

II. LA CONVIVENCIA ENTRE LA ÉTICA JUDICIAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO

*Andrés Ollero Tassara**

La invitación recibida para abordar el tema propuesto, sólo puede encontrar justificación en que se me considere como aceptable arquetipo de ese "observador razonable" al que con notable reiteración nos remite el *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* (en adelante CMIEJ). Agradecido por lo de razonable, puedo admitir lo de observador. Me ocupé ciertamente en anterior ocasión, en homenaje a un inolvidable Fiscal, de los fundamentos de la deontología jurídica,¹ que algo tendrá sin duda que ver con lo que ahora nos ocupa. Por si fuera poco, mi papel como codirector de un Master de Bioética y Bioderecho en mi Universidad me ha permitido estar familiarizado con no pocas

* Catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad Juan Carlos I de España.

¹ "Deontología jurídica y derechos humanos" en *Libro Homenaje a Luís Portero García Granada*, Real Academia Jurisprudencia y Legislación, Facultad de Derecho, 2001, pp. 663-678; incluido luego en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, México, 2007, pp. 73-92.

exigencias deontológicas planteadas a los profesionales sanitarios. Valga pues, al menos, lo de observador.

1. ¿POR QUÉ NO UN CÓDIGO ÉTICO?

Se nos ha señalado la anómala situación planteada al haber apoyado, el Consejo General del Poder Judicial español, una siembra de códigos de ética judicial de variada tipología, en no pocos países iberoamericanos, a la vez que se cuidaba mucho de dar paso similar. Ello suscita hacernos un doble cuestionamiento: ¿tiene sentido proponer una ética judicial? y si lo tiene ¿ésta habría de plasmarse al margen del ya existente régimen disciplinario?

Una primera respuesta a lo anterior podría apoyarse en el recelo de que una regulación ética, ayuna de vinculación jurídica, pudiera servir de coartada para no perfeccionar un marco jurídico capaz de garantizar la impartición de justicia de manera merecedora de confianza ciudadana. No parece muy aconsejable confiar al heroísmo ético de los Jueces el logro de algunos objetivos que deberían verse garantizados por vía jurídica en un razonable marco institucional.

2. EXCELENCIA E IGUALDAD ANTE LA LEY

Profundizando un poco más, cabría recordar cómo el planteamiento moderno de la igualdad de los ciudadanos ante la ley proponía la exis-

tencia de idénticas normas para todos ellos, recelando de corporativismos perturbadores plasmados en normativas e instancias de control vinculadas a gremios o estamentos. Esto podría invitar a recelar de invocaciones a la *excelencia* (no menos reiteradas en el CMIEJ), que irían más allá de lo que cabría esperar de un derecho concebido como *mínimo ético*. Bien claro se nos plantea el asunto cuando se pretenden promocionar "cualidades o hábitos de conducta que caracterizan a la excelencia profesional y que van mas allá del mero cumplimiento de las normas jurídicas".²

Invocando los propósitos de la modernidad, podría recordarse su obvia huella en la Constitución española, cuyo artículo 26 establece que "...se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales". No dejarían de suscitarse ciertas dudas sobre su compatibilidad con esa convicción de que "... un Tribunal de Ética puede aceptar razones que serían inaceptables si actuara como un tribunal jurídico", "...puesto que lo primordial es modificar el futuro comportamiento del juez y lograr la excelencia".³

3. ALGO MÁS QUE CIUDADANOS

No sería difícil encontrar la adecuada réplica al recordar que "el poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que

² Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, Exposición de Motivos, VI.

³ *Ibid.*, V.

serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados".⁴ A nadie podrá pues extrañar que se dé por sentado que "el juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos".⁵

Se trata de una obviedad que tuve ocasión de resaltar con detenimiento en una España asolada por una epidemia de corrupción política,⁶ recordando que los hombres públicos han de merecer la confianza de los ciudadanos, lo que exige bastante más que verse libres de una incriminación formal. La dimisión de quien, sabiéndose inocente, es consciente de ver cuestionada la confianza social se convierte en fenómeno tan ordinario como saludable, por más que en el caso español siga resultando insólito. Mi larga experiencia como parlamentario me llevó a autoimponerme, como hombre público, un imperativo de nada fácil cumplimiento: no hacer ni decir nada que no pudiera hacer o decir en público. Mejor le habría ido a más de un político español de haberlo llevado a la práctica.

Tan indiscutible como la necesidad de disponer, sin coartadas éticas, de una regulación jurídica, indispensable para el correcto funcionamiento de un sistema democrático, resulta la insuficiencia de dicha

⁴ *Ibid.*, IV.

⁵ Artículo 55 CMIEJ.

⁶ "Responsabilidades políticas y razón de Estado", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (dir.) *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Universidad, Sevilla, 1996, pp. 23-35.

regulación si no se viera acompañada de llamadas a la reflexión y hábitos de comportamiento como los arriba apuntados, cuya regulación jurídica llevaría a un casuismo de difícil eficacia y digestión. Quedaría así, fuera de discusión, la conveniencia de un código ético que aspirara a lograr tan necesario complemento en la actitud de los Jueces.

4. ÉTICA ¿MORAL O DERECHO?

Uno de los problemas que de inmediato nos encontraremos al abordar el tema es ¿qué habría que entender por *ética*? Personalmente considero por tal, todo el ámbito global de deberes y exigencias que los humanos habrían de considerarse obligados a asumir. Incluiría en esto, tanto exigencias y deberes morales como jurídicos; tanto lo necesario para aspirar al logro de la máxima perfección individual, como lo exigido por ese mínimo ético, posibilitador de la convivencia, en que el derecho consiste. La frontera entre uno y otro no es de fácil deslinde. No son pocas las exigencias jurídicas que se ven acompañadas de similares obligaciones morales (no matar o no robar valdrían como ejemplo). Añádase a ello que dentro de la cultura iusnaturalista ha tendido a considerarse que la obediencia a la ley cobra una dimensión moral, al considerarse como moralmente valiosa la existencia de un ordenamiento jurídico estable. Los positivistas rigurosos negarán que la ley positiva genere obligación moral de obediencia alguna, pero como son los menos tampoco se notará demasiado.

Habr  quien entienda la  tica judicial como una llamada a sensibilizar la conciencia individual del Juez, animándole a lograr un perfeccionamiento personal en su trabajo, que no dejar  de generar satisfactorias consecuencias sociales. Quizá por eso se nos contraponen  tica judicial y régimen disciplinario, dando por hecho que nos estaríamos moviendo en los dominios de la moral, muy por encima del mínimo ético jurídicamente exigido por el bien común: imperativos de excelencia más que de justicia.

5. DEONTOLOGÍA Y EXPECTATIVAS SOCIALES

Sin que ello signifique por mi parte escepticismo alguno respecto a la conveniencia de exhortar a la santidad personal, creo que habría un interesante campo de exigencias, formalmente ajenas en apariencia a la legalidad, que al margen de maximalismos morales deberían encontrar acomodo en esta  tica judicial que se nos propone. En buena medida, la aspiración de las más variadas deontolog as profesionales consiste en no frustrar las expectativas sociales de los ciudadanos sobre el correcto modo de comportarse de los protagonistas del sector. Ello explica que la misma Constitución española, tras descartar tribunales de honor de ámbito profesional, reconozca en su artículo 36 la necesidad de regular el "régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones". Se produce así una delegación normativa que reconoce la capacidad auto-reguladora de dichas corporaciones, sin perjuicio del posible control judicial ulterior de sus resoluciones. Es precisamente

esta tarea deontológica la que tiende a legitimar a unas instituciones no pocas veces cuestionadas.

6. ¿CONTROL MORAL DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL?

Parece claro que esta capacidad autoreguladora se ve en España cumplida para los Jueces dentro del ámbito de gobierno, deseablemente independiente, del Consejo General del Poder Judicial a través de su régimen disciplinario. ¿Sería necesario algo más? Flotará la duda de si la respuesta afirmativa no nos abocaría a no pocos problemas de nada fácil solución. Valga como ejemplo cualquier intento de controlar la inevitable discrecionalidad judicial. Se nos dirá al respecto que la "discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas".⁷ Son bien conocidos los problemas suscitados en España ante la posibilidad de que la aplicación del régimen disciplinario pueda implicar una injerencia en la función jurisdiccional del Juez. Es fácil imaginar los que podrían surgir si las que levantarán tal sospecha fueran exigencias éticas (entiéndase morales) sin naturaleza jurídica reconocida.

La alusión a la discrecionalidad judicial nos invita de nuevo a reflexionar sobre la compleja relación entre *moral* y *derecho*, que amenaza

⁷ *Código Modelo...*, op. cit., IV.

con sumir en la confusión a una *ética* judicial de naturaleza y perfiles no muy definidos. Si antes hablábamos de positivismo, habría ahora que plantear si al abordar el ámbito de la ética se asume como punto de partida un cognotivismo o un *no cognotivismo*.

Cuando, como en mi caso, se asume sin dificultad la posibilidad de una razón práctica —que nos permite resolver, de modo a la vez racional y conformador, cuestiones jurídicas— la discrecionalidad judicial reviste un carácter flexible, implicando una tarea prudencial alejada de todo propósito arbitrario. Mientras que nos movamos dentro de ese ámbito de concretización positivadora de la solución a un problema no nos encontramos ante problema moral alguno sino ante la operación estrictamente jurídica de hacer justicia. Podrán existir discrepancias entre una u otra solución jurídica, pero la moral y sus exigencias maximalistas no tendrán mucho que ver con la cuestión. Es fácil que el positivista, más o menos *inclusivo*, acabe complicando la cuestión, al calificar caprichosamente como *morales* las distintas alternativas en juego, cuando se trata en realidad de diversas propuestas *jurídicas* de solución. Si se suscribe un empeño berroqueño en considerar derecho sólo a un derecho positivo, que nadie sabe muy bien cuándo, quién y cómo lo pone,⁸ surge la necesidad de considerar moral lo aun en trance de ponerse, aunque si se propone como solución es por ser jurídico.

⁸ He resaltado la cuestión en *El derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 53 y ss.

Partiendo de la posibilidad de una razón práctica, la única exigencia ética es no confundir discrecionalidad con arbitrariedad, ni prudencia con "voluntarismo selectivo", por utilizar el término al que recurre el Tribunal Constitucional español cuando controla la fidelidad al principio de igualdad en la aplicación de la ley.⁹ Una cosa es determinar racionalmente la solución jurídica para que un problema sea más complejo, que formular un simple silogismo, y otra bien distinta, que el Juez acabe haciendo de su capa un sayo. Salvo la prohibición de la arbitrariedad, presente por lo demás con rango constitucional en el ordenamiento español, no se me ocurre más freno ético a la discrecionalidad que la necesaria motivación, exigida jurídicamente también por la propia Constitución en el caso español.

Cuando por el contrario, como ocurre con Kelsen, se asume un punto de partida no cognotivista, la situación es bien distinta. El Juez se seguiría llamando así por mero atavismo, ya que falto de un posible razonamiento práctico no enjuicia en realidad nada, sino que opta mediando un mero acto de voluntad por una u otra opción.¹⁰ Nos encontramos pues ante una inevitable discrecionalidad en sentido fuerte. El juicio

⁹ De ello me he ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2a. ed. aumentada y actualizada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 163, Madrid, 2005, pp. 55, 66, 105 y 140.

¹⁰ "Lo que se llama el 'juicio' de un Tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige". KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, ed. de 1934, 3a. ed., Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 48.

moral (esta vez sí...) que, desde puntos de vista ajenos a toda racionalidad, tal opción merezca resultará en todo caso jurídicamente irrelevante; no tendría sentido que perdiéramos el tiempo en ocuparnos de él, ya que no conduciría ni a un mejor ni a un peor derecho. El único freno a la obligada arbitrariedad será la existencia de un control procedimental, de aleatoria eficacia.

7. ACTITUDES GENERADORAS DE CONFIANZA

Asunto diverso es el ya señalado de no lesionar la confianza de los ciudadanos en la tarea judicial al frustrar sus legítimas expectativas sobre el correcto comportamiento de los Jueces. Si algo aprendí en mis años de trabajo parlamentario es que en política las cosas no son como son sino como parecen. De ahí mi satisfacción al tropezarme con la siguiente constatación: "el juez no sólo debe preocuparse por *ser*, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por *parecer*, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial".¹¹ Es lógico pues que se recuerde que "el juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia".¹²

El problema podrá consistir en cómo conseguir tan plausible objetivo. Se supone que el código ético que comentamos establece una

¹¹ *Código Modelo... op. cit.*, IV.

¹² Artículo 43 CMIEJ.

"división de la conducta que pretende regular en lícita e ilícita y, de esta manera, sirve de guía para sus destinatarios".¹³ No oculto que me parece poco ambicioso y exhortativo en exceso. Más afortunado me parece cuando se afirma que "el Código dota de cierta objetividad al concepto de 'excelencia judicial'. Ello vale no sólo para los propios Jueces, sino también para la sociedad".¹⁴ Estas últimas palabras me parecen particularmente ajustadas a lo que implicaría una auténtica deontología profesional. Me remitiré para ello a un texto clásico, de traducción bastante antigua:

La línea que separa el dominio del legislador del dominio del deontologista, es bastante marcada y visible. El punto donde las recompensas y puniciones legales cesan de intervenir en las acciones humanas, es donde vienen a colocarse los preceptos morales y su influencia. Los actos cuyo juicio no se ha sometido a los tribunales del Estado, caen bajo la jurisdicción del tribunal de la opinión.

Estos textos de ética judicial no habrían de tener como destinatarios sólo a los propios Jueces, sino que deberían ser difundidos entre los ciudadanos, para que estos pudieran forjar expectativas razonables y legítimas exigencias sobre su conducta. De ahí que nuestro autor añada: "La legislación ha usurpado ya demasiado en un territorio que no le pertenece. Demasiadas veces ha sucedido que intervenga en actos donde su

¹³ *Código Modelo... , op. cit., VII.*

¹⁴ *Ibid., IX.*

intervención no ha producido sino mal".¹⁵ Las piezas parecen comenzar a encajar.

Es ahora cuando se convierte en decisivo el papel del "observador razonable",¹⁶ dando paso a un beneficioso control social (subsidiario) sobre determinadas actitudes de los Jueces. Como es lógico, esto requiere una adecuada ilustración de los ciudadanos, si no se quiere residenciar perturbadoramente en el régimen disciplinario el logro de objetivos tan sensatos como: "El juez debe procurar evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa".¹⁷ En la medida en que falte a esta cultura social, habrá que recurrir a las previsiones disciplinarias, para que las metas perseguidas no queden en nada. Recientes polémicas políticas convierten, en el caso español, en insuficientes, sin mayor concreción, previsiones tan genéricas como: "Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable".¹⁸

8. PRENSA DE CALABOZO

Decisivo será al respecto el papel a cumplir por los medios de comunicación, desgraciadamente proclives, en el caso español, a la explotación

¹⁵ BENTHAM, J., *Deontología o ciencia de la moral*, vol. I, 2, Ferrer de Orga, Valencia, 1836, pp. 24 y 25.

¹⁶ *Cfr.* artículos 11, 14, 54 y 81 CMIEJ.

¹⁷ *Ibid.*, artículo 12.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 14.

del morbo jurídico-penal y a la gratificación informativa de flagrantes vulneraciones deontológicas e incluso legales perpetradas por los llamados Jueces-estrella.¹⁹ El morbo se ha desplazado en la prensa de una desaparecida sección de "sucesos", que se presentaba expresamente como tal, a una información de tribunales que inconfesadamente inunda todas las secciones imaginables. Si la llamada *prensa del corazón* parece conformarse con su periodicidad semanal, a la que cabría etiquetar como *prensa de calabozo* contar con un espacio cotidiano parece saberle a poco.

Ni régimen disciplinario ni exhortaciones éticas podrán sustituir la obligada labor de los medios de comunicación decididos a cumplir una tarea de urgencia social. Sin ellos de poco servirá en España proclamar que:

...el juez debe evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social,²⁰ [o que] el juez debe comportarse, en relación con los medios de comunicación social, de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.²¹

¹⁹ Me remito al respecto a lo afirmado, no hace mucho, por quien coordina esta sesión: ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Imparcialidad judicial e independencia judicial" en *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial No. 151, Madrid, p. 69.

²⁰ Artículo 60 CMIEJ.

²¹ *Ibid.*, artículo 59.

Atribuyamos pues un papel relevante a la sociedad, en la que los medios de comunicación tan decisiva tarea cumplen, si queremos que las expectativas legítimas de los ciudadanos sobre la conducta de los Jueces no se vean frustradas por falta de puntos de referencia éticos, residenciados en las normas jurídicas o en un control que difícilmente podrá el Poder Judicial imponerse a sí mismo sin el apoyo del tribunal de la opinión.

SERIE
ÉTICA JUDICIAL



19

**Códigos de Ética Judicial, derecho disciplinario
y justificación de la ética del Juez**

**MINISTRO EN RETIRO JUAN DÍAZ ROMERO
DOCTOR ANDRÉS OLLERO TASSARA
DOCTOR RODOLFO LUIS VIGO**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Sergio A. Valls Hernández
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Juez Juan José Franco Luna
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO
FO
C156
C624c

Códigos de Ética Judicial, derecho disciplinario y justificación de la ética del Juez / [compilación a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial ; presentación Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia]. — México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010.
99 p. ; 19 cm. — (Serie ética judicial ; 19)

Contenido: El Código de Ética Judicial. La experiencia mexicana / Juan Díaz Romero – La convivencia entre la Ética Judicial y el derecho disciplinario / Andrés Ollero Tassara – Preguntas, objeciones, riesgos y justificación de la Ética Judicial / Rodolfo L. Vigo

ISBN 978-607-468-194-9

1. Ética judicial – Responsabilidad de servidores públicos 2. Derecho disciplinario – Código de Ética Judicial 3. Comisión Nacional de Ética Judicial – Opiniones consultivas – Recomendaciones 4. Ética del servidor público 5. Deontología jurídica 6. Sanciones aplicables por responsabilidad 7. Independencia judicial 8. Actos de autoridad I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, comp. II. Ortiz Mayagoitia, Guillermo Iberio, 1941- , pról. III. Díaz Romero, Juan, 1930-. IV. Ollero Tassara, Andrés, 1944-. V. Vigo, Rodolfo Luis. VI. Ser.

Primera edición: junio de 2010

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

Su edición y diseño estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.