decisión al caso está, a su vez, precedida por la calificación jurídica del acto —donde la actuación del órgano encuentra su fundamento— que, a su vez, requiere un acto interpretativo. Nadie sostiene, en efecto, que “la decisión de la administración resulte de una simple operación de aplicar el derecho al hecho, y tenga por ello el carácter de un pronunciamiento determinado en el caso singular”.<sup>742</sup> La interpretación, pues, interactúa con la discrecionalidad.

El tema de la discrecionalidad eventual, vehiculada por la interpretación, será afrontado más adelante, porque nos sitúa en un nivel más general respecto a la discrecionalidad reglamentaria del acto administrativo (del que estamos hablando ahora) y lo complica ulteriormente. Podemos anticipar que la imparcialidad como regla o canon de la decisión y valoración, juega a favor de una versión de la interpretación que no descuida ni la intervención de la razón —en cuanto la razón guía la deliberación—, ni la intervención de la voluntad —porque se trata siempre de actos de autoridad—.

<sup>741</sup> Cfí. los trabajos de A. Fedele y F. Asso en el número de *Ragion Pratica*, 18, 2002, dedicado al tema *Diritti, costituzionalismo e ordine internazionale*, pp. 81-99 y pp. 127-153, respectivamente. Los artículos mencionados tienen como objeto el examen de las implicaciones de la praxis de los derechos sobre las políticas, respectivamente, fiscales y de las relaciones comerciales.

<sup>742</sup> Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 1964, vol. XIII, p. 70; pero puede verse la voz completa: pp. 65-91.

dad—, pero que está gobernada por criterios y siempre es efecto de un “cálculo mental”<sup>743</sup> en el sentido de una operación de la razón.

Perder de vista que la discrecionalidad administrativa comporta un juicio de oportunidad de carácter singular,<sup>744</sup>

que perpetúa el diseño ideal de un ordenamiento en el cual (por efecto de una legislación orgánica y de una actividad de dirección política, articulada y comprometida en la previsión, incluso de los detalles de cada acción) no existen situaciones para las que el derecho no ofrezca específica o genéricamente predeterminados todos los elementos de valoración, puede quizás oscurecer la exigencia de que esta o aquella teorización cumplan con los requisitos de la lógica. Pero, en la realidad, no existen ordenamientos de ese tipo.<sup>745</sup>

El punto crucial está en que la eventual discrecionalidad de la interpretación, en el caso de la administración pública, no deriva sólo de la indeterminación del texto de la ley,<sup>746</sup> sino que se complica ulteriormente por una característica peculiar de la administración: la necesidad de apreciación del interés general.<sup>747</sup> El interés general es, de algún modo, un parámetro extrínseco de valoración,

<sup>743</sup> *Mental accounting* es la expresión utilizada por Barak a propósito del juez, pero que se aplica genéricamente a quien realiza un juicio (Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 126).

<sup>744</sup> Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, cit., p. 83.

<sup>745</sup> *Ibidem*, pp. 83 y 84.

<sup>746</sup> Sobre la especificidad del texto administrativo y sobre sus implicaciones respecto a la interpretación, cfr. Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 295-300.

<sup>747</sup> Como es sabido, en la doctrina italiana ha sido M. Giannini quien ha evidenciado las relaciones entre discrecionalidad e interés público. El autor describe la discrecionalidad como “una comparación cualitativa y cuantitativa de los intereses públicos y privados que concurren en una situación social objetiva, de modo que cada uno de ellos pueda satisfacerse según el valor que la autoridad considere presente en el caso” (cfr. Giannini, M., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 74; también, id., *Diritto amministrativo*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 1993). Giannini realizó una confrontación con las tesis de C. Mortati, que sostenía que la discrecionalidad tenía que ver, en última instancia, con reglas sociales y que la solución discrecional justa era solamente una y no tenía que ser elegida entre soluciones legítimas diversas y plurales.

mientras la imparcialidad no es regla extrínseca de las decisiones discrecionales, “sino que es el límite permanente y penetrante de éstas, es garantía de que tales decisiones permanecen en el ámbito en que legítimamente pueden desarrollarse y son adoptadas por los órganos competentes con base en la Constitución y en las leyes”.<sup>748</sup>

En todo caso, puesto que la imparcialidad preside la actividad de la administración pública, debe necesariamente inspirar todos sus ámbitos y no sólo el de la discrecionalidad reglamentaria. La identificación entre legalidad e imparcialidad llevaría a plantear un concepto formal de imparcialidad: consistiría, entonces, en actuar *según* la ley. Pero esta identificación resulta problemática cuando para una valoración concreta todos los intereses en liza parecen dignos de ser tutelados. ¿Cómo determinar en ese caso la prevalencia de un interés sobre otro?

La legalidad es, en realidad, el *contexto* en el que se aplica el principio de imparcialidad como regla de la discrecionalidad, según la definición ya expuesta. El poder discrecional no significa elegir entre una solución que respeta al principio de legalidad y una que no lo hace, sino elegir entre dos o más soluciones *dentro* de la legalidad, entre opciones *posibles y aceptables* desde el punto de vista normativo y fáctico. La discrecionalidad “nace allí donde, entre diversas exigencias dignas de consideración, es necesario realizar una elección o una ponderación, cuyo criterio no resulta consignado, de ningún modo, en la ley”.<sup>749</sup> Entonces entra en juego el principio que preside la decisión administrativa: la atención al interés general. Entre las posibles soluciones, dentro de la legalidad, habrá que preferir la opción que mejor permita alcanzar o realizar el interés general. En el ámbito de la administración este canon puede considerarse una especie de “criterio independiente” que hace posible la valoración objetiva de la justicia en la adminis-

<sup>748</sup> Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, *cit.*, p. 150.

<sup>749</sup> Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 110.

tración. El aspecto procedural de la administración pública no es “puro”, en el sentido de que el resultado del procedimiento deriva exclusivamente de la corrección de su puesta en práctica. El interés general —como criterio independiente— es el que permite juzgar si un determinado resultado, teniendo en cuenta los medios para conseguirlo —la imparcialidad—, es justo o injusto.

#### *4. Deber de igualdad y finalidad de la administración*

El problema de determinar la prevalencia de un interés sobre otro nos remite a la relación entre imparcialidad e igualdad, que es la cuestión fundamental en nuestro análisis. Imparcialidad e igualdad comparten su relación con uno de los elementos fundamentales de la justicia: la *alteridad*. La imparcialidad presupone la *igualdad* en la alteridad (igualdad de las partes) e impone normativamente una actitud de respeto hacia las partes y de exclusión de discriminaciones. La imparcialidad, pues, puede estar fundada sobre la igualdad pero, más que coincidir con ella o resolvérse en ella,<sup>750</sup> consiste en un *deber* de igualdad. La referencia a la posición de las otras partes —que constituye el criterio mínimo del bien común— comporta, en el caso específico de la administración, la pertinencia del significado de la imparcialidad como exigencia de justicia, o sea, la exigencia de respetar una relación de proporcionalidad.

Hemos visto que, en el ámbito de la administración pública, la imparcialidad asume un carácter *sui generis* por la presencia del interés general y de su dependencia de las políticas. El interés general limita, de algún modo, la incidencia de la imparcialidad al igual que la identidad limita la imparcialidad en el ámbito político.

La administración pública y la jurisdicción difieren con relación a la naturaleza de cada uno de estos dos ámbitos. La peculiaridad de la administración pública respecto a la jurisdicción radica en el hecho de que la primera *no se constituye completamente como tercero*, y esto porque en ella prevalece la dimensión teleológica, necesaria

<sup>750</sup> Satta, por ejemplo, sostiene que la imparcialidad se confunde con la igualdad. *Cfr.* Satta, F., *L'imparzialità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 1.

para la realización de algunos fines. En este sentido, hemos hablado de “parte justa” o de “parte imparcial”, en una terminología que, si bien ha sido abandonada, expresa acertadamente la “posición” de la administración; o sea, la óptica desde la cual la administración “ve” y valora la situación o la pretensión que debe juzgar: el interés general. A diferencia de ésta, la imparcialidad de la jurisdicción, que tiene como característica propia constituirse como *tercero*, se presenta mucho más “incontaminada” y libre de condicionamientos.

Si concebimos el interés general en sentido demasiado amplio, no nos resultará fácil individuar una especificidad de la administración pública. La idea de que el interés general expresa un contenido normativo, que incorpora la exigencia de proporcionalidad entre las partes, sea en forma de dar a cada uno lo suyo, sea en forma de un equilibrio entre las partes, es también aplicable a la jurisdicción y a la legislación. Entendido en este sentido, el interés general coincide con el bien común y constituye una meta del ordenamiento en su conjunto, meta que no se alcanza hasta que no se pone en acto la *cooperación*. En sentido amplio, esto es coextensivo a la legislación, la jurisdicción y la administración. En efecto, también la jurisdicción y la legislación se orientan a tutelar el ámbito de la cooperación, aunque sea de modo diverso: en un caso, a través de la formulación de esquemas generales de comportamiento y de indicaciones para la dirección de la acción y, en otro, a través de la resolución de controversias. En todo caso, el interés general en la administración pública está contextualizado, porque tiene como objeto una exigencia concreta e inmediata de la comunidad política.

Si hubiéramos de clasificar la imparcialidad por orden de precedencia en los tres ámbitos señalados, queda claro que la imparcialidad de la jurisdicción es una referencia necesaria para la administración pública y la legislación. Es decir, la imparcialidad en la administración pública y en la legislación, en última instancia, necesitan la *protección* de la jurisdicción.<sup>751</sup>

<sup>751</sup> Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 55 y 169. El autor aplica esta idea a propósito de la administración y no de la legislación, pero creo que puede aplicarse también a esta última.

### III. LA IMPARCIALIDAD “POSIBLE” DEL JUEZ

La figura del juez es aquella a la que se aplica plenamente la idea de imparcialidad. En sentido extensivo, denominamos “juez” al que juzga, o sea, el que discierne o valora una situación o pretensión. En sentido técnico —que es el que tomaremos en consideración—, el juez es un órgano que forma parte de la estructura estatal y que tiene el cometido de resolver controversias jurídicas. De su naturaleza e inserción orgánica en el ordenamiento de un Estado, se deriva la relación problemática entre jurisdicción y política. La jurisdicción es evidentemente una actividad *política*, en el sentido amplio del término, es decir, en el sentido de actividad propia de uno de los actores de la comunidad política. El problema reside en determinar si la jurisdicción es una actividad política en sentido estricto, o sea, en el sentido de que ejerce un poder de dirección política (Ejecutivo) o porque está subordinada al poder político (por excelencia: el Legislativo).<sup>752</sup>

Si se identifica el carácter político con la pertenencia a una comunidad política, la jurisdicción (tanto más, la interna) presenta, ciertamente, un carácter político. En ese sentido es a la vez imparcial y política. Pero la imparcialidad en esta acepción, como ya hemos señalado, está limitada a los confines de la comunidad política, dando lugar a una parcialidad estructural frente a aquellos que no forman parte de ella. Desde el punto de vista jurídico esta afirmación puede cuestionarse por la relevancia de los derechos, que introducen una tensión hacia la universalidad dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. De este aspecto ya nos hemos ocupado en los capítulos primero y tercero. Únicamente, desde la perspectiva de la universalidad de los derechos —que responde a una exigencia fundamental del derecho— es posible superar la cuota de parcialidad con que la política limita necesariamente al derecho.

<sup>752</sup> Sigo un esquema analítico utilizado por Cotta, S., *L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, cit., pp. 421-426.

Como órgano subordinado al poder político, la jurisdicción resulta ser política, pero es problemático entonces que pueda ser imparcial. Bajo esta óptica, hay que profundizar en la distinción entre imparcialidad e independencia del poder jurisdiccional y en las relaciones entre el principio de imparcialidad y el de separación de poderes.

Por último, si la concebimos como un órgano de dirección política (Ejecutivo), la jurisdicción sería política y parcial. En esta hipótesis, como en la primera, emerge el vínculo recíprocamente excluyente entre imparcialidad y política que ya hemos señalado. Examinaremos ahora las dos últimas hipótesis: la idea de que la jurisdicción está subordinada al poder político y la idea de que la propia jurisdicción ejerce un poder, tratando de establecer si se trata o no de un poder político.

Un modo clásico de diferenciar administración pública y jurisdicción—introduciendo la especificidad de la jurisdicción—pasa por individuar las diversas funciones de cada una de ellas: la administración pública opera en la realidad concreta, mientras que la jurisdicción interviene para examinar los hechos *ex post* (en ese sentido se la llama “inoperante”). La jurisdicción es pasiva porque opera sólo cuando viene invocada por una parte o cuando se verifica un hecho grave que activa el mecanismo judicial. Esto parece excluir una dimensión teleológica en la jurisdicción (propia de la administración y, más aún, de la política como dirección), como predisposición activa hacia un fin. En la estrecha relación entre interés general y operatividad radica la característica peculiar de la administración, su cercanía con el Poder Ejecutivo y, en consecuencia, su mayor afinidad en general con la dimensión política. En la elección de opciones posibles sobre las que ejercer el poder discrecional de la administración, es lícito y exigible seguir los criterios indicados por la política.<sup>753</sup> Eso no impide que la actividad de la administración esté guiada por la necesidad de perseguir —con objetividad e imparcialidad— el interés general, sabiendo

<sup>753</sup> Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 165-178.

que tal indicación no coincide completamente con el seguimiento de la dirección política.

El juez es inoperante respecto a la realidad concreta, en el sentido de que no es función suya indicar la modalidad de dirección en la acción común, sino que desempeña una función de “custodia” del derecho en las situaciones conflictuales que provoca la vida de la comunidad política. La obligación de custodia del juez se refiere al derecho en su dimensión de totalidad, es decir, de todo el ordenamiento iluminado por la Constitución y de los principios y derechos contenidos en ella.

En lo específico de su función, el juez tiene el cometido de resolver controversias. Una controversia implica, inevitablemente, la existencia de partes diversas y eso hace que la imparcialidad se plantee como una cualidad indispensable del juicio. En primer lugar, la imparcialidad corresponde a la primera regla de la *natural justice*, según la cual ninguno puede ser juez en causa propia. De ahí que el juez esté institucionalizado y su actividad reglamentada.<sup>754</sup> La sujeción a la ley no se refiere ni a las funciones de su cargo ni a su deber como sujeto, sino que determina la existencia y el modo de su actuación. La sujeción del juez a la ley incluye también, indirectamente, la referencia a la generalidad del destinatario de la ley y, por ello, configura una cierta forma de imparcialidad intrasistémica. El vínculo con la ley garantiza, en efecto, la igualdad que deriva de la generalidad de la ley y de la igual atención a los intereses relevantes. Pero la imparcialidad de la jurisdicción no se agota aquí.

Una buena parte de las medidas dirigidas a garantizar la imparcialidad se concretan, como es sabido, en dispositivos para asegurar la ajenidad del juez, a través de garantías externas de distanciamiento, como son las causas de recusación y los deberes de abstención. En tales dispositivos se puede advertir el esfuerzo por excluir ele-

<sup>754</sup> Respecto a un régimen de justicia en el cual el “tercero” no está institucionalizado ni bien reglamentado, la existencia de órganos dirigidos a la resolución de las controversias es una de las características de los ordenamientos evolucionados (*cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 89-96).

mentos *identitarios* personales que podrían distorsionar la objetividad del juicio. La existencia de vínculos identitarios personales es inevitable porque el juicio es realizado por un sujeto humano concreto. De ahí que la imparcialidad “preventiva” consista en intentar alcanzar un equilibrio entre el elemento objetivo y subjetivo, siguiendo unas reglas para determinar qué datos subjetivos podrían distorsionar el juicio.

La imparcialidad del juez, desde el punto de vista de la identidad, se manifiesta también a través de la incompatibilidad entre funciones consultivas y jurisdiccionales y de la imposibilidad de intervenir en otras fases del mismo proceso, o en relación con otros procesos contra el mismo sujeto. Siendo la identidad personal —y por ello el conocimiento del sujeto— un *continuum*, la eventual participación del juez en un caso precedente podría dar lugar a prejuicios que restarían “pureza” a la deliberación. Muchos dispositivos ligados a la incompatibilidad de funciones están motivados, pues, por la necesidad de limitar al máximo los prejuicios en el conocimiento por parte del juez. El ejercicio de poderes inquisitorios, por ejemplo, podría poner al juez en condiciones de adoptar una posición preliminar respecto a una cuestión, con el riesgo consecuente de atribuir a esa particular visión de las cosas un peso determinante.

Existen ulteriores elementos como la publicidad, la estructura del proceso contradictorio o la paridad entre las partes, sobre los que volveremos después.<sup>755</sup> Todas estas medidas son expresión de la imparcialidad que denominamos “objetiva”, una dimensión de la imparcialidad que exige evitar cualquier tipo de parcialidad, porque sobre ella se apoya la confianza de los ciudadanos en los órganos del juicio.<sup>756</sup> Y esto debido a que la posición imparcial de los

<sup>755</sup> Hablando de proceso justo debemos añadir también la característica de una razonable duración. *Cfr.* sobre estas cuestiones, Tarzia, G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *cit.*; *id.*, “Il processo di fallimento e l’imparzialità del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, 52, 1997, pp. 13-26.

<sup>756</sup> Así la jurisprudencia ya citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

órganos jurisdiccionales, la cual debe ser tutelada para conservar y acrecentar la confianza que generan, constituye una parte del interés general o común.<sup>757</sup>

Hasta aquí, no obstante, la imparcialidad no resulta todavía un principio “activo” del juicio, sino se confirma como la “negación” de cualquier cosa que se presente bajo forma de “prevención”. La hipótesis que estamos verificando es si la imparcialidad de la jurisdicción tiene que ver *primordialmente* con una dimensión epistemológica activa, y no sólo pasiva. Puede afirmarse que la imparcialidad como característica de la función jurisdiccional coincide con la existencia de una “posición” privilegiada del juez para la formación del juicio. Esa posición se califica como “tercería” o independencia.

### 1. *Imparcialidad y poderes del juez*

La imparcialidad del juez se garantiza, negativamente, a través de un complejo conjunto de características institucionales, creadoras de equilibrios entre relaciones externas e internas.<sup>758</sup> Con respecto a las “externas” se habla propiamente de independencia del juez, que concierne a las relaciones entre el Poder Judicial y los otros poderes y expresa su posición o encuadre institucional en el

<sup>757</sup> Cfr. Fernández-Viagas Bartolomé, P., *El Juez imparcial*, cit., p. 3.

<sup>758</sup> Cfr., por ejemplo, Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Turín, Giappichelli, 2000. El autor examina el concepto de imparcialidad a la luz del nuevo artículo 111.2 de la Constitución, para demostrar que había tenido como efecto “nada más que hacer explícitos núcleos de garantía ya *ab initio* claramente situados en la lógica profunda de la carta constitucional de 1948” (p. 7). De este trabajo se puede extraer fácilmente la idea de que la imparcialidad no es un dato estático sino dinámico, que se constituye como un desafío para el legislador, que debe disponer de instrumentos para tutelar el valor de la imparcialidad. Del mismo modo, debería representar un desafío para el juez. Es un valor que debe ser garantizado por un juez idóneo que asuma posiciones de tercero, una parte pública que garanticé la acusación a través de una acción leal, una parte privada no condicionada en el ejercicio de sus derechos fundamentales, la publicidad que permite un control social de la decisión y la presumible inocencia del imputado antes de imponerle cualquier responsabilidad.

organigrama general de los poderes del Estado.<sup>759</sup> La independencia de la función jurisdiccional, desde el punto de vista de sus relaciones con los otros poderes, se concreta en la inamovilidad del juez, es decir, en la independencia de los órganos de gestión del Poder Judicial, garantizada a través de particulares procedimientos de reclutamiento y por la duración de sus cargos. Las variaciones y combinaciones de estos criterios o la ausencia de algunos de ellos —pensemos en las nominaciones temporales de jueces para los tribunales de justicia supranacionales o en el caso de los jueces laicos—, no excluye necesariamente la imparcialidad. Lo que sí podemos afirmar es que donde falta la independencia no puede haber imparcialidad, pero la independencia no agota por sí misma la imparcialidad. La independencia de la jurisdicción es, en efecto, conceptualmente distingible de la imparcialidad: la primera se refiere a la jurisdicción frente a lo que le es externo (los otros poderes o la opinión pública); la segunda se refiere a las modalidades intrínsecas de su ejercicio.<sup>760</sup>

Aun admitiendo su ajenidad respecto del Poder Legislativo y del Ejecutivo, el juez ejerce determinados *poderes* dentro del proceso. Se entrevé, pues, la exigencia de que la imparcialidad determine la ubicación del juez, no sólo entre los poderes del Estado, sino también dentro del proceso. Es en este caso cuando se dice que el juez es un *tercero* respecto a las partes. “Tercería” e imparcialidad se aproximan, aunque entre ellas se pueda trazar una diferencia. La tercería es un concepto de relación que indica la posición “estática” del juez respecto a las partes,<sup>761</sup> mientras que la

<sup>759</sup> En la doctrina se ha resaltado también una diferencia entre lo que se predica de la *potestad* jurisdiccional y lo que se predica de la *función*. La primera es la independencia y la segunda es la imparcialidad (Arias Domínguez, A., *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, Edersa, 1999, p. 42).

<sup>760</sup> En ese sentido, Barak afirma que el juez está sujeto a “procedural limitations” y “sustantive limitations” (Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., pp. 22 y 24, y 24-27). Entre los límites procedimentales, el más importante es la imparcialidad (*ibidem*, p. 20). Al autor le interesan, sin embargo, los límites materiales.

<sup>761</sup> Cfr. Kojève, A., *Linee di una fenomenologia del diritto*, cit.; cfr. también los textos recogidos en Avitabile, L., *Il terzo giudice tra gratuità e funzione*.

imparcialidad es una característica del juez en la dinámica del juicio, en cuanto “carácter estructural del actor en el acto de juzgar”.<sup>762</sup> Esa es la razón por la que se tiende a calificar la imparcialidad como virtud, en el sentido de actitud activa y dinámica de un sujeto, algo que no se podría afirmar de la tercería. Si el desarrollo del proceso es vida y actividad, la tercería indica una posición. La imparcialidad, en cambio, es propia de la dinámica de actuación de un sujeto que participa en el proceso junto con las partes:<sup>763</sup> no se da en abstracto, ni en forma pasiva, sino en concreto y en la interacción de las partes. Las diversas formas de participación del juez en el proceso son expresión de las diversas acepciones de imparcialidad.

La actividad del proceso se configura de dos maneras diversas: según que esté articulado con base en el principio dispositivo o en el principio inquisitorio. El principio dispositivo —típico del proceso civil y no tanto del penal— consiste en la regla por la que *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*. A este principio se opone el inquisitorio, según el cual, el juez goza de competencias instructoras. La razón principal en favor del principio dispositivo es la tutela de la autonomía de las partes de la cual es expresión: si la autonomía de las partes es el eje sobre el que gira el derecho civil, parece que también el proceso deba ser regulado por la iniciativa de las partes y por lo que ellas quieran someter al juez. Por otra parte, en el juicio jurídico se atiende a las exigencias presentadas no sólo por la parte a la que se da la razón, sino también las de quienes no se consideran acertadas.

Por diversas razones —incluida la revisión de la idea de verdad jurídica, no entendida ya como algo a determinar, estática o ajena

*Commenti e traduzioni di V. Jankélévitch, J. P. Sartre, J. Habermas*, Turín, Giappichelli, 1999.

<sup>762</sup> Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., p. 2.

<sup>763</sup> Cfr., recientemente, Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., p. 6, pero en sintonía con la doctrina de Carnelutti, F., *Lezioni sul processo penale*, cit., vol. II; Calamandrei, P., *Elogio dei giudici* scritto da un avvocato, Florencia, Le Monnier, 1938.

al proceso, sino como algo que se *da* en él—<sup>764</sup> también el proceso penal ha sufrido una transformación que lo ha llevado al primado del principio de contradicción. Con las diferencias propias entre el ámbito civil y el penal, el método contradictorio ha puesto en evidencia exigencias de “actualidad” y dinamicidad en el proceso penal similares a las del proceso civil: exigencias conectadas a la idea de imparcialidad.

El derecho exclusivo de las partes a proponer el proceso (llamado “derecho de demanda” y tutelado por el derecho general de acceso a los tribunales) se distingue de la iniciativa de las partes en la instrucción de la causa (el principio dispositivo verdadero y propio). Si el derecho de demanda está conectado a la tutela de la voluntad de las partes, el principio dispositivo, en cambio, es expresión de la convicción de que el proceso, una vez activado, debe realizarse del modo más coherente con el interés público.<sup>765</sup> En definitiva, se trata del interés en realizar un *proceso justo*, exigencia que unifica el ámbito penal y el civil, además de los procedimientos administrativos.<sup>766</sup>

Dentro de los procesos hay que distinguir aquellos que tienen por objeto relaciones indisponibles, o sea, normas jurídicas de orden público. En éstos se comprende mejor la exigencia de que el

<sup>764</sup> Cfr. la diferencia entre verdad como orden isonómico y como orden asimétrico de Giuliani, A., voz “Prova”, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 1988, vol. XXXVII, pp. 518-579. Sobre la verdad en el derecho es fundamental el volumen ya citado de Pastore, B., *Judizio, prova, ragion pratica*.

<sup>765</sup> Cfr. Liebman, E. T., *Problemi del processo civile*, Nápoles, A. Morano, 1962, p. 5.

<sup>766</sup> Cabría insistir sobre el hecho de que el proceso penal es radicalmente distinto del proceso civil. La finalidad del proceso penal es la condena del culpable y la absolución del inocente, de modo que la “justicia” del proceso sólo se puede valorar desde la consecución de este resultado, que se configura como un criterio independiente del correcto desarrollo del procedimiento. En realidad, las condiciones procedimentales del discurso son centrales para el proceso penal. La finalidad tiene que lograrse bajo una forma adecuada. En ese sentido, la idea de que el procedimiento del proceso penal es imperfecto (*cfr.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 80-85) se encuentra con la idea de que el proceso penal debe desarrollarse respetando los derechos.

juez tenga mayores poderes inquisitorios, o sea, que el poder de iniciativa no sea exclusivo de las partes. No obstante, conferir poderes instructores al juez debilita la preservación de su imparcialidad, por lo que el poder inquisitorio (siempre autónomo respecto a las partes) se confía a una tercera figura, el Ministerio Público (que, sin embargo, representa claramente a una parte). Esto nos permite distinguir tres tipos de procesos: el proceso inquisitorio (el juez tiene el poder de instruir), el proceso acusatorio (el poder instructor compete a las partes) y el proceso en que el poder inquisitorio se confía al Ministerio Público (aquí la práctica de las pruebas se sustrae a las partes). A excepción del primero, los otros dos tipos subrayan la idea de imparcialidad del juez como *ajenidad* y *pasividad* frente a las iniciativas de los otros sujetos del proceso. En consecuencia, lo que distingue la función jurisdiccional de cualquier otra es “la posición del órgano que provee respecto a la regla jurídica en que se basa su actuación, posición que consiste en la ajenidad del órgano mismo a la regla y, por tanto, a la materia sobre la que debe ejercer su juicio”.<sup>767</sup> No obstante, si es cierto que “el juicio en sentido lógico puede formularse por cualquiera, también por las partes, en sentido jurídico el juicio verdadero es sólo el de aquel que (además de tener la autoridad) juzga en una materia que le es ajena”.<sup>768</sup>

La imparcialidad, no obstante, exige algo más que la ajenidad, sea como ajenidad a la regla o como ajenidad al caso. En efecto, la disciplina de la imparcialidad ofrece aun otra indicación desde el momento en que asegura, incluso sicológicamente, que la persona que realiza el juicio es imparcial. En ese sentido, hay que acudir a la distinción entre instruir y juzgar. La figura del juez instructor evita que el juez que decide sobre la controversia sea también el que decide la admisibilidad de las pruebas. A este propósito es útil señalar que la valoración de las pruebas implica un juicio. Se habla de las operaciones preparatorias del juicio definitivo —juicios so-

<sup>767</sup> Liebman, E. T., *Problemi del processo civile*, cit., p. 11.

<sup>768</sup> *Ibidem*, p. 12.

bre admisibilidad de las pruebas, su relevancia y fiabilidad— como de *fracciones* de proceso respecto a las cuales hace falta garantizar una independencia sicológica.<sup>769</sup> La imparcialidad es, pues, un bien precioso que debe preservarse en todo caso, incluso con el sacrificio de los poderes de iniciativa instructora, y hasta salvar las apariencias.

Existe una imparcialidad respecto a la acción, que se busca en la distinción de las funciones del juez y la exclusión de eventuales motivos de parcialidad, y existe una imparcialidad respecto al juicio que, sobre la base de cuanto hemos afirmado, es común a todas las funciones que ejercita el juez y a todas las fases del juicio. Dado que lo expuesto se refiere a las garantías objetivas de imparcialidad e independencia respecto al desarrollo del proceso (con algún dato de carácter subjetivo), queda por determinar el contenido de la “independencia subjetiva”.<sup>770</sup> La independencia subjetiva (que se aproxima mucho a la llamada imparcialidad-objetividad) se refiere a algunas *predisposiciones intelectuales* del juez que deben añadirse a todas las condiciones externas ya señaladas.

Las predisposiciones intelectuales requeridas en el sujeto que juzga se concretan en evitar la formación de una previa opinión sobre el resultado de la causa *antes* de conocer los argumentos presentados por las partes, acreditables por las pruebas; es decir, consiste en el precepto positivo de decidir con base en el conocimiento del caso y en la disposición a juzgar según el criterio de la igual atención a todos los elementos aducidos por las partes. Se trata, en definitiva, de una disposición que no consiste

to attain absolute objectivity, but rather to find an appropriate balance between objectivity and subjectivity. For this purpose, self-criticism,

<sup>769</sup> Cfr. Carnelutti, F., *Lezioni di diritto processuale civile* (1921), Padua, Cedam, 1986, vol. II, n. 131.

<sup>770</sup> Cfr. Clay, T., *L'arbitre*, cit., pp. 245-248. El autor considera que independencia e imparcialidad son equivalentes, sustancialmente intercambiables, aunque para conseguir clarificarlas ha establecido las diferencias que consigna en el texto. Su obra tiene como objeto el arbitraje, que presenta diferencias, obviamente, respecto a la jurisdicción.

self-restraint, and an intellectual effort to look for the objective are require. In this search, it is only natural that different judges will sometimes find different things in a given system.<sup>771</sup>

No obstante, la actuación del juez está determinada también por una referencia a la justicia: ya que la función del juez se activa por una controversia entre partes, éstas exigen la búsqueda de un equilibrio que se concreta en la igual atención a los argumentos de todos los implicados, en la ausencia de intereses partidistas aunque sean remotos y en la igualdad de oportunidades. En última instancia, la imparcialidad presenta un rostro bifronte: es, al mismo tiempo, una posición epistemológica y una exigencia de justicia, o mejor dicho, una posición epistemológica derivada de una exigencia de justicia.

El papel del juez posee una particular especificidad en el conjunto de los fenómenos jurídicos. Respecto al poder de legislar y al de ejecutar la ley, el juez se remite a la solución de controversias de acuerdo con el derecho. La ley, como fórmula general y abstracta, legitimada democráticamente, se encuentra ante un proceso de concreción en circunstancias determinadas y en el contexto efectivo —fáctico y normativo— en el que el derecho se realiza. La decisión judicial, pues, implica la concreción de la regla general, pero esa operación no es automática ni evidente. La actividad jurisdiccional requiere la intervención de un tercer sujeto institucionalizado que efectúa una calificación jurídica de la situación y que determina sus efectos. Podemos notar ahora que el resultado de la acción del juicio no tiene un alcance que se agote en la decisión concreta. Ésta mantiene, a través de la imparcialidad, una tensión hacia la igualdad. Por un lado, esto es obvio si se considera que la igualdad, como generalidad de la ley (general y abstracta) es el terreno donde nace la decisión; por otro lado, la decisión se convierte, por efecto de la actividad jurisdiccional, en un elemento

<sup>771</sup> Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 131.

más de la historia de los efectos<sup>772</sup> de la propia ley, que tendrá valor en el futuro para casos similares. No obstante, como ya señalamos a propósito de la administración pública, las exigencias de eficacia de lo actuado por un órgano, sostienen el principio de la presunción de imparcialidad con la consecuente inversión de la carga de la prueba, aunque tal presunción decaiga allá donde una de las partes albergue el simple temor de que el juez no es imparcial.

La incidencia de lo actuado por el juez sobre la legislación se amplifica si consideramos la función del control de constitucionalidad. De hecho, los efectos de lo actuado por el juez constitucional son afines a los que la ley general y abstracta determina,<sup>773</sup> pero sin estar legitimado democráticamente. No hay duda de que es por lo menos problemático el papel, cada vez más central, que la jurisdicción desarrolla también en el ámbito de la política. Sobre este trasfondo emerge el problema de los criterios de legitimación de la jurisdicción.

En los sistemas democráticos —y es justo que así sea por los valores que la democracia tutela— la legitimación por excelencia es la democrática, propias del Poder Legislativo y del Ejecutivo, pero no —sino indirectamente— del jurisdiccional. El Poder Ejecutivo está estrechamente relacionado con el Poder Legislativo desde el momento en que, con base en la regla de la mayoría, es precisamente la mayoría política quien determina la dirección de la acción política. Aunque estos poderes no se identifican, ambos están democráticamente legitimados. También el vínculo entre dirección política y administración pública ofrece a ésta una legitimación democrática, indirecta pero suficiente.

De modo indirecto y *a priori*, la actividad jurisdiccional está legitimada democráticamente por su dependencia de las leyes y tam-

<sup>772</sup> Cfr. las observaciones a propósito de Mengoni, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 12-16.

<sup>773</sup> Cfr. Luciani, M., “Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)”, *Politica del Diritto*, 29, 3, 1998, pp. 365-383.

bién en cuanto dirigida a la tutela de los mismos valores expresados por el principio democrático. Sin embargo, la legitimación de la actividad jurisdiccional está también integrada por otros criterios. En primer lugar, por las reglas que definen la posición de tercera del juez respecto a las partes; en segundo lugar, por las características propias de la eventual creación de derecho por parte del juez y en la medida en que su actuación no significa un acto autónomo sino dependiente de un requerimiento externo, manifestado en el acto del juicio. Pero, sobre todo, la legitimación del juez debe buscarse en la motivación y en la argumentación de su decisión. La obligación de exponer las razones de su decisión es una de las mayores garantías de su imparcialidad. En efecto, “los pronunciamientos judiciales que crean mayor escándalo no son tanto los que parecen equivocados, sino aquellos que —cualquiera que sea su contenido— no han sido motivados”.<sup>774</sup> En este sentido, el nivel de imparcialidad requerido al juez —también en los ordenamientos nacionales, por tanto en el derecho político— es superior y no inferior a la imparcialidad de los órganos políticos y se concreta en una mayor transparencia de las razones.

## 2. *Discrecionalidad y arbitrio*

En algunos casos, la propia ley remite, de varias maneras y con extensión diversa, el modo de determinar el caso a la decisión discrecional del juez, requiriendo que éste intervenga “activamente” en la formulación del derecho.<sup>775</sup> Esta operación se sitúa en el ámbito (paralelo al que vimos respecto a la administración) de la discrecionalidad o del “arbitrio” del juez. La discrecionalidad de la administración pública es distinta a la discrecionalidad del juez ci-

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 377

<sup>775</sup> Barak discute a Dworkin el paso desde la existencia de límites en el poder discrecional a la deducción de que la discrecionalidad no existe. La discrecionalidad, para Barak, se produciría en los casos difíciles (*cfr.* Barak, A., *Judicial Discretion*, *cit.*, 28-29). Sobre el debate Barak-Dworkin, *cfr.* Villa, V., “Discrezionalità giudiziale e “risposta giusta”. A proposito di un recente libro di Aharon Barak”, *Diritto Privato*, 3, 1997, pp. 583-612.

vil y ésta a la del juez penal. La primera y la segunda están unidas porque consisten en la facultad de decisión del juez cuando éste debe completar las normas que aplica, decisión que debe ser adecuadamente motivada para garantizar que no se trata de un abuso de poder. La discrecionalidad del juez penal se refiere, por el principio de tipicidad, a la determinación de la cantidad y la calidad de la pena y difiere de las otras dos por la particular incidencia subjetiva (en lo que respecta a la persona afectada) y objetiva (puesto que desempeña una función ejemplarizante).<sup>776</sup>

El margen de decisión, en la discrecionalidad de la administración pública y en la del arbitrio judicial, está circunscrito por el hecho de que la “apreciación” del juez debe remitirse a la propia ley. De ahí que, en la existencia o no de parámetros para esa apreciación, se define el carácter regulado o no del poder discrecional del juez.

La centralidad de la ley y del legislador en los ordenamientos que se remiten a la codificación, han hecho que estas dos dimensiones, la ley y el arbitrio del juez, estén cuidadosamente separadas y, como sucede con la equidad y la imparcialidad, ambas sigan lógicas diversas. *Arbitrio*, significativamente, se ha convertido en una expresión en desuso y, generalmente, viene a ser considerado sinónimo de arbitrariedad.<sup>777</sup>

Entre arbitrio y arbitrariedad se debe trazar una distinción. En primer lugar, debemos recordar que la propia ley remite al arbitrio del juez. Si la lógica de la ley general y abstracta está guiada por la justicia, sostener que el arbitrio sigue otra lógica significaría hablar de una lógica de “no justicia” o admitir una “anomalía”, una excepción a la justicia: en última instancia, una lógica extrajurídica. La alternativa es considerar arbitrio y ley general y abstracta como dos dimensiones complementarias, gobernadas por la lógica

<sup>776</sup> Cfr., sobre el tema, D’Agostino, F., *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1999.

<sup>777</sup> Cfr. Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000. Tomo prestada de Nieto la distinción entre arbitrio y arbitrariedad y remito a la reconstrucción histórica y al refrendo jurisprudencial que el autor aduce en favor de la distinción.

de la justicia. Entonces podemos distinguir arbitrio de arbitrariedad, porque esta última coincide con la ausencia de criterios en la decisión (o criterios ajenos al derecho).

Con referencia a la jurisdicción, la existencia del arbitrio y la determinación de su contexto se definen por la necesidad del juez de elegir entre diversas soluciones posibles dentro de la legalidad. Se presupone que, sin traspasar el ámbito de lo legal, existe una pluralidad de opciones justas para resolver una controversia. De modo que el arbitrio se contrapone a dos defectos: la legalidad mecánica, que no ve o no quiere ver la intervención activa del intérprete —su deliberación— y la arbitrariedad, que es el arbitrio sin reglas.

La ausencia de un criterio “legal” no significa la ausencia de criterios *tout court*. Esto es así aunque se considere que una deficiencia de la ley no comporta necesariamente una solución “ilegal”. Se podría hablar, en última instancia, de “a-legalidad”, pero no por ello de ajenidad al derecho.<sup>778</sup> El pluralismo de las opciones, en definitiva, señala las posibilidades *legalmente* indiferentes, pero no *jurídicamente* indiferentes.<sup>779</sup> Una posible explicación de esto conecta directamente con la imparcialidad.

Hemos apuntado, muchas veces, la tesis de que la imparcialidad sea un criterio interno de la decisión. El principal modo de verificar la “legalidad” de la decisión tiene lugar mediante el control de la motivación, validado por la argumentación, siendo ésta plenamente jurídica y dirigida a justificar una solución correcta.<sup>780</sup> En ese sentido, hemos visto que la imparcialidad aparece como uno de los criterios de justicia activos en el contexto de la argumentación jurídica, pero aún no sabemos cómo actúa positivamente en cuanto regla del juicio y de la decisión. La verificación de la argumentación, como venimos señalando, presenta una radical ambigüedad

778 Cfr. Nieto, A., *El arbitrio judicial*, cit.; en general, todo el cap. VI.

779 Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, cit., p. 155.

780 *Ibidem*, p. 189. Objetivamente esta posición resulta más equilibrada y aceptable que la idea de la única respuesta correcta (cfr. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985).

ya que es compatible tanto con la idea de que la decisión se toma por motivos extrajurídicos, de los cuales se busca *ex post* una justificación, como con la tesis de que la decisión se toma respetando criterios plenamente jurídicos.

Por otra parte, la motivación en el ámbito jurídico —y la argumentación en que ésta se sustancia— desempeña una función legitimadora de la posición institucional del juez, legitimación que se da sobre la base de las razones aducidas y que es susceptible de control interno y externo. No obstante, respecto a la administración pública, donde la discrecionalidad está presidida y reglada por el criterio del interés general, el arbitrio del juez no puede remitirse a criterios independientes, acentuando así el carácter autorreferencial del juicio. Esto significa que la realización del juicio jurídico se establece sobre la base de la buena implementación de sus reglas. Entre ellas están las condiciones que configuran la posición del juez: la independencia respecto a los otros poderes, la tercería dentro del proceso, la ajenidad frente a las partes y frente al propio proceso y, sobre todo, el peso de las razones del juicio.

### *3. El sujeto de la interpretación*

Existe un sentido ulterior más amplio y expansivo, que afecta a una dimensión distinta de la “discrecionalidad” en el derecho. Ésta indica un carácter de la interpretación, que no deriva de una indicación normativa ni de una deficiencia del texto que se interpreta,<sup>781</sup> sino de la naturaleza misma del acto interpretativo.

Entre la regla general y la resolución concreta de la controversia existe un salto que corresponde a la distancia entre la previsión abstracta de las posibles prefiguraciones de los conflictos y su efectiva composición real. Este desajuste se colma con la intervención de un sujeto institucionalizado, que no es libre, en el sentido

<sup>781</sup> Hay que distinguir el ámbito de la discrecionalidad del ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados. Las cláusulas generales, por ejemplo, son elementos a través de los cuales el legislador impone criterios de interpretación, limitando de este modo la discrecionalidad.

de que puede no darse —ya que debe producirse como respuesta a un requerimiento—, pero que sí es una intervención consciente y deliberativa.<sup>782</sup> Su juicio es de carácter práctico y no sólo de una operación lógica de conexión entre enunciados generales y particulares. Este juicio implica un examen de la idoneidad de la solución respecto al caso, una ilustración de las soluciones alternativas y una verificación comparativa de las consecuencias de las diversas soluciones y de su mayor o menor coherencia con las circunstancias del caso, además de su confrontación con los eventuales efectos sobre el ordenamiento jurídico.

El particular vínculo entre derecho y lenguaje —del que es expresión la conexión de la norma y su enunciado lingüístico— es una característica del derecho propia de la capacidad comunicativa de sus usuarios. Sin embargo, el lenguaje no es el horizonte absoluto del derecho, sino un medio en el que éste actúa. Como medio, el lenguaje puede ser controlado en cierta medida. Si el derecho no se reduce a lenguaje, el control del derecho no puede llegar sólo mediante el control del lenguaje, ni la apertura del derecho puede reconducirse completamente al lenguaje.<sup>783</sup>

La discrecionalidad de la interpretación ha sido tratada por la teoría escéptica, en oposición a la teoría cognitiva de la interpretación.<sup>784</sup> Para la teoría cognitiva, la interpretación consiste en una operación cognoscitiva; para la teoría escéptica, consiste en una decisión discrecional y arbitraria del juez. A la primera se le escapa el vínculo entre juicio y poder —en efecto, se sostiene que el juicio es

<sup>782</sup> Está fundado sobre pruebas. Viene al caso el cuento de Gellio sobre el consejo dado por el filósofo Favorino, a propósito de los deberes del juez. Debiendo juzgar un caso en el que faltaban pruebas contra un hombre “malo” y existían pruebas contra un hombre “bueno”, el filósofo Favorino aconseja al juez atenerse al “carácter”, contra la presunción común del jurista según la cual no se puede condenar a un hombre en razón de su carácter, sino que hay que atenerse a las evidencias obtenidas a través del proceso. *Cfr.* Gellio, A., *The Attic Nights of Aulus Gellius*, texto latino con traducción al inglés de J. C. Rolfe, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1961, vol. III, pp. 21-31 (libro XIV, II).

<sup>783</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., 121-132.

<sup>784</sup> *Cfr.* Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 323-344.

un acto de deducción lógica—; para la segunda, sólo es relevante la dimensión del poder, en detrimento del juicio.<sup>785</sup> La diferencia entre la discrecionalidad en el espacio normativo y en la interpretación radica en que, en el primer caso, es la propia ley la que reconoce la naturaleza discrecional del juicio y autoriza la intervención del juez con los consiguientes efectos restrictivos; en el segundo, es el juez quien parece tomarse una libertad que no le ha sido conferida expresamente por el ordenamiento.

La revisión de la doctrina clásica de la interpretación jurídica ha puesto de relieve una profunda mutación del “objeto a interpretar” y del “cómo interpretar”.<sup>786</sup> Muchos factores inciden en ese sentido: la conciencia de la pluralidad de tipologías de las normas jurídicas y su diversidad estructural, junto a la evolución del modelo de Estado de derecho en la forma de Estado constitucional. También la interacción entre las dimensiones jurídicas nacionales e internacionales y la evolución de la praxis de los derechos. No se ha prestado tanta atención, sin embargo, al sujeto que interpreta y a la operación del juicio que le es propia. Quizá los esfuerzos para tratar de comprender si el cambio de estructura del derecho es radical o solamente una evolución del derecho occidental han oscurecido la importancia de las características y el papel del sujeto interpretante. A este sujeto del juicio se le piden hoy diversos cometidos.

El criterio de la sujeción a la ley, que fue el fundamento de la doctrina tradicional sobre la función del juez, ha cambiado profundamente: “la sujeción del juez a la ley ya no es, en efecto, como en el viejo paradigma iuspositivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo en cuanto válida, o sea, coherente con la Constitución”.<sup>787</sup> La simple consta-

<sup>785</sup> En esto recuerda la idea de una motivación no cognitiva, que ya habíamos encontrado durante el análisis de las teorías éticas fundadas sobre los sentimientos. En el ámbito jurídico, la arbitrariedad de este modo de funcionamiento sería —al menos— detectada por el control *ex post* de la decisión.

<sup>786</sup> La referencia fundamental es Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, cit., caps. 3 y 4.

<sup>787</sup> Ferrajoli, L., *Il diritto come sistema di garanzie*, cit., p. 153.

tación de la validez, entendida ahora como coherencia y congruencia con la Constitución, permite distinguir entre validez como vigencia referida al ordenamiento y como juicio de valor, aunque interno al ordenamiento. Al sujeto que juzga se le exige capacidad para formular un juicio de valor conforme al ordenamiento como unidad de sentido.

La idea ya aceptada de la existencia de principios y la necesidad de acercar el método clásico de la subsunción al método de la ponderación tiene implicaciones sobre la capacidad y las actitudes requeridas al juez. Al que juzga no se le pide una habilidad deductiva sino un esfuerzo para considerar de manera imparcial los principios. Se requiere, pues, un empeño de carácter práctico, que se concreta en una valoración razonable. El que pondra debe poner en acto la imparcialidad bajo la óptica de una no preferencia arbitraria entre los derechos y los principios, además de entre los sujetos.

La racionalidad del derecho y del sujeto de la interpretación debe abrirse a los métodos de la razón práctica, no en el sentido de que el razonamiento prudencial deba sustituir al juicio jurídico, sino en el sentido de que dentro del ordenamiento jurídico se deba hacer uso de una racionalidad del tipo de la deliberación.<sup>788</sup> Más que una habilidad de carácter lógico —congruencia, coherencia, capacidad de generalización— la imparcialidad añade una instancia específica: la atención respecto a las partes implicadas en la relación jurídica y la disponibilidad a las razones justificantes, una imparcialidad-justicia y una imparcialidad-objetividad. A propósito de la democracia deliberativa, habíamos recordado que su cualidad principal era hacer posible, a través del diálogo, el cambio eventual de las preferencias iniciales. Retomando ahora esta cualidad y llevando el

788 Eso no significa, obviamente, abandonar el derecho a valoraciones arbitrarias. En sentido propio, el juicio prudencial es el último recurso, si consideramos que sólo en el caso de que sea imposible decidir con base en los criterios de racionalidad, deberemos decidir a parir de la razonabilidad, entendida como juicio prudencial (Viola, F., “Costituzione e Ragione pubblica: Il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 35-71).

discurso a la jurisdicción, se puede decir que al sujeto que juzga se le requiere *docilidad* a las razones en el proceso deliberativo.

La propia existencia de la exigencia de imparcialidad en el ejercicio de la función judicial es consecuencia necesaria de la convicción de que la actividad del juez no tiene carácter mecánico, no se puede reducir a una aplicación “técnica” y “neutral” de la ley, según una idea consolidada en la conciencia de muchos operadores jurídicos. De igual modo que una actividad mecánica se contrapone a otra consciente, original y creativa, la actividad del órgano judicial se opone a la pasividad de una operación que no implica al sujeto. Esta intervención puede entenderse de dos modos. Puede admitirse que la actividad del juez no es únicamente una operación “cognoscitiva” y, en consecuencia, mecánicamente aplicativa, sino que comporta una elección que se expresa en el ejercicio de un poder. A esta descripción se añade un concepto de imparcialidad como independencia objetiva, que limita el poder discrecional en esa forma en que el poder se deja —aparentemente— más fácilmente limitar: mediante la contraposición a él de otros poderes.

La respuesta a la pregunta sobre si la decisión discrecional es o no un poder decisorio regulado depende de la elección entre dos posibilidades: la posibilidad de que los criterios de la decisión sean criterios externos o que sean internos al propio poder. La contraposición de un poder frente a otro es una forma de limitación extrínseca del tipo “un clavo saca a otro clavo”. La alternativa consiste en plantear que el poder puede ser regulado desde dentro. Si existe una regla que afirme la presencia de un criterio interno al juicio, tal es la imparcialidad, constituyendo una *medida* del ejercicio del poder. No basta, sin embargo, con sostener que hay criterios para la decisión: hace falta conocer el estatuto de esos criterios y, en particular, si pueden reconducirse a características propias de la función o a disposiciones del sujeto. Aun es posible distinguir entre criterios internos a la (o propios de la) función y criterios internos al (o propios del) sujeto.

Ya hemos visto cómo para el juez y para la administración pública el ejercicio del poder discrecional no corresponde a una ausencia total

de criterios de valoración. En el caso de la administración pública el criterio del interés general, a su vez conectado con el deber de igualdad, actúa como parámetro para la decisión. Para la administración pública cabría plantear que ese límite es “externo” al propio poder. El interés general, en efecto, es algo “deducido” no del propio procedimiento administrativo, sino del ordenamiento jurídico y político en su conjunto. La jurisdicción carece de un criterio similar a éste y eso hace difícil resolver el problema de la limitación del poder.

Una vía posible es aquella que considera la imparcialidad como una virtud, llevando así al interior del sujeto el criterio de la limitación del poder. En este sentido el juez imparcial se autolimitaría con base en la disposición o a la capacidad adquirida —valorable en términos éticos— de dar a cada uno lo suyo y de ser objetivo en el juicio.<sup>789</sup> La imparcialidad implicaría un control sobre las pasiones o inclinaciones, un dominio sobre los sentimientos y afectos y, al mismo tiempo, la exclusión de prejuicios que podrían viciar el juicio. Aplicando estos términos al juez, se podría decir que se le requeriría “ser justo” antes de desempeñar su función.

Aun cuando deseable, esta solución no es factible porque la imparcialidad estaría confiada a la pura casualidad: una vida virtuosa es el resultado de una decisión libre del sujeto. La tesis opuesta es que la imparcialidad sea regla interna no del sujeto sino de la función del juicio y de la práctica del derecho. La modalidad de explicación del juicio, según la imparcialidad, comporta la igual atención y consideración por las partes y eso es propio del juez por motivos independientes de sus preferencias morales. En ese sentido, se requiere que la imparcialidad esté garantizada indirectamente por los mecanismos a los que ya hemos hecho referencia. Ella se manifestaría siempre en el “juicio bien realizado”.

<sup>789</sup> Por ejemplo, en el sentido en el que Hart habla de imparcialidad como virtud propia de los jueces en la aplicación del derecho (Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 200 y 201). El autor parece considerar que se trata de virtudes “morales” y, en efecto, constata su arbitrariedad y la casualidad de su presencia en los funcionarios.

Al mismo tiempo la imparcialidad del juez implica una tendencia hacia la congruencia y la coherencia con el ordenamiento por causa de la exigencia de legitimación de la propia función, pero sobre todo por la necesidad de implementar, aunque mediáticamente, esas otras formas de imparcialidad que constituyen el ordenamiento, como son la generalidad de la ley y la búsqueda del bien común.