

A PROPÓSITO DEL CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL

Gema Marcilla Córdoba
Prof. Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

1. Introducción
2. El auge de los códigos éticos
3. Los códigos éticos profesionales y su relación con el Derecho
 - 3.1. Las profesiones y su función social. Algunos apuntes históricos
 - 3.2. Códigos éticos profesionales y concepciones del Derecho
 - 3.3. Normas de códigos éticos *secundum legem, praeter legem o contra legem*
 - 3.4. Casos difíciles: relevancia de la función social del colectivo profesional
4. A propósito del Código Iberoamericano de Ética Judicial
 - 4.1. Un espacio judicial iberoamericano
 - 4.2. Las funciones del CIEJ
5. Algunas consideraciones finales

1. Introducción

Los códigos éticos están experimentando un gran auge en los últimos años. De forma muy general, cabe decir que se trata textos que establecen modelos de conducta que generan consenso entre quienes desempeñan labores en un determinado ámbito social. Convenir “ideales”, enunciando los principios, los fines, los valores, las virtudes, etc., que deben orientar la conducta excelente en un determinado ámbito de las relaciones sociales qué duda cabe que es un buen modo de ayudar a enfrentarse a disyuntivas a quienes desempeñan su labor en ámbitos propensos a sufrir dilemas morales, como la experimentación científica y el desarrollo tecnológico, pero también el mundo de la economía y las finanzas, por supuesto el campo de las distintas profesiones. Recientemente, estas normas éticas se extienden incluso a las instituciones públicas (el parlamento, el gobierno, la administración, la justicia). Precisamente, el Código Iberoamericano de Ética Judicial¹ es una manifestación de este protagonismo de la ética aplicada en nuestras sociedades cada vez más complejas, en constante proceso de transformación, ideológicamente plurales y crecientemente interconectadas.

¹ Se trata del Código Iberoamericano de Ética Judicial (CIEJ) aprobado en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana el 2 de abril de 2014. Puede ser visto como una manifestación del *Leitmotiv* de este I Congreso de Filosofía del Derecho en el Mundo Latino, por cuanto explicita la idea de un espacio judicial común a una región, conectando con la idea de una tradición jurídica diferenciada y de una reflexión iusfilosófica con tintes propios, no excluyentes de las tradiciones y tendencias de pensamiento anglosajonas, pero con vigor suficiente para propulsar transformaciones institucionales.

Los interrogantes que plantean los códigos son múltiples y en absoluto sencillos de responder, entre otras razones porque las respuestas vienen condicionadas, cuando menos y en primer lugar, por los diversos y en ocasiones confrontados puntos de vista metaéticos². Pero además, los estándares de los códigos éticos, al representar algún tipo de “normas”, de inmediato suscitan la pregunta de cuál es su relación con el Derecho, enlazando con la controversia sobre las diferentes concepciones del Derecho y visiones acerca de la relación entre Derecho y moral³. Y por último, cabría decir que cuando los preceptos de los códigos éticos tienen por destinatarios precisamente a quienes desempeñan funciones institucionales y en particular la función de la aplicación del Derecho, puede surgir más de una paradoja en torno a las metanormas éticas sobre el ejercicio de la función jurisdiccional⁴.

La complejidad del tema hace necesario, en consecuencia, acotar muchísimo el objeto del trabajo que será básicamente el de contextualizar el auge de los códigos éticos, ofrecer un punto de vista acerca de las relaciones entre los códigos éticos profesionales y el Derecho, y, finalmente, y a propósito de la adhesión por parte de España al Código Iberoamericano de Ética Judicial, realizar algunas consideraciones sobre el mismo.

2. El auge de los códigos éticos

Manuel Atienza resalta tres factores de carácter general que explican el interés en nuestras sociedades por los códigos éticos: en primer lugar, el pragmatismo, que impulsa la ética aplicada, en general, y el desarrollo de las éticas profesionales, en particular. En segundo lugar, el exponencial avance científico y tecnológico de las sociedades actuales, donde se genera la consciencia de que “el avance en sí no es suficiente, siendo preciso reflexionar sobre los valores a los que sirven tales avances”, sobre los riesgos que entrañan, etc. En tercer lugar, el pluralismo y la interconexión que caracteriza a las sociedades actuales, que genera incertidumbre sobre cómo hay que comportarse⁵.

En efecto, si bien los códigos éticos, en especial los profesionales, no son ningún invento del siglo XXI, sino, en alguna medida, una reminiscencia de los privilegios normativos de la poliarquía

² CAMPS, V. y CORTINA, A., “Las éticas aplicadas”, en GÓMEZ, C. y MUGUERZA, J. (Eds.), *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

³ Vid. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁴ Correspondiendo a la judicatura la última fase de la “teoría de la justicia” (la aplicación del Derecho) parece ineludible el interrogante de “quién controla al controlador”, Vid. CORTINA, A., “La ética de los jueces”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Núm. 19, 2008, p. 9.

⁵ ATIENZA, M., “Ética judicial”, *Revista Jueces para la democracia*, Núm. 40, marzo 2001, pp. 17-18; del mismo autor, “Un código model(ic)o”, *Revista Jueces para la democracia*, Núm. 57, noviembre 2006, pp. 80-83; “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, *Revista Jueces para la democracia*, Núm. 46, marzo 2003, pp. 43-46; “La imparcialidad y el Código Modelo de Ética judicial”, en *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2009, pp. 169-186.

medieval, sí es cierto que diversos rasgos de la sociedad postmoderna han elevado a la ética a un primer plano⁶. Las disyuntivas morales que se plantean en los diversos ámbitos de la sociedad requieren del análisis y reflexión éticos⁷. Muy diversos aspectos estarían implicados en este repunte de las éticas aplicadas. Entre otros, el triunfo axiológico de la democracia, el individualismo moral frente a los deberes incondicionales a la colectividad, el pluralismo ideológico y cultural, y muy especialmente la globalización: en el seno de una sociedad donde las relaciones en todos los ámbitos de la sociedad dejan de encontrar límites en el tiempo y en el espacio gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es normal que se incrementen exponencialmente las dudas sobre los fines y los límites de las conductas. Por lo demás, aun cuando en relación con muchos de los dilemas morales fuese conveniente o incluso preciso disponer de normas jurídicas de alcance mundial, es decir, disponer como dice Ferrajoli, de una esfera jurídico-pública global, en su defecto la ética constituye una buena plataforma para el análisis, la reflexión y la orientación ante los nuevos dilemas morales⁸. Finalmente, como señala Prieto, este repunte de la ética, tiene bastante que ver con el desencanto frente a la política, o más exactamente, frente a la *Realpolitik*, quizás con la esperanza de que sea la ética (que se hace residir en la sociedad civil, en el ámbito privado) la que ponga solución a los desmanes de la política, a la que “se sataniza como el imperio del mal, de la corrupción y de la ineficacia”⁹.

3. Los códigos éticos profesionales y su relación con el Derecho

3.1. Las profesiones y su función social. Algunos apuntes históricos

⁶ La ética de las profesiones, en el debate sobre las éticas aplicadas de los años sesenta y setenta del siglo pasado, es uno de los temas predilectos para Weber, Durkheim o Parsons, quienes resaltan la idea de *función social*, Vid., CORTINA, A., “La ética de los jueces”, cit., p. 10.

⁷ Coincidiendo con RAWLS, Cortina estima que no sólo se puede predicar virtudes del individuo como primer agente moral, sino también de las instituciones: “la atención a la justicia se ha centrado en los sistemas sociales, más que en las personas y en sus acciones, en la realidad de que la pretensión de justicia es condición de legitimidad de las instituciones pertenecientes a la estructura básica de la sociedad”, CORTINA, A., “La ética de los jueces”, cit., p. 8.

⁸ Vid. GARCÍA CLARK, R., “Contexto de aparición y pertinencia del Código Iberoamericano de ética judicial”, *Revista de Derecho UNED*, Núm. 16, 2015, pp. 903-905.

⁹ PRIETO, L., Discurso “Ética y política”, *Lección inaugural de la Uclm* del año académico 1992-1993, p. 12 del manuscrito. Es curioso que, releyendo un texto de hace más de veinte años relativo a la política española, las palabras conservan a mi juicio plena vigencia. Así, decía Prieto: “El proceso constituyente español de 1978 quiso dar vida a una comunidad ideal de diálogo, pero, sin llegar a tanto, no cabe duda que representó un intento de articular un modelo de convivencia política fuertemente impregnado por consideraciones éticas, y ello aunque sólo fuese por la implantación de un sistema democrático capaz de institucionalizar ese principio de autonomía colectiva [...] Sin embargo, poco después de la Constitución llegó el desencanto, es decir, el desengaño ante las promesas incumplidas, la frustración que nace de comparar el texto de la Constitución -que sobre todo los no juristas tienden a considerar taumatúrgico o milagroso- y la pobre realidad empírica, incapaz de reflejar siquiera pálidamente aquella utopía normativa”.

Los códigos éticos o deontológicos suelen entenderse como estándares de comportamiento que suscitan consenso entre un colectivo profesional acerca de cómo debe ejercerse tal profesión; acerca de cuál es el profesional “ideal”. A veces, las normas éticas o deontológicas son las propias de colectivos que donde la dimensión *profesional* es la que los define (las tradicionalmente denominadas profesiones liberales, como médicos y abogados, aunque a día de hoy tales colectivos son innumerables: periodistas, farmacéuticos, ingenieros, deportistas, consejeros de administración de empresas). Últimamente las normas éticas también se dirigen a profesionales cuya función es centralmente *institucional* (fiscales, administración, políticos y desde luego, los jueces). En el caso de las primeras profesiones, los códigos éticos solventarían fundamentalmente dilemas morales en el desempeño de la profesión. En el caso de las profesiones institucionales, las normas éticas tendrían un campo distinto o quizás adicional: el de orientar el comportamiento de profesionales al servicio de las instituciones, pero que por supuesto al mismo tiempo tienen una vida personal y social.

En la actualidad, la función social o institucional está muy presente también en las profesiones liberales, de modo que la ética profesional y la ética pública o institucional están presentes en todas las profesiones, si bien en diferente medida. Contrastemos dos profesiones jurídicas: en el caso de un juez, prima claramente la función institucional, y sólo desde planteamientos digamos “antisistema” podría hablarse de un sentido específico de la profesión judicial al margen de su sentido institucional. En cambio, en el caso del abogado, siendo relevante su función social pues el abogado es una pieza clave de la administración de justicia, claramente hay un aspecto profesional, deslindado de su función social, relacionado con la defensa de los intereses particulares de su cliente y con su propio prestigio e interés empresarial, porque es una profesión lucrativa. Obviamente, la tutela judicial efectiva es más o menos efectiva según el abogado que nuestros recursos económicos nos puedan permitir.

La dimensión profesional de los códigos, de hecho, es históricamente previa a la función social, dado que las normas deontológicas profesionales son normas creadas en el seno de los colegios profesionales, cuyo origen es gremial y, por tanto, antiguo y medieval.

Sin entrar en detalle, los colegios profesionales son un tipo de corporación¹⁰, que, como hemos dicho, aúna a profesionales liberales de un cierto tipo, de entre los cuales sin duda destacan los

¹⁰ Los colegios profesionales, junto a las Cámaras oficiales, constituyen corporaciones de Derecho público, integrando la llamada Administración corporativa. Estas asociaciones “forzosas” de particulares poseen personalidad jurídico-pública y el Estado delega en ellas potestades típicamente administrativas para defender intereses de sus miembros, aunque con la justificación de desempeñar también funciones de interés general. La bibliografía sobre la Administración corporativa es ingente. Vid. entre otros PÉREZ BOTIJA, E., “Problemas de administración corporativa”, *Revista de estudios políticos*, Núm. 7-8, 1942; POMED SÁNCHEZ, L. A., *Doctrina constitucional sobre la administración corporativa*, Cuadernos de derecho

colectivos de juristas (notarios, abogados). Su antecedente medieval son las cofradías religiosas y al igual que otros gremios (artesanos, ganaderos, mercaderes) quienes se dedicaban a la prestación de servicios profesionales comienzan a organizarse como tales en la Baja Edad Media¹¹. En particular, la organización colegial-gremial, a muy grandes rasgos, se caracterizaron por sustraerse a otras normas más generales, disponiendo de privilegios y también ordenanzas propias que regulan la instrucción, el acceso y el desempeño de la profesión, una caja común para, por ejemplo, cumplir funciones de mutualidades de previsión social, etc. El absolutismo establece leves limitaciones a las corporaciones, *siendo en la Ilustración cuando se lleva a cabo la mayor crítica a los colegios*, sobre la base de que entre el Estado y el individuo nada debe interponerse¹². Así, la consolidación del Estado moderno supone la reducción de los privilegios colegiales, pero jamás llegan a desaparecer, si bien es cierto que cada vez más justificando su existencia en las funciones sociales que pueden cumplir, pero sin olvidar su dimensión de defensa de los intereses particulares del colectivo (interés empresarial) frente a las normas generales. La formulación de códigos éticos, dictados en el seno de los colegios profesionales que conviven con el Estado liberal, persiguen inicialmente dos objetivos: en primer lugar, garantizar a los ciudadanos la independencia del profesionalismo respecto del poder político; en segundo lugar, un interés relacionado con el carácter lucrativo de su profesión, como es generar confianza en el cliente a pesar del lucro. Los Colegios profesionales pasan a formar, como se ha dicho, la Administración corporativa y los códigos éticos o deontológicos se van integrando en el

judicial, Núm. 1, 2001, pp. 19-76. FARRERES, G. J., *Colegios profesionales y derecho de la competencia*, Civitas, Madrid, 2002.

¹¹ Entre las obras sobre los gremios en España con una pretensión general cabría citar RUMEO DE ARMAS, Antonio, "Historia de la Previsión social en España: Cofradías, Gremios, Hermandades, Montepíos", *Revista de Derecho privado*, 1944, y MOLAS RIBALTA, Pedro, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII. La estructura corporativa ante el comienzo de la Revolución Industrial*, Madrid, 1970, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1970.

¹² Del contraste entre la situación de los gremios y otras corporaciones en el Antiguo Régimen y en el Trienio Liberal, se ocupa MEDINA PLANA, Raquel, "Entre los viejos gremios y la liberación del trabajo y la industria: análisis de un proyecto legislativo abandonado", *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, Zaragoza, 12 (2003), pp. 545-608. Señala la autora que en España Jovellanos en su *Informe dado a la Junta General de Comercio y Moneda sobre el libre ejercicio de las artes*, en respuesta a una consulta realizada por tal Junta, dirigida a la reforma de las ordenanzas gremiales de artes y oficios, el ilustrado se opone a cualquier tipo de corporativismo. En la práctica, lo más radical que se llegó a hacer fue establecer la libertad del ejercicio profesional (Decreto de 1813, a iniciativa del diputado José Queipo de Llano, el Conde de Toreno), "pero en ningún momento se llegó a abolir la organización gremial, como hicieran las leyes francesas anteriores sobre la materia (el famoso, aunque por muy breve tiempo en vigor, 'Edicto Turgot' o la posterior Ley Le Chapelier de 1791, que explicitaba la prohibición formal, *bajo cualquier pretexto y de cualquier forma*, de toda agrupación de personas del mismo estado o profesión para la defensa de sus pretendidos intereses comunes", cit., p. 548. Vid. sobre el Edicto Turgot, ALONSO OLEA, M., "Apuntes sobre las formas de trabajo en Turgot y la comparación al respecto entre éste y Adam Smith hecha por Dupont de Némours", en *Anales del CUNEF*, Madrid, 1980.

Derecho como expresión de autorregulación regulada, bajo el lema “ética a cambio de autonomía”¹³. Es lógico que frecuentemente encontremos preceptos deontológicos vinculados al cumplimiento de un deber especial y característico de la profesión potencialmente conflictivos con el interés general que tutelan otras normas del Derecho. Pensemos en el médico, que antes de denunciar al delincuente ha de atenderlo si su integridad física corre peligro, o en el periodista, a quien se le permite no revelar sus fuentes, y por supuesto en el abogado, que en ejercicio del derecho de defensa debe ocultar la verdad si ello fuera necesario para defender a su cliente. No obstante, con el tiempo, el perfil profesional se ha ido atenuando a favor de la función social o de servicio público en la mayor parte de las profesiones¹⁴. Por lo demás, y por cerrar este breve recorrido del origen y evolución de los colegios profesionales y sus normas, cabría señalar que la globalización económica y financiera y *la liberalización del mercado de servicios es a día de hoy la amenaza más seria a la subsistencia de los colegios profesionales*, por ser vistos los colegios como obstáculos a la libre competencia¹⁵.

Interesa señalar que estas dos funciones presentes en los códigos éticos son tendencialmente conflictivas: la función estrictamente profesional (focalizada en el deber profesional) y la función

¹³ Actualmente los colegios Profesionales tienen la facultad de elevar al Gobierno propuestas de Estatutos Generales, en los que suelen introducirse sus códigos éticos, incorporándose las “normas éticas” o “deontológicas” al ordenamiento jurídico. La infracción de las normas de deontología profesional habilitan a los colegios profesionales para el ejercicio de facultades disciplinarias. De acuerdo con los principios Derecho administrativo sancionador, pueden enjuiciar las conductas de los profesionales de su colectivo, estableciendo y ejecutando sanciones, sin perjuicio de las revisiones en sede administrativa y en sede contencioso administrativa (Vid. STC de 21 de diciembre de 1989: “las normas deontológicas (...) no son simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario, pues tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados”).

¹⁴ A partir de la distinción aristotélica entre *praxis* y *poiesis*, cabe indicar que el buen profesional no se define sólo por conocer técnicas y aplicarlas, sino por conocerlas y aplicarlas tratando de cultivar las virtudes y de acuerdo con los valores o fines a los que sirve la profesión, Vid. CORTINA, A., “La ética de los jueces”, cit., p. 10.

¹⁵ No sólo en el Estado liberal fue difícil la limitación de las potestades de los colegios profesionales. Restringiendo el análisis al Derecho español de las últimas décadas, la ley vigente es una norma preconstitucional (la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales de 1974). Restando algunas modificaciones parciales para dar cumplimiento al Derecho de la UE en materia de liberalización de servicios, la única gran reforma ha sido intentada por el Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales del Ministerio de Economía y Competitividad, de 27 de febrero de 2014, cuyo avance ha sido frenado costando la apertura de un expediente por la Comisión Europea en junio de 2015. La ley preconstitucional establece en su artículo 3.2 el requisito de colegiación obligatoria para el ejercicio de las profesiones colegiadas, si bien la ley 25/2009, añade como fin esencial de los colegios “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”. La primera modificación de los colegios tiene lugar mediante la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, que en aras de la libre competencia, restringe el deber de colegiación al colegio de domicilio del profesional y suprime la fijación potestad de fijación de honorarios mínimos por los colegios. La tendencia liberalizadora continúa mediante el Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. La legislación sobre colegios se ve forzada a una reforma por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, pero, como se ha dicho, el Anteproyecto de 2014 se encuentra en suspenso.

institucional (centrada en el interés y servicio público)¹⁶, estando ambas presentes en el ideal de buen profesional, son potencialmente incompatibles (al igual que en conflicto potencial pueden hallarse las normas jurídicas y la conciencia o la moral crítica): para el profesional, el cumplimiento de ciertos deberes típicos de su profesión puede resultar difícilmente compatible con el cumplimiento de su función dentro de la sociedad al servicio del interés público¹⁷. Y, en términos muy generales, la metaética ofrecería dos grandes vías de solución a estos conflictos: una de las respuestas posibles es que el conflicto entre deberes profesionales y deberes institucionales lo único que hace es revelar que hay “distintos tipos de ética”. Paradigmática en este sentido es la confrontación weberiana entre la *ética de la responsabilidad* del político y *ética de la convicción* del científico¹⁸. La segunda, y en mi modesta opinión, más acertada vía es la de la unicidad de la ética y del razonamiento práctico.

3.2. Códigos éticos profesionales y concepciones del Derecho

Resulta bastante pacífica la idea de que los códigos éticos son una manifestación de la moral social¹⁹. Su relación con el Derecho, desde un punto de vista muy formal (pertenencia o no al

¹⁶ Cortina se refiere a “personas institucionalizadas” o que forman parte de una institución que conforma la estructura básica de la sociedad, “La ética de los jueces”, cit., p. 9.

¹⁷ APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, Pamplona, 2006. El pormenorizado estudio las obligaciones éticas de los juristas en tres principios fundamentales: la dignidad individual, la función social que debe presidir el desempeño de las profesiones jurídicas y la búsqueda de la excelencia, no sólo científico-técnica sino también con el desarrollo de virtudes éticas.

¹⁸ La separación entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad, a la que alude Max Weber, es, en efecto, una manifestación de una visión de la ética profesional, como condicionada por las peculiaridades de la esfera social de que se trate, WEBER, M., *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. Esa visión es la que suscribe la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid: “La naturaleza de las normas éticas que rigen las profesiones es compleja porque no es única o unívoca sino distinta o diversa según cada uno de sus aspectos constitutivos determinantes y, mientras que la naturaleza que determinan unos aspectos las asemeja al resto de las normas jurídicas, la que determinan otros aspectos resulta contradictoria con las anteriores y las distingue, separa o, incluso en algunos supuestos, contraponen con sus iguales de referencia del resto del ordenamiento jurídico. De suerte que si en unos aspectos son como cualquier otra norma, no lo son en otros, haciendo todo ello que las normas éticas constituyan un tipo especial o singular de derecho, que venimos denominando “Ética Jurídica” y calificando como “Codificación Jurídica de Cuarta Generación” (*Opúsculo*, Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid en julio de 2011).

¹⁹ Jeremy Bentham, con un entusiasmo similar con el que postuló la codificación del Derecho en Inglaterra, redactó un tratado sobre deontología o ciencia de la moral, separada del Derecho: “Laws in England [...] take a considerable portion of human actions under their cognizance. Wherever the sufferings inflicted by misconduct are so great as to affect the persons or property of the community on a large scale of mischievousness, penal visitation comes with its punishments: where actions are supposed to be beneficial over so large an extent as to demand the attention of the legislative or administrative authorities, public recompense is brought to reward them. Beyond these limits vast masses of enjoyment and suffering are produced by human conduct, and here is the province of morality. Its directions and its sanctions become a sort of factitious law. Those directions are of course dependent on the sanctions to which they appeal ; and it is only by bringing the behaviour of men under the operation of those sanctions that the moralist, or the divine, or the legislator, can have any success or influence”, BENTHAM, J., *Deontology; Or The Science of Morality; in which the harmony and co-incident of duty and self-interest, virtue and felicity, prudence and*

Derecho; carácter obligatorio, facultativo, orientativo, supletorio, etc.) dependerá de lo que el propio Derecho establezca. Sin embargo, qué duda cabe que esta presentación pasa por alto que, estando normas de contenido ético en juego, potencialmente podrá haber tantas visiones de las relaciones entre los códigos éticos como concepciones del Derecho²⁰.

En efecto, y como dice Josep Aguiló, la concepción del Derecho determina la visión de los códigos éticos. En particular, y respecto de la función judicial, desde una visión escéptica (las normas no determinan la conducta de los jueces), el ideal de buen juez (si mereciera la pena reflexionar sobre tal ideal desde esta perspectiva) viene dado por criterios políticos o externos al propio Derecho²¹. Pensemos, por ejemplo, en Panamá. Panamá es un Estado constitucional de Derecho. Dispone de una Constitución y un ordenamiento jurídico similar al de otras consolidadas democracias. También ha firmado diversos instrumentos internacionales. Tanto la abogacía como la magistratura disponen de sendos códigos éticos y, como no, es uno de los países participantes en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de 2006, edición en la que se aprueba el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial²². A pesar de todo lo anterior, es *vox populi* que Panamá puede considerarse un paraíso fiscal. Las instituciones (legisladores, jueces, fiscales y abogados) son cómplices a la hora de entender que una de las fuentes de riqueza del pequeño país debe ser facilitar el blanqueo de capitales, el fraude y la evasión fiscal de otros Estados democráticos. No es, por tanto, de extrañar que el gran negocio de prestigiosos despachos de abogados sea el de auxiliar a personas físicas y jurídicas no residentes a blanquear ingresos o evadir impuestos, y el resto de las instituciones estatales (administración, registros, y la propia administración de justicia) cooperan a mantener la opacidad informativa sobre tales personas o sociedades, como elemento definitorio del paraíso fiscal. Panamá no es quizás un buen banco para ensayar la función que pueden cumplir los códigos deontológicos o éticos de las profesiones, especialmente de las jurídicas, porque nos sitúa en

benevolence, are explained, exemplified and applied to the bussiness of life, John Bowring (Ed.), Longman, London, Edimburgh, 1834, pp. 2-3. Vid. asimismo p. 58.

²⁰ “Cuando un Código de ética judicial incluye estándares como los que he mencionado, surge el problema de que no sabemos realmente qué es lo que este Código demanda del juez. No lo sabremos a no ser que incorporemos en nuestro análisis una concepción del Derecho y del razonamiento judicial”, IGLESIAS VILA, M., “Argumentación judicial y principios de ética”, Conferencia publicada en *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación jurídica*, SCJN, México, 2012, pp. 4-5.

²¹ “Desde los del escepticismo radical hacia el Derecho y hacia el método jurídico, si ya es difícil poder hablar de ‘deberes jurídicos de los jueces’, mucho más complicado resulta todavía hablar de Ética judicial [...]. Si uno adopta una actitud fuertemente crítica y escéptica hacia el Derecho (hacia la capacidad del Derecho de guiar y controlar la conducta), entonces sólo se puede atribuir sentido y valor a la actividad del juez tomando en consideración bienes externos al propio Derecho. No es casualidad que todas estas concepciones se muestren escépticas también frente a (y/o tengan dificultades para construir) los principios de independencia y de imparcialidad de los jueces”, AGUILÓ, J., “Dos concepciones de la ética judicial”, cit., p. 529.

²² Vid. el apartado 5º de la Declaración institucional II de la citada edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

un contexto que nos desliza demasiado a una visión escéptica del Derecho y de las instituciones²³. Pero digo sólo quizás, porque tal vez los códigos éticos de los jueces donde cobrarían un mayor sentido sería precisamente en los sistemas jurídicos donde el Derecho roza la injusticia, como revulsivo para despertar la reflexión crítica de los jueces.

Dejemos, pues, al margen la controversia sobre si donde cobrarían mayor sentido los códigos éticos para las profesiones jurídicas sería en aquellos contextos en los que las instituciones son “decentes” o precisamente donde no lo son, y volvamos a las concepciones del Derecho, que en verdad pueden ser independientes de los contextos jurídicos concretos. Así, virando desde el escepticismo profundo a concepciones sólo moderadamente escépticas en cuanto al seguimiento de reglas, las concepciones positivista y no positivista del Derecho se proyectarían –viene a decir Aguiló– en concepciones positivistas o no positivistas de los códigos éticos²⁴: el *positivismo*, sin entrar en detalles ni calificativos, e identificado en virtud de la *tesis de la separación*, pone el énfasis en el imperio de la ley y en especial en el valor de la seguridad jurídica, como condición de la autonomía y libertad. El no positivismo, identificado por la *tesis de la vinculación* entre Derecho y moral, pone el énfasis en la tutela de los derechos y en la supremacía constitucional. Para el positivismo, la certeza prescribe la subsunción del caso en la regla. Para el no positivismo, la garantía de los derechos en el caso particular prescribe una visión más amplia del Derecho, que traspassa a las reglas y busca la coherencia con los principios subyacentes al conjunto del ordenamiento, aun cuando para ello hubiera que *excepcionar excepcionalmente* esas reglas y sacrificar la seguridad jurídica²⁵. De estas dos concepciones derivarían, entonces, dos visiones de los

²³ Sobre la evolución en el concepto de paraíso fiscal, vid. MORENO, S., “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información”, *Revista Crónica Tributaria*, Núm. 146, 2013, pp. 185-212. No existe una única definición de “paraíso fiscal”. La OCDE entiende por tal aquél que no coopera con otras jurisdicciones, intercambiando información con trascendencia tributaria con otros países. De modo que la opacidad o falta de transparencia es considerado como el elemento definitorio del paraíso fiscal (aunque hay otros elementos que nos aproximan a la idea, como la convivencia de un régimen general de tributación con un régimen especial para no residentes, basado en la baja o nula tributación, y otras facilidades mercantiles y administrativas, como el secreto bancario o la posibilidad de registrar una sociedad sin que se publicite el nombre de los socios ni administradores mediante un sistema de acciones al portador, siendo el representante un agente residente en el territorio (lo que vulgarmente se conoce como testafarro). La legislación española maneja un listado de paraísos fiscales y Panamá salió del mismo con la firma del Convenio para evitar la doble imposición en renta y patrimonio (con ocasión de la multimillonaria inversión de empresas españolas en el Canal de Panamá). Pero la zona de penumbra ante la que nos sitúa frecuentemente la legislación tributaria se pone de relieve en que muchos países que no son considerados paraísos fiscales (EEUU, Reino Unido, Luxemburgo, Bélgica, Holanda, etc.) cuentan en su legislación tributaria con “regímenes fiscales preferenciales”, que privilegian fiscalmente la inversión extranjera erosionando así las bases imponibles de otros países. EEUU es más singular todavía, porque algunos de sus Estados son auténticos “mini paraísos fiscales” (Delaware, La Florida, etc.).

²⁴ AGUILÓ, J., “Dos concepciones de la ética judicial”, *Doxa*, Núm. 32, 2009, pp. 525-540.

²⁵ Vid. ALEXY, R., “El no positivismo incluyente”, *Doxa*, Núm. 36, 2013, pp. 15-24.

códigos éticos: para el que hemos denominado positivismo, la ética judicial es *distinta* a la ética general (tesis dualista) y para la concepción no positivista, la ética judicial es la *misma* ética; es ética aplicada (tesis monista o de la unidad)²⁶.

3.3. Normas de códigos éticos *secundum legem, praeter legem o contra legem*

Desde una perspectiva estrictamente formal, diríamos que caben tres tipos de relaciones entre las normas de un sistema jurídico y las del código ético de una profesión: relación *secundum legem, praeter legem o contra legem*²⁷.

La relación *secundum legem* mediante la incorporación explícita de los códigos éticos profesionales al Derecho es la más habitual en sociedades hiperjuridificadas como las nuestras. Es el caso del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE), incorporado al Derecho mediante el Estatuto de la Abogacía Española (EAE)²⁸. No obstante, la relación *secundum legem* también se daría, en segundo lugar, cuando la remisión al código ético es explícita aunque muy genérica o indeterminada, apelándose por ejemplo a la *lex artis* de los médicos u otros profesionales sanitarios (por ejemplo para auxiliar al juez a integrar la norma jurídica y determinar si ha habido o no negligencia, y, por tanto una conducta antijurídica). Y cabría señalar un tercer tipo de relación *secundum legem*: se trataría de los casos en los que el código ético, formalmente no incorporado al Derecho, *reitera* deberes jurídicos relacionados con el comportamiento del profesional ya establecidos por el propio Derecho. Es el caso de algunos preceptos del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en concreto, los que aluden a la independencia judicial, a la imparcialidad y al deber de motivación, que, en cualquier sistema jurídico desarrollado, configuran o definen las características que ha de tener la jurisdicción para cumplir correctamente con su función institucional.

Por lo que respecta a la relación *praeter legem*, entendamos que tiene lugar cuando el código ético regula cuestiones que el Derecho no ha regulado pero que claramente no lo contravienen. Entendamos además que esta relación se da cuando los códigos formalmente no se hallan

²⁶ AGUILÓ, J., “Dos concepciones de la ética judicial”, cit., p. 527.

²⁷ En el uso de esta distinción se sigue a Prieto, L., en su modo de abordar las relaciones entre ley-costumbre, PRIETO, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 201-203.

²⁸ La regulación deontológica de la profesión de abogado se encuentra en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y más concretamente, en el Código Deontológico de la Abogacía, Española (CDAE), Aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía, el 27 de septiembre de 2002, y modificado el 10 de diciembre de 2002, para la prohibición de la cuota *litis*. En el preámbulo del Estatuto se señala que “Los deberes deontológicos y éticos de los abogados se ven sustancialmente reforzados en el presente Estatuto, avalando de manera significativa la plena vigencia de los principios antes mencionados. La exigencia del cumplimiento de la función de defensa con el ‘máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional’ prevista en el artículo 42.1 es un claro ejemplo de rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos”. El artículo 80 del Estatuto indica: “1. Los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos”.

incorporados al Derecho, como sucede con los cánones éticos de los abogados en EEUU o con el propio CIEJ, al que más adelante nos referiremos. Este ámbito sería uno de los más interesantes desde el punto de vista de las funciones que socialmente pueden cumplir los códigos éticos, por cuanto trataría de ser el resultado de un consenso sobre guías de conducta basadas en la excelencia, apelando, más que a principios, a virtudes personales, y no sólo en ejercicio de las funciones profesionales sino incluso fuera de ellas. La nota distintiva de las normas éticas *praeter legem* frente a las normas jurídicas sería su carácter no vinculante o no exigible²⁹.

Ciertamente, entre el tercer tipo de relación *secundum legem* (reiteración de preceptos jurídicos en códigos deontológicos formalmente no incorporados) y los supuestos de relación *praeter legem* habría una débil línea, porque, como sucede en cualquier tipo de redundancia normativa, podría resultar difícil determinar si el código ético meramente reitera un deber jurídico o si en realidad se está haciendo referencia a un deber distinto, por cuanto indica un grado más elevado de cumplimiento tendiendo a la excelencia.

El último tipo de relación imaginable es la relación *contra legem*, que haría referencia a la contraposición entre las normas deontológicas y las del Derecho, si hubiere deberes especiales, propios de la profesión, incompatibles con lo que disponen las normas del Derecho³⁰. De entrada, estas normas deontológicas no plantean problema alguno: si no están incorporadas formalmente al Derecho, simplemente su aplicación está prohibida (al igual que están prohibidas algunas normas de otros códigos éticos, como los preceptos del Corán contrarios a nuestras leyes). Y, en el caso de que se trate de códigos éticos formalmente incorporados al Derecho, los preceptos incompatibles en

²⁹ La no exigibilidad o carácter no vinculante para el juez de las normas éticas o deontológicas fue en Norteamérica objeto de un interesante debate en los años setenta. El juez Kaufman, como Miembro del Comité Especial sobre Estándares de conducta judicial de la *American Bar Association (American Bar Association Canons of Judicial Ethics)*, enfoca su discurso en la conveniencia de incorporar o no incorporar formalmente los códigos al Derecho, y concluye lo segundo, destacando que la función de los códigos es la de situar al juez entre su propia noción de la ética y una serie de estándares acordados, KAUFMAN, I. R., "Lions or Jackals: The Function of a Code of Judicial Ethics", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 35, Núm. 1, 1970, pp. 3-9 (Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol35/iss1/>). La primera versión de este código de ética judicial es de 1924, y ha sido modificado en varias ocasiones. En la actualidad tales Cánones han sido reemplazados por el *Model Code of Judicial Conduct*, aprobado por *The House of Delegates* de la misma *American Bar Association*, de agosto de 1990 y modificado en 1997, 1999, 2003, 2007, siendo la última actualización de 2010.

³⁰ Como es obvio el Derecho niega que pueda haber relación *contra legem* entre preceptos éticos y Derecho, pero al mismo tiempo señala la contradicción. Así, de acuerdo con el Artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía: "El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, *conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada*" (cursiva añadida).

ningún caso serían preceptos *contra legem*, sino preceptos no aplicables en el caso *ad hoc* o bien justificables por las circunstancias del caso.

En resumen, los preceptos de las éticas profesionales *secundum legem*, con independencia de su reconocimiento más o menos explícito por el Derecho; es decir, con independencia de su incorporación, no plantean ningún problema en tanto que su estatus y valor es el mismo que el de cualquier norma jurídica. Los preceptos éticos *praeter legem*, entendiendo por tales los que regulan al margen del Derecho pero sin contravenirlo y sin estar formalmente incorporados, tampoco plantean especiales problemas y tienen el valor de recomendación, es decir, carácter no vinculante. Y los estándares *contra legem* están simplemente prohibidos por el Derecho. Si por casualidad el Derecho incorpora un código y algunos de sus estándares colisionan con otras normas jurídicas, el supuesto recibiría el mismo tratamiento que cualquier otra antinomia: formalmente no habría tal conflicto, sino que se trataría de una excepción justificada a un deber general.

Lo que ocurre es que el panorama que se ha querido dibujar es el de los casos claros. Los problemas vendrían cuando la controversia estuviera precisamente en determinar qué tipo de relación guardan entre sí normas jurídicas y normas éticas profesionales. Enunciemos algunos problemas: ¿y si no resulta evidente que si la norma del código ético es *praeter legem* o *secundum legem*, por cuanto el estándar ético se halla redactado en términos muy parecidos a un precepto legal, estando en duda si se trata de una mera recomendación o si, por el contrario, se trata de una norma que habilita para sancionar disciplinariamente al profesional? Veamos otro caso de penumbra: ¿un precepto ético es *contra legem* o, por el contrario, se trata de una excepción a una ley general? Me parece que en los casos difíciles, la única diferencia entre la aproximación positivista –que no formalista- y no positivista a los códigos éticos estribaría en el modo de afrontar tales casos de penumbra: el positivismo, viendo un espacio de discreción, tomaría los preceptos éticos como convenciones sociales especiales, y, creo que resolvería la duda en el siguiente sentido: en caso de duda sobre si se trata de un precepto *secundum* o *contra legem*, desde el positivismo se evitaría la aplicación del precepto presuntamente *contra legem*; en caso de duda de si se trata de un precepto *secundum* o *praeter legem*, se optaría por considerarlo *praeter legem* y por tanto, sin la fuerza o coerción que caracteriza al Derecho. Sin embargo, desde las versiones del no positivismo, entendiendo que los códigos éticos son una manifestación de la ética aplicada al Derecho, se trataría de ver en el caso particular qué razones de fondo suministran las normas jurídicas y las normas éticas profesionales, dando preferencia a la que racionalmente ofreciera una mejor solución.

Desde esta perspectiva, ¿tiene relevancia de la incorporación o no de los códigos éticos al Derecho?: sólo en una visión muy formalista tiene relevancia. Como hemos dicho, en una sociedad muy juridificada, los códigos éticos o deontológicos profesionales “se incorporan” al Derecho, pero

no parece que este sea un aspecto determinante de su función en el Derecho, ni una orientación definitiva si plantean problemas de conflicto o reiteración de otras normas jurídicas. Si las normas no están formalmente incorporadas, operan como normas de la moral social; una moral social cualificada, si se quiere, porque provienen del colectivo que más ha reflexionado sobre los dilemas que plantea su quehacer. Los casos difíciles se plantean con independencia de su inclusión o no por el Derecho y debido fundamentalmente a que las normas éticas pueden tener una dimensión conflictiva con el Derecho, proveniente de las particularidades de la profesión; bien porque plantean estándares similares en el Derecho pero en grado de excelencia sin resultar muy claro entonces cuál es el deber jurídico (profesional mediocre) y cuál el canon de excelencia (profesional ideal). Desde las diferentes concepciones no se discutiría sobre el diagnóstico de los problemas, sino más bien de las soluciones, que desde el positivismo serían vistas desde el punto de vista de la gestión de la discrecionalidad en la interpretación y aplicación de los estándares éticos, primando los aspectos formales del Derecho (el respeto a los principios subyacentes a las decisiones democráticas y la seguridad jurídica)³¹, mientras que desde el no positivismo, la ética profesional, vista como ética aplicada, implica un método de interpretación y aplicación de los códigos éticos profesionales, donde, en caso de conflicto, prime la justicia material³².

3.4. Casos difíciles: relevancia de la función social del colectivo profesional

Estereotipados los casos difíciles, retomemos la idea antes resaltada del contraste entre la función profesional y función social presente en los códigos éticos: hemos dicho que actualmente la dimensión social no está ausente de ninguna profesión, pero que en algunas profesiones esa función es esencial, mientras que en otros no es exclusiva ni excluyente de otras funciones estrictamente relacionadas con la profesión. Así, en los colectivos cuyas normas deontológicas, aparte de velar por la prestación de un servicio público, han de preocuparse por intereses particulares de clientes y por el

³¹ Para Laura Miraut, la ética judicial cobra sentido fundamentalmente en la regulación de la discrecionalidad en los casos de penumbra, Vid., MIRAUT MARTÍN, L., “La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial”, Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época, tomo XXV, 2008-2009. Vid. Rubén GARCÍA CLARK, “Contexto de aparición y pertinencia del Código Iberoamericano de ética judicial”, *Revista de Derecho UNED*, Núm. 16, 2015, pp. 903-924. El autor otorga a los códigos éticos un papel decisivo en los casos de discrecionalidad: “la ética judicial juega un papel regulador en favor de decisiones apegadas a la letra y al espíritu de la ley. Tal es la expectativa que se tiene en una sociedad democrática con respecto a la actuación de los jueces. Si cumplen con ella, su función no solo será legal sino también será legítima. Actuar conforme a la ética judicial significa apegarse a los principios morales que legitiman al derecho” (Ibíd., p. 910, y en el mismo sentido, en p. 914).

³² Para Atienza, los códigos judiciales, apoyados en la posibilidad del razonamiento práctico, pueden cumplir funciones, como ayudar a debatir sobre la excelencia judicial y fomentarla. ATIENZA, Manuel, “Ética Judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, *Revista Jueces para la democracia*, Núm. 46, marzo de 2003, p. 43.

beneficio empresarial, los casos difíciles se plantearán por la *dimensión conflictiva* que introducen los preceptos éticos en el Derecho. En cambio, cuando hablamos de profesiones donde la función social es central o definitoria, como sucede en el caso de los jueces (pero también en el caso del parlamentario o el alto cargo del gobierno o la administración), es difícil pensar, con carácter general, en normas éticas conflictivas con normas legales, por lo que la mayor parte de *las dudas tendrán que ver con el carácter vinculante o de mera recomendación que pueda tener la norma ética*.

En otros términos, las normas éticas profesionales que tienden a tutelar las especificidades de la labor profesional frente a los intereses generales plantean problemas de *conflicto*. Las normas que éticas que reiteran o intensifican la función social del profesional plantearán problemas de *vinculatoriedad*.

Las normas éticas de la abogacía tutelan algunas obligaciones morales en el seno de la profesión, como el secreto. La ingeniería jurídico-financiera nos puede suministrar algún ejemplo de la dimensión conflictiva de estas normas. En efecto, uno de los instrumentos para beneficiarse de un paraíso fiscal es la creación de una sociedad *offshore*, constituidas conforme a las reglas fiscales de un Estado, pero realizan poca o ninguna actividad en él. Es decir, están constituidas y registradas en un país diferente de aquel en el realmente operan. El principio de la libre circulación de capitales, presente en los ordenamientos de nuestro entorno, supone que la creación de estas sociedades no sea ilegal. Un ejemplo de uso legal es el que realizan muchas multinacionales españolas que cotizan en el Ibex 35, cuyas filiales *offshore* son usadas para operar realmente en estados inestables (por ejemplo, en situación de conflicto bélico) o donde el tráfico mercantil se rige por normas menos seguras³³. De este modo, paraísos fiscales y sociedades *offshore* permiten ver casos claros de vulneración de reglas deontológicas y también jurídicas (abogados que ayudan a crear *offshore* sabiendo de que el fin es blanquear capitales o evadir impuestos, quienes, aparte de incumplir con la deontología profesional, estarán participando activamente en la comisión de un delito de blanqueo de capitales o de un delito fiscal), pero también nos acercan a casos de mucha penumbra: el ofrecimiento de servicios de creación de la sociedad *offshore*.

Los ilícitos atípicos son un ámbito donde la ética del abogado suscita interrogantes y si bien se mira, evidencia que en sociedades complejas, interconectadas, plurales y cambiantes, la noción de “profesional ideal” es borrosa.

Pensemos en el caso del abogado que se enfrenta al dilema de defender a su cliente culpable, a sabiendo de que se condenará a un inocente. Ferrajoli lo remite a la objeción de conciencia del

³³ Vid. MORENO, S., “Nuevas tendencias...”, cit.

abogado. Atienza considera que apelar a la objeción de conciencia es eludir el problema moral porque la deliberación moral es ineludible: “tiene que haber mejores razones para usar una norma que otra”, señala Atienza. En este sentido, los códigos ofrecen guías para la reflexión. Si la noción de buen abogado se vincula cada vez más a la de función social, cuanto más grave sea la pena potencial para el inocente, más razones tendría el abogado para encontrar una solución que tratando por todos los medios de no inculpar a su cliente, se inclinarse a hacer prevalecer la verdad material.

Cuando los códigos éticos se refieren a *profesiones* en las que *la función social* no sólo prepondera sino que incluso es una cualidad definitoria de las mismas, como sucede con los jueces y magistrados, lo más frecuente es que los estándares éticos guarden una relación *secundum* o *praeter legem*, y los casos difíciles sean, en consecuencia, distintos de los que plantean otras profesiones. Los códigos éticos en realidad lo que hacen es fomentar una reflexión sobre los principios últimos y virtudes de una profesión, ayudando al profesional a afrontar sus dilemas morales de acuerdo con el ideal de juez excelente³⁴ o a disponer de una idea más clara sobre cómo comportarse en su vida cotidiana, si su comportamiento pudiera tener repercusión institucional³⁵.

Llegados a este punto, algunos interrogantes que plantean los códigos éticos para profesiones donde la función social es central o definitoria serían los tres siguientes: *a)* cuando los códigos éticos reiteran deberes jurídicos, ¿se trata de una mera reiteración o recomiendan un deber distinto (el mismo contenido pero en grado de excelencia y por tanto no exigible jurídicamente)?; *b)* cuando los códigos éticos remiten a la justicia o a la equidad, ¿recomiendan al juez a actuar excepcionalmente *contra legem*?³⁶; *c)* ¿es “ético” que los propios jueces fijen la noción de juez ideal? Alexy indica que el Derecho es un caso especial de razonamiento práctico general, pero en ningún momento duda de la necesidad de descender de los principios morales al Derecho, así como de la necesidad de que el Derecho sea eficaz³⁷. Lo único que Alexy concede es que el juez, última instancia de la realización

³⁴Bentham, sin embargo, desconfía de la eficacia y fuerza motivadora de la conducta de estándares morales en términos de excelencia: “The Deontological code is the harmonizer of that popular opinion which, in fact, is awakening to its repeated appeals. It is the law of society brought into order and reduced to system, with a few alterations necessary for the consistency and unity of the whole. *But when a system of morals proposes to a man a higher degree of perfection than it can find motives to stimulate him to, that system is false and hollow*” (cursiva añadida), BENTHAM, J., *Deontology*, cit., p. 75.

³⁵ Sobre la moral privada del juez, vid. MALEM SEÑA, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 379-403.

³⁶ Así, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 35 señala que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho”, y en el artículo 37, que “el juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”. También el artículo 40 indica que “el juez debe sentirse vinculado no solo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

³⁷ “Las Constituciones que tipifican un catálogo de derechos fundamentales representan un intento de organizar la acción colectiva y, a la vez, de asegurar los derechos individuales. Este doble carácter se ve

de la justicia a través del Derecho, pueda atender las circunstancias y evitar las injusticias que la regla, por su generalidad, supone en un caso concreto³⁸. Si los códigos éticos se solapan con lo que disponen las normas jurídicas y además en términos de excelencia, incurriríamos en la paradoja de

reflejado en la posibilidad que se atribuye al Legislador de restringir los derechos fundamentales. Esta posibilidad de restringir los derechos fundamentales establecidos por la Constitución es un elemento esencial de lo que estos derechos son. Ahora bien, los márgenes de acción cognitivos añaden un límite epistémico, que se suma a las restricciones materiales que el Legislador impone a los derechos fundamentales. Dicho límite está avalado por la Constitución considerada en conjunto, es decir, se apoya en un argumento constitucional de tipo sistemático. No obstante, de este modo desaparece de la perspectiva lo que la Constitución en conjunto exige: la divergencia. El margen de acción cognitivo cambia de lugar y se integra dentro del propio derecho fundamental. Se internaliza. De este modo, la divergencia permanece ciertamente como una espina que se clava en el principio iusfundamental material. Sin embargo, esta espina es el imprescindible tributo que los ideales iusfundamentales tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es”, ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Presentación de Francisco Rubio Llorente, Trad. de Carlos Bernal Pulido, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 110-111.

³⁸ “La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios -como generalmente ocurre con los principios- pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del Derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se puede lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal *ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia*” (cursiva añadida), ALEXY, R., “El no positivismo incluyente”, cit., p. 21. Como es sabido, conceptualizar los principios sobre derechos fundamentales como “mandatos de optimización”, como hace Alexy, arriesga la excesiva limitación de los derechos en beneficio de bienes colectivos, perdiendo así su carácter de “triumfos” frente a la mayoría (Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996). Habermas resalta la necesidad de que se justifique en cada caso la prioridad del bien colectivo: “no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios” (HABERMAS, J., *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. sobre la 4ª ed. revisada de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 332). Los principios que tutelan bienes colectivos (por ejemplo, “la seguridad del Estado”) “constituyen, ciertamente, puntos de vista bajo los que pueden introducirse argumentos en un discurso jurídico en caso de colisión de normas; pero estos argumentos sólo pueden ‘contar’ en el mismo grado en que ‘cuenten’ los principios jurídicos a cuya luz se justifican a su vez tales objetivos y bienes. Pues *en última instancia* son sólo los derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo” (Ibid., p. 333). Sobre la conceptualización de los principios sobre derechos como mandatos de optimización, con la consecuencia de una potencial excesiva deferencia a los bienes colectivos, Gloria Lopera admite que tal concepción, tal y como es desarrollada por Alexy, se enfrenta al riesgo de que sus contenidos garanticen “demasiado poco”, con ello, a disminuir su potencial limitador del poder (contando con que se trata de un poder respaldado por las mayorías). A su juicio, parece necesario refinar el desarrollo de esta estructura argumentativa –y cree que Alexy así lo ha hecho al tratar del peso abstracto de los principios en la ponderación- a fin de integrar elementos que hagan valer la primacía del individuo frente al interés del colectivo. Que sigan siendo “razones últimas” –dice la autora- depende del consenso de los ciudadanos en torno a la importancia de preservar los derechos como “triumfos frente a la mayoría”, el que a su vez influye en la conformación de las convenciones interpretativas imperantes en dicha sociedad en torno al alcance y resistencia de los derechos (Vid. LOPERA, G., “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa*, Núm. 27, 2004, pp. pp. 242-243).

que los poderes públicos no estarían primariamente regulados por el Derecho sino por la ética que se da a si misma un colectivo. Veamos a continuación tales problemas en relación con el CIEJ.

4. A propósito del Código Iberoamericano de ética judicial

4.1. Un espacio judicial iberoamericano

El Código Iberoamericano de Ética Judicial³⁹, en su preámbulo, sitúa la reflexión acerca de la ética judicial en el contexto de un espacio geográfico y cultural, partiendo del reconocimiento de un espacio judicial iberoamericano⁴⁰. Así, en la Exposición de motivos, apartado II, del Código Modelo se dice: “Iberoamérica aparece en el mundo globalizado del presente como un espacio que interactúa con otras culturas, sin perder por ello sus propias características que la tornan peculiar [...] En la configuración de la ética judicial Iberoamericana hay rasgos comunes con otras experiencias análogas que ofrecen distintos espacios culturales, pero también algunas características distintivas que expresan aquella identidad. La realización de un Código Modelo Iberoamericano supone un nuevo tramo de ese camino que ya se ha ido recorriendo y posibilita que la región se presente al mundo desde una cierta tradición, pero también como un proyecto inacabado, que sin suprimir las individualidades nacionales, descubre y ofrece una riqueza común”.

El Derecho español habría reconocido este espacio judicial común en la medida en que el CIEJ ha sido suscrito por el máximo órgano de gobierno de los jueces en España: por imperativo europeo debe redactar un código ético para la judicatura, pero provisionalmente (25 febrero de 2015) ha optado por adherirse al Código Iberoamericano. Ello resulta coherente porque el CGPJ español se integró en los grupos de trabajo del grupo iberoamericano de Consejos Generales (el primer código de ética judicial es de 2006 y hay una versión más moderna de 2014).

³⁹ Vid. <http://www.cumbrejudicial.org/>. El CIEJ, aprobado, como se ha dicho al comienzo, en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago de Chile, el 2 de abril de 2014, tiene su precedente en el Código Modelo Iberoamericano de 2006 aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, y éste código trae causa de la Declaración de Copán-Salvador de la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2004, donde se reunieron Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia y de Consejos de la Judicatura de quince países iberoamericanos y se decidió encomendar a Rodolfo Vigo y Manuel Atienza una propuesta de Código Modelo que tuviera en cuenta veintidós códigos de ética judicial de quince países de la región. Con el Código Modelo de 2006 preveía la creación de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, cuya labor ha sido, entre otras, la de impulsar la interiorización de los contenidos del Código Modelo en los países iberoamericanos. Por lo demás, el Estatuto del Juez Iberoamericano (Canarias, 2001), dedica un capítulo a la “Ética judicial” y la Carta de Derechos del Ciudadano frente a la justicia (Cancún, 2002), reconoció “un derecho fundamental de la población a tener acceso a una Justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa”.

⁴⁰ El CIEJ (Código Iberoamericano de Ética Judicial) es una manifestación del *Leitmotiv* de este I Congreso: la consciencia de una tradición jurídica latina y de un ámbito regional iusfilosófico, que, sin excluir al pensamiento anglosajón, posee fuerza suficiente para propulsar de transformaciones institucionales, jurídicas, políticas y sociales, como sucede en este ámbito de los cánones sobre los principios, fines y virtudes judiciales.

4.2. Las funciones del CIEJ

Mientras que las normas que regula las particularidades de las profesiones liberales se han ido incorporando al Derecho, como es obvio las principales funciones del Estado (legislación, gobierno y jurisdicción) se encuentran reguladas primordialmente por normas jurídicas. Por tanto, los códigos éticos en el ámbito público sí que son una novedad, y la pregunta que puede surgir es la de qué función o papel tienen entonces normas éticas para estas profesiones⁴¹.

Rodolfo Luis VIGO, experto y promotor del CIEJ, indica que el propósito general de un código de ética judicial de racionalizar la jurisdicción, aunque este propósito se concreta en cinco aspectos: a) resolver dudas sobre el comportamiento judicial⁴²; b) avalar determinados comportamientos de los funcionarios judiciales, para que estos no se muestren como arbitrarios⁴³; c) distinguir entre los buenos y los malos jueces, según se ajusten o no a los parámetros que constituyen el modelo del buen o mejor juez⁴⁴; d) potenciar la legitimidad del poder judicial, al explicitar la preocupación para delinear comportamientos que la sociedad reclama y apoya⁴⁵; e) fortalecer a las voluntades débiles o desorientadas, dotándolas de una orientación definida.

⁴¹ A propósito de los códigos éticos para jueces y sobre la dimensión de servicio público que presenta la función jurisdiccional al tener que tomar en cuenta a todos los afectados por sus decisiones, vid. CORTINA, A., "La ética de los jueces", cit., p. 11.

⁴² La EM del CIEJ señala que se pretende con él promover la reflexión sobre el comportamiento de los jueces en su doble dimensión de ciudadanos y miembros de la Administración de justicia (Motivo V) o incluso esclarecer su comportamiento en la propia Administración de justicia con abogados de las partes (Motivo VII).

⁴³ La EM señala que el juez, además de preparación técnica (apartado VI), y el derecho y deber a la formación permanente (apartado VIII) debe tener preparación ética para enfrentarse a la dimensión moral de los problemas jurídicos (VI).

⁴⁴ El apartado III de la Exposición de Motivos del CIEJ resalta como objetivo del Código ético para jueces que "se trata de, a partir de las exigencias que el propio Derecho plantea a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el "mejor" juez posible para nuestras sociedades. La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. De lo cual se sigue que la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios de un "mal" juez, como los de un juez simplemente "mediocre" que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido". En el apartado V de la EM se reitera el compromiso con la excelencia.

⁴⁵ El CIEJ muestra que los profesionales de la jurisdicción son conscientes de la falta ciudadana en las instituciones; el auge de los movimientos antisistema y la llamada a la desobediencia al Derecho, con una cierta inconsciencia de que el Estado de Derecho es, como dice Ferrajoli, la única forma de defensa de los débiles frente a los fuertes. El apartado III del código modelo dice: "corresponde advertir que la realidad actual de la autoridad política en general, y de la judicial en particular, exhibe una visible crisis de la legitimidad que conlleva en los que la ejercen el deber de procurar que la ciudadanía recupere la confianza en aquellas instituciones. La adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad reconociendo la inquietud que provoca esa débil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del servicio de justicia".

Estas funciones se concretan en los siguientes principios: independencia, imparcialidad, motivación, preparación técnica y capacitación permanente, justicia y equidad, responsabilidad institucional, prudencia, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia o autocontrol, y honestidad profesional.

Por lo demás, el CIEJ manifiesta en la Exposición de Motivos que se basa en el diálogo racional y pluralista (apartado XI) y sobre su carácter, que se trata de un compromiso no vinculante (apartado III). De hecho, en el apartado XIV, se reflexiona sobre las distintas experiencias acerca de cómo hacer efectivas las normas del código ético: “La experiencia iberoamericana en materia de faltas éticas y asesoramiento ético judicial: se plantea cómo hacer efectivas las normas de los códigos éticos: si a través de Tribunales Éticos, si incorporando el código ético a las medidas disciplinarias, si dejando el cumplimiento a la voluntad del juez, si estableciendo Comisiones que sirvan para consultar al juez en cuestiones ética”, optando el CIEJ por la creación de la Comisión Iberoamericana de Ética judicial (apartado XV).

Pues bien, a la vista de las funciones sintetizadas por VIGO, y de los principios, fines y virtudes que aparecen enunciados en el CIEJ, así como tomando en cuenta que formalmente el valor del CIEJ es el de una norma social, no incorporada al Derecho, se podrían plantear, por ejemplo, las siguientes dudas: *a)* ¿simplemente reiteran deberes jurídicos o más bien elevan las exigencias con respecto a lo que establecen las normas jurídicas?; *b)* ¿puede verse en los preceptos que se remiten a la justicia y equidad un aval para que el juez excepcionalmente actúe *contra legem*?; *c)* ¿es ético que los propios jueces fijen la noción de juez ideal o corresponde esta tarea al Derecho?

Atendiendo a la explicitación del sentido de los principios que se realiza en el CIEJ, y si hubiéramos de clasificarlos de acuerdo con el criterio anteriormente señalado, diríamos que la mayoría de los preceptos son preceptos *secundum legem*, en el sentido de que ya los reconocen las normas jurídicas de los países de nuestro espacio judicial (independencia, imparcialidad, motivación, capacitación permanente, diligencia, secreto, honestidad). Asimismo, habría preceptos *praeter legem* (responsabilidad institucional, cortesía, integridad fuera del ámbito de la actividad jurisdiccional, transparencia, prudencia y autocontrol) y preceptos potencialmente conflictivos con normas jurídicas o tendencialmente *contra legem* (justicia y equidad). ¿No es cierto que esta clasificación es sumamente discutible y arriesgada? Cuando el Código se refiere a la independencia, imparcialidad y obligación de motivar, ¿en realidad se está refiriendo a unas exigencias distintas de las que plantea el Derecho, de modo que estipula deberes judiciales sin fuerza vinculante? ¿Entonces cuál es ese umbral mínimo que exige el Derecho? ¿No es cierto que la afirmación de que los códigos éticos pueden estimular un activismo judicial, bajo la creencia de que están en realidad cumpliendo con los deberes de la profesión, es también sumamente discutible? ¿Y en relación con el compromiso de los jueces

con las virtudes expresadas en los códigos? ¿No supondría dar excesivo peso a los Códigos de ética judicial un cierto riesgo, no sólo de incurrir en perfeccionismo moral en relación con la vida privada de los jueces, sino también un riesgo de anulación del papel de la racionalidad crítica en el Derecho?⁴⁶. Y, por último, ¿es ético que sean los propios jueces quienes establezcan estándares de comportamiento a propósito de la función jurisdiccional siendo ésta una función primigeniamente institucional?

5. Algunas consideraciones finales

En una sociedad altamente juridificada, cada vez hay menos ámbitos no regulados por el Derecho, y las profesiones, con sus códigos éticos o deontológicos, no son una excepción. Además en tales regulaciones éticas la *función social* de los profesionales está cada vez más presente en detrimento de su función estrictamente profesional, que, no obstante, subsiste. Pero no es menos cierto que, curiosamente, puede observarse en la actualidad un regreso a etapas premodernas, en tanto que se tiende a ensalzar la autorregulación, y no sólo en el ámbito privado o empresarial, sino también en el ámbito público o institucional. Los códigos éticos no son inventos del siglo XXI. Más bien su génesis se encuentra en el Medioevo y constituyen un paradigma de resistencia de las corporaciones frente a la ley general del Estado.

Sin duda, los “códigos éticos” y “las normas de buen gobierno”, tan en auge en lo privado y en lo público, tienen la pretensión de contribuir al mejor funcionamiento de nuestras sociedades y seguramente puedan hacerlo, pero quizás convenga reflexionar sobre cuál deba ser su espacio, a fin de que los códigos éticos, en especial, los que afectan a instituciones, no roben el protagonismo a la intervención propiamente jurídica. En otros términos, precisamente el auge de los códigos brindaría la oportunidad de identificar qué aspectos de la conducta de quienes integran una institución necesitan irrenunciablemente hallarse bajo una clara regulación jurídica. Una cosa es concebir el Derecho como un caso especial de razonamiento práctico y, en consecuencia, vinculado a la ley, el precedente y la dogmática, otra muy distinta diluir el Derecho en el razonamiento ético, incurriendo en la más radical de las visiones del no positivismo, a la que Alexy ha llamado *no positivismo excluyente*, que expresa la idea de que “todos y cada uno de los defectos morales excluyen la validez

⁴⁶ “Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona entendida de en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez”, MALEM, J. F., ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?, cit., p. 51.

jurídica. Con esto, en los casos en los que surgen defectos morales, se da como consecuencia la *exclusión de los hechos sociales de las fuentes del derecho*⁴⁷.

⁴⁷ ALEXY, R., “El no positivismo incluyente”, cursiva añadida, cit., p. 17.