



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

C9342C

Criterio y conducta : revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial / comp. a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. — no. 3 (ene.-jun. 2008). –  
– México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2007-.

v.

Semestral

ISSN 1870-9516

1. Interpretación judicial – Decisiones judiciales – Argumentación  
2. Jurisprudencia – Fuentes formales del derecho – México 3. Poder Judicial Federal – Administración de justicia 4. Ética judicial – Ensayos – Bibliografía I. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión

Certificado de Reserva de Derechos  
al Uso Exclusivo: 04-2007-112613294300-102

Primera edición: junio de 2008  
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2  
C.P. 06065, México D.F.

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 al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# CRITERIO Y CONDUCTA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURISPRUDENCIALES  
Y DE PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA ÉTICA JUDICIAL

NÚM. 3  
Enero-Junio 2008

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**  
**México**

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Sergio A. Valls Hernández  
*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas  
Ministro Juan N. Silva Meza

### **Segunda Sala**

Ministro José Fernando Franco González Salas  
*Presidente*

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministro Genaro David Góngora Pimentel  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

### **Comité de Publicaciones y Promoción Educativa**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

### **Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial**

Ministro en Retiro Juan Díaz Romero  
*Director General*

# Contenido

Presentación Juan Díaz Romero	7
<b>Sección Primera. Jurisprudencia</b>	
ARTÍCULOS DOCTRINALES	
<i>La "secuencia ontológica" del orden político como presupuesto de la politicidad del derecho y de la legitimación del poder. A propósito del fallo "Maastricht"</i> Sergio Raúl Castaño	15
<i>Interpretar, argumentar, decidir</i> Juan Antonio García Amado	35
<i>La jurisprudencia en materia electoral</i> Verónica Nava Ramírez	93
<b>Sección Segunda. Ética Judicial</b>	
ARTÍCULOS DOCTRINALES	
<i>Derecho y moral</i> Sergio Cotta	141

<p><i>Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España:</i>  <i>¿Hay necesidad real de un código</i>  <i>ético para la judicatura?</i>                      Manuel Ángel de las Heras García</p>	<p>159</p>
<p><i>Formación jurídica y ética judicial</i>                      Marina del Pilar Olmeda García</p>	<p>217</p>
<p><b>Análisis Jurisprudencial</b></p>	
<p><i>Acerca de los requisitos de existencia de los</i>  <i>Tribunales Municipales de lo Contencioso</i>  <i>Administrativo en México</i>                      Mauricio Yanome Yesaki</p>	<p>251</p>
<p><b>Reseñas Bibliográficas</b></p>	
<p>Guastini, Ricardo  <i>Estudios sobre la interpretación jurídica,</i>                      Séptima edición, Porrúa, México, 2006                      Cynthia Rebeca Sánchez Pérez</p>	<p>285</p>
<p>Olmeda García, Marina del Pilar,  <i>Ética profesional en el ejercicio del derecho,</i>                      Segunda edición, UABC-Miguel Ángel Porrúa,                      México, 2007                      Javier Saldaña</p>	<p>295</p>

# Presentación

Para dar continuidad al esfuerzo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido realizando dentro del estudio y difusión de las cuestiones concernientes a la jurisprudencia y a la ética judicial, el Instituto presenta este número 3 de la Revista *Criterio y Conducta*, con el objetivo de contribuir en lo posible a la consolidación de dichos temas que son básicos en la cultura jurídica y en la superación jurisdiccional. En esta ocasión los artículos doctrinarios de jurisprudencia cuentan con líneas de investigación novedosas; así en el primero de ellos, el profesor Sergio Raúl Castaño indaga acerca del principio de politicidad del derecho y de la juridicidad de la política, lo cual le lleva a reflexionar sobre el fundamento del derecho en una comunidad política, para de ahí analizar el destacado fallo "Maastricht", que constituye un ejemplo jurisprudencial relevante de la prelación de lo político sobre lo jurídico. En este estudio se recapitulan los elementos más sobresalientes de la sentencia relacionándolos con lo que el autor denomina "secuencia ontológica del orden político", que presenta como explicación subyacente en la realidad de los ordenamientos jurídicos.

El segundo trabajo, del iusfilósofo Juan Antonio García Amado, analiza el problema de la decisión judicial que se desarrolla en el trinomio interpretación, argumentación y decisión; este estudio se orienta a partir de una pregunta fundamental: ¿Cuál es la racionalidad de la interpretación?

Lo que lleva a buscar una idea de argumento interpretativo admisible "dotado de fuerza para avalar la interpretación"; es así que "Una interpretación se considera justificada cuando aparece expresamente respaldada por argumentos interpretativos admisibles". Este proceso lleva al autor a diferenciar dentro de los argumentos interpretativos, entre los criterios y las reglas de la interpretación, una aportación teórico-práctica que será de interés para quien se encuentra vinculado a la toma de decisiones jurídicas.

Por último, Verónica Nava Ramírez, Coordinadora de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, describe y analiza el poco conocido mundo de la jurisprudencia electoral, partiendo de la propia historia de la jurisprudencia mexicana, dando a entender que si bien la jurisprudencia electoral ha tenido su propia historia y ha desarrollado reglas muy particulares y distintas de la más conocida que maneja la Suprema Corte, principalmente en amparo, tiene con ésta mucho en común e interactúa continuamente con ella. Este trabajo es de lectura necesaria para tener una visión actualizada del tema, ya que recientemente la jurisprudencia electoral ha recibido varios ajustes que la ha potencializado y hecho más interesante.

La parte correspondiente a la ética judicial se compone de tres trabajos cuyo contenido aborda diferentes aspectos del pensamiento ético en el derecho, tanto a nivel teórico como práctico. El primero de ellos es un artículo del profesor italiano Sergio Cotta titulado "Derecho y Moral"; en él, quien fuera profesor de filosofía del derecho de la Universidad de la Sapienza en Roma, expone el itinerario que ha tenido la relación del derecho con la moral. Comienza haciendo una crítica a la concepción moderna de la separación entre ambos tipos de ordenamientos, mostrando que dicha separación no puede ser la nota característica que identifique por completo a la modernidad, sino que habría que señalarla como el rasgo



propio de un sólo sector del pensamiento moderno. La tesis del profesor Cotta es que por muchos siglos, el derecho ha sido colocado en el ámbito de la moral.

Para justificar lo anterior, el profesor italiano muestra con especial contundencia la íntima relación entre el derecho y la moral en el mundo antiguo, delineando con toda claridad la tesis que habría de identificar tal pensamiento, esto es: "Ley es sólo aquella que es estructuralmente justa", apoyándose para sustentar esta afirmación en: Heráclito, Platón y Aristóteles. El pensamiento estoico, romano y, por supuesto, cristiano, no se distanciarían de la afirmación anterior, acogiendo en forma integral la postura griega. El cambio se produjo en la modernidad; en ésta, la consideración moral del derecho ya no estuvo basada en alguna referencia ontológica, en alguna consideración del ser del hombre sino en la noción de amoralidad. En este contexto, la categoría "derecho" se presenta como tipológicamente amoral, o sea, no referenciada al criterio de justicia.

En el sentido anterior, Kant habría de proponer, como antes lo había hecho la cultura clásica, un tipo de moral universal, aunque tal propuesta proviniera de una voluntad "racional", y no tanto de un concepto metafísico del ser. Bien entendido esto, expone el profesor Cotta, nos revela un derecho eminentemente moral, no tanto determinado por el criterio de justicia sino por su conformidad a la estructura del hombre.

En el segundo trabajo, el profesor español Manuel Ángel de las Heras García nos ofrece un interesante artículo titulado "Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España: ¿hay necesidad real de un código ético para la judicatura?" En este trabajo trata temas especialmente relevantes no sólo para la ética judicial en particular, sino para toda la ética jurídica en general. Así, por ejemplo, hace una breve reseña de la figura del

juzgador injusto; se refiere igualmente a las ventajas de la ética judicial y a las experiencias codificadoras de los jueces, etcétera.

El artículo es especialmente interesante porque plantea un tema significativo para la ética del juez en España, consistente en determinar si es necesario que la judicatura de aquel país tenga un código de ética. Al respecto, el autor se pregunta ¿qué objeto tiene "ocuparse de unos máximos si no se cumplen debidamente los mínimos"? ¿de qué serviría positivar de alguna manera una ética judicial para aspirar a esa excelencia en la profesión si, en más ocasiones de las deseadas, la propia ley se incumple casi por sistema? Artículo llamativo que, como se dijo, refleja el interesante punto de vista de su autor.

La profesora de la Universidad Autónoma de Baja California, Marina del Pilar Olmeda García, escribe un artículo titulado "Formación jurídica y ética judicial", en el cual muestra la imperiosa necesidad que hay de la capacitación ética en la carrera judicial. Esta relevancia no ha de entenderse como la sola impartición de algún módulo de ética práctica destinada a los jueces, sino como la constante enseñanza y aplicación de los principios éticos destinados a regir la función judicial.

Conviene resaltar que la propuesta de la profesora Olmeda García exige comprender que la ética destinada al juez ha de tener como antecedente una ética de la formación jurídica, esto es, que cualquier intento por hacer éticos a los jueces resultará infructuoso si en su formación universitaria tales profesionistas no han sido instruidos en esa materia. Así, la enseñanza ética del juez comienza en las aulas universitarias y la ética judicial no sería sino una extensión de la ética jurídica aprendida en la universidad.

Por último, se ha considerado oportuno agregar una nueva sección a nuestra Revista que se ha titulado "Análisis Jurisprudencial"; la inaugura el

trabajo del abogado Mauricio Yanome Yesaki, quien se introduce en un tema novedoso como lo es el relativo a los tribunales municipales de lo contencioso administrativo que ya existen en algunos estados, aunque con defectos de inconstitucionalidad señalados por tesis de la Suprema Corte que el autor analiza, haciendo además observaciones para mejorar su reglamentación; el resultado es muy interesante y propositivo para esta figura jurisdiccional que tiene vida reciente en nuestro sistema legal.

Nuestro número tercero termina con dos reseñas que dan cuenta de trabajos recientemente aparecidos. Una de ellas se refiere a la obra del profesor italiano Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, aparecida a cargo de la casa editorial Porrúa en el año 2006; en dicha reseña Cynthia Sánchez relaciona de manera puntual la estructura especialmente didáctica de la obra del profesor italiano, destacando la particular capacidad constructiva que lleva a Guastini a analizar desde el concepto propio de "interpretación" hasta la formación de una "tipología de la interpretación", pasando desde luego por el análisis de las diversas "técnicas interpretativas" y de los "problemas que se presentan a la hora de interpretar los textos normativos".

La segunda reseña se refiere al libro de la profesora Marina del Pilar Olmeda García, *Ética profesional en el ejercicio del derecho*, cuya segunda edición fue publicada por la Universidad Autónoma de Baja California y Miguel Ángel Porrúa, en 2007. En ésta, Javier Saldaña destaca no sólo la calidad del contenido y tratamiento de un "tema tan complejo" como la ética profesional en el campo del ejercicio del derecho, sino también la oportunidad del tratamiento de temas como éste. Descubre, poniendo especial énfasis en la vocación humanista que refleja la obra de la profesora Olmeda, la interna relación que existe con posturas éticas de sólida tradición (Aristóteles, Tomás de Aquino, entre otros) y la importancia de

las observaciones críticas que la autora hace a distintas corrientes que se han erigido como dominantes en los desarrollos teóricos actuales (teoría de los valores, el pragmatismo ético, entre otros).

Juan Díaz Romero

Sección Primera  
Jurisprudencia

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



# LA "SECUENCIA ONTOLÓGICA" DEL ORDEN POLÍTICO COMO PRESUPUESTO DE LA POLITICIDAD DEL DERECHO Y DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER. A PROPÓSITO DEL FALLO "MAASTRICHT"

Sergio Raúl Castaño\*

## 1. El principio de politicidad del derecho y su enraizamiento en los fundamentos del orden político

### a. La politicidad como *propiedad* del derecho

**D**ice Aristóteles en *Ética Nicomaquea*, V, 1134a 24<sup>1</sup> que lo justo –considerado en concreto– es político. He allí la carta fundacio-

---

\* Prof. y Lic. en Filosofía (Universidad de Buenos Aires); Diploma de Estudios en Filosofía (Universidad de Barcelona); Doctor de la U. B. A., área Derecho Político; Doctor en Filosofía (Universidad de Barcelona –c–). Investigador del CONICET. Autor de más de 60 publicaciones en revistas científicas de Alemania, España, Italia, Argentina, México, Chile, Uruguay y Colombia, y de ocho libros sobre su especialidad, aparecidos en Argentina y Chile, entre los cuales destacan *La racionalidad de la ley* (1995); *Orden político y globalización* (2000); *Defensa de la política* (2003); *El Estado como realidad permanente* (2003 y 2005); *El derecho natural en la realidad social y jurídica* (2005 –editor junto con Eduardo Soto Kloss–); *Principios políticos para una teoría de la constitución* (2006).

<sup>1</sup> La referencia alude a la forma más exacta de citar el *corpus aristotelicum* refiriendo, además de la mención al libro y capítulo dentro de la obra de que se trate, el primer número

nal de la doctrina clásica y realista de la politicidad del derecho. Intentemos, antes que nada, comprender el alcance semántico del principio.

Cuando decimos que el derecho, en cualquiera de los principales sentidos análogos que el término reciba (conducta jurídica debida, norma jurídica o poder jurídico), es político, no estamos significando con ello la *esencia* del derecho, sino señalando una *propiedad* que resulta o emana de su esencia. La propiedad, en efecto, dicen los escolásticos, fluye de la esencia por una suerte de efecto o resultado natural (entendiendo "natural" en el doble sentido de "espontáneo" y de "conforme a la forma –y al fin de ésta–").<sup>2</sup> En el sujeto portador de una esencia radica un cierto principio de la propiedad, con el cual ella se halla conectada (real y conceptualmente) y del cual emana.<sup>3</sup>

El propio, o propiedad, constituye uno de los cinco "predicables" de la tradición clásica, y su noción fue introducida por Aristóteles y desarrollada por Porfirio. El Estagirita define al propio (*ídon*), en sentido estricto, como "lo que, sin significar la esencia de la cosa, sin embargo le pertenece y puede predicarse recíprocamente con ella"; hecho lo cual agrega enseguida un elenco de modos imperfectos o análogos.<sup>4</sup> La tradición posterior fijó la doctrina sobre el propio de acuerdo con ese marco. Hay, pues, además de un analogado principal de la noción, tres analogados secundarios: a saber, según que la nota en cuestión convenga exclusiva-

---

a la página, la letra a la primera o segunda columna de cada página, y el número final a la línea dentro de la columna de la edición en griego de Immanuel Bekker seguida prácticamente de forma unánime en la actualidad por todas las traducciones y ediciones.

<sup>2</sup> "[P]er aliquam naturalem resultationem". Así caracteriza Tomás de Aquino la invisceración de los accidentes propios en la sustancia (como, por ejemplo, los sentidos, la inteligencia y la voluntad en la persona humana), *cfr. Summa Theologiae*, Ia, 77, 6 ad 3um y 7 ad 1um.

<sup>3</sup> Tal es la presentación que hace del tema Juan de Santo Tomás en su *Cursus Philosophicus*, t. I –*Ars Logica*–, p. 453, Ed. Reiser, Roma, 1948.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Tópica*, 102a, 18 y ss., y 128b, 16 y ss. (se cita aquí por la edición de Ed. Ross, Oxford, 1991).



mente a una especie, aunque no a todos los individuos de ella; según que convenga a todo individuo de una especie, pero también a otras especies (se trataría de un propio del género), y según que convenga a todos los individuos de una especie, pero no siempre.<sup>5</sup>

La relevancia de la detección de las notas propias del hombre y de sus conductas no debe ser minusvalorada por las ciencias sociales. Pongamos por ejemplo la proposición "el hombre es un ser cuya existencia transcurre en el tiempo" (propio en sentido derivado). Allí se está aludiendo a una nota, la temporalidad, que se desprende de la realidad genérica de la especie humana, a saber la corporeidad. En efecto, la existencia de todo cuerpo transcurre dentro de coordenadas espacio-temporales. Así pues, al decir que el hombre es un ser inserto en el devenir temporal, por un lado no abarcamos conceptualmente la totalidad de su naturaleza –irreductible a la pura temporalidad–; pero, con todo, sí indicamos una dimensión de gran significación para la comprensión de lo humano. En el caso de la proposición "el hombre es un ser capaz de cultura" (propio en sentido estricto) estamos señalando una nota que, aunque no la define, se halla directamente arraigada en el constitutivo específico de la persona humana, *i. e.* la inteligencia.

El derecho, al contrario de la persona (individuo sustancial), es –como conducta jurídica debida– una realidad práctica (por tanto, accidental). El término "derecho", posee además un haz de significaciones análogas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> El propio en sentido estricto, por el contrario, conviene "*omni, soli et semper* (a todo –individuo–, a la sola –esencia– y siempre)" y se predica de la substancia –en tanto portadora de una esencia– "*in quale accidentaliter et necessario*". La nota de necesidad lo distingue del mero accidente común, que se da o no, en forma contingente: Pedro puede estar sentado o acostado. Al respecto, *cfr.* las dilucidaciones de GREDT, Joseph, *Elementa Philosophiae aristotelico-thomisticae*, Friburgo, 1937, t. I, p. 126 y ss; y de CARDOZO BIRITOS, Dennis, *Lecciones de lógica material*, San Juan, 1963, pp. 110 y ss.

<sup>6</sup> Sobre los sentidos del término "derecho" en la escuela clásica *cfr.* Casaubon, Juan A., "Estudio crítico sobre la lógica del ser y la lógica del deber ser en la teoría egológica" en *Ethos*, n° 2/3, Buenos Aires, 1974/5.

Pero todas presuponen o se refieren al sentido principal: el de conducta obligatoria conmensurada (o sea, que establece la igualdad) respecto del título (merecimiento) de otro. Ahora bien, esa relación jurídica o se inscribe dentro del plexo de relaciones sociales que conforman la comunidad política (derecho interno), o tiene como sujetos a las mismas comunidades políticas (derecho internacional público), o tiene como sujetos a miembros de diversas comunidades políticas (derecho internacional privado).<sup>7</sup> Como ha dicho Guido Soaje Ramos, detrás del "otro" particular siempre se cierne un "otro" político,<sup>8</sup> cuyas exigencias teleológicas –y, consecuentemente, autoritativas– determinarán lo justo concreto. Luego, ya sea en forma mediata, ya sea en forma inmediata, toda conducta, norma o poder jurídico, *es decir, todo derecho y todo el derecho*, se hallará constitutivamente referido a la comunidad política. Más precisamente, el valor humano de lo justo se ordena al valor humano (omniabarcador en el plano mundanal) por el cual existe la comunidad política. Es lo que mostraremos enseguida.

### **b. La politicidad del derecho como horizonte de totalidad**

Partamos de la aceptación de que la causa primera de la existencia del Estado, y el principio superior de la legitimidad de las acciones de sus miembros (gobernantes, y también gobernados), es el bien común político. Por su parte, las diversas formas de justicia, cuyo objeto son las conductas

---

<sup>7</sup> Al decir esto nos surge la cuestión: ¿acaso no podría haber conducta jurídica debida fuera de todo ámbito político? Sin duda alguna. Piénsese en dos naufragos perdidos en un remoto atolón. Aun cuando no surgiese en ellos la voluntad de unir sus esfuerzos conformando una sociedad, de todas maneras deberían ajustar sus conductas al título del otro. Así, por ejemplo, no deberían hacerse daño sin razón, y uno podría legítimamente repeler la agresión del otro (porque seguiría rigiendo entre ellos la ley natural). Con todo, cabe señalar que esta situación excepcionalísima no provee la materia adecuada para inducir los principios del orden jurídico, como sí lo hace, por el contrario, la *normalidad* –social y política– en que ha transcurrido la existencia histórica del hombre.

<sup>8</sup> Cfr. SOAJE RAMOS, Guido, "La conducta jurídica debida" en *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Mimeo, 1977. Cfr. asimismo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-IIae., 21, 3, c.

jurídicas debidas, se especifican por la diversa naturaleza del bien al que inmediatamente se refieren. Así, habrá una justicia general o del bien común, que ordena actos al bien común político, y una justicia particular, que ordena actos concernientes a bienes propios de individuos o grupos.<sup>9</sup> Esta forma, a su vez, se divide en una justicia distributiva, cuya regulación concierne a las relaciones que vinculan al todo social con la parte, en razón de la distribución de cargas, honores y beneficios a que se han hecho acreedores en tanto integran la sociedad; y en una justicia conmutativa, que regula los intercambios de las partes entre sí. En cualquier caso, más allá de las nomenclaturas de escuela, un planteo teórico mínimamente realista debe reconocer que la vida humana (y por ende, la jurídica) supone un orden de integración política. Los individuos y los grupos sociales no son mónadas independientes; sólo podrían ser vistos así desde un pensar abstractista que ampute su realidad concreta de agentes políticamente insertos.<sup>10</sup>

### *i. La primacía del bien común*

La propiedad de politicidad del derecho se constata en un doble sentido, que a su vez responde a una doble dinámica etiológica subyacente a la realidad de toda sociedad política histórica. Por un lado, los bienes particulares –y los correspondientes derechos de las partes a su consecución, goce y tutela– reconocen la primacía del bien común. Esto comporta, a su vez, una doble significación. En primer término, los bienes particulares

---

<sup>9</sup> Individuos y sociedades infrapolíticas son "partes" en la sociedad política, pero –principalmente– partes en formalidad *práctica*, o sea en el sentido de que sus bienes son particulares frente al bien de todos, el común. No debe confundirse una posición realista, fundada en la primacía del bien común como el mejor bien de la persona humana, con una idealista, en la perspectiva hegeliana de la negación ontológica de lo particular, y de la correspondiente substancialización del Estado (*cfr. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, III. Teil, "Die Sittlichkeit", *passim* –en la ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1970, pp. 292 y ss.–).

<sup>10</sup> *Cfr.*, a este propósito LAMAS, Félix A., "Justo concreto y politicidad del derecho" en *Ethos* 2/3, Buenos Aires, 1974/5.

no se darían, o se darían hartamente imperfectamente, fuera de la participación del bien común. Así, la persona tiene derecho a una vivienda digna, a procurar el sustento de su familia, a que sus diferendos con los demás sean zanjados con imparcialidad, a la seguridad física, a ser beneficiario y transmisor de un legado espiritual y de un talento cívico determinado, a un ambiente sano, a la educación de su inteligencia, etc. Pero tales exigencias no podrían ser satisfechas –por lo menos, adecuadamente– fuera de la inserción en la comunidad política, que alberga, resguarda y potencia los fines –y los derechos en ellos fundados–<sup>11</sup> de individuos y grupos, a la vez que los integra en una empresa común cuya virtualidad perfecta excede la sumatoria de los bienes asequibles a las sociedades infrapolíticas por sí solas. La realización del fin de éstas es una participación del bien común político; en otros términos, el bien particular es causado por el bien común.<sup>12</sup>

En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, existe un débito de la parte respecto del todo, de suerte que los bienes y derechos de las partes deberán mensurarse a partir de las exigencias del todo. En efecto, un individuo que alcanza la madurez debe su desarrollo humano en alguna medida a lo propio (dotes, esfuerzo, etc.), pero además –y decisivamente– al vasto y plural entramado social en el que ha vivido, el cual ha permitido que esa aportación individual fructificara. Es decir, a partir de su dotación natural ("perfección dada") el hombre actualiza sus potencialidades humanas ("perfecciones adquiridas") gracias a la participación de los bienes comunes de la sociedades que integra, familia, club, universidad, asociación

---

<sup>11</sup> Para una fundamentación finalista de los derechos humanos como derechos subjetivos naturales, *cfr.* el amplio y minucioso estudio de HERNÁNDEZ, Héctor H., *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, 2000.

<sup>12</sup> La centralidad de la primacía del bien común como clave de bóveda de la politicidad del derecho ha sido magistralmente puesta de manifiesto por Guido Soaje Ramos en "Sobre la politicidad del derecho", separata del *Boletín de Estudios Políticos* de la U. N. de Cuyo (1958); reproducido en CASTAÑO, Sergio R. y SOTO KLOSS, Eduardo, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, 2005.

profesional y, máxima por su fin en el plano intramundano, la comunidad política. Aceptado lo cual se sigue la obligación para las partes de la comunidad política de no perseguir sus fines con detrimento del bien común. O, expresándolo en perspectiva jurídica, se sigue la obligación de subordinar los derechos particulares al bien común político y al superior derecho de la comunidad políticamente autárquica, en él fundado.

Como síntesis del primer sentido de la propiedad del Derecho que nos ocupa, podría decirse, jugando con los verbos modales, que el pleno y verdadero bien de la parte no "puede" darse sin el del todo político (primera significación), y que tampoco "debe" darse el primero a costa del segundo (segunda significación). Etiológicamente hablando, el bien particular se ordena al bien común. Nos hallamos en la línea de la causalidad final.

## *ii. La determinación autoritativa del derecho positivo*

- Naturaleza y necesidad de la potestad social

La sociedad que tiene como fin la consecución del bien común político será la que determine, a través de sus órganos de dirección, cuáles serán las obligaciones y derechos de los individuos y grupos intermedios. Es decir, la autoridad política concretará el orden del derecho según las exigencias del bien común. Esta segunda dimensión de la politicidad del derecho se funda en la primera, que la causa, explica y legitima. Nos hallamos aquí en la línea de la causa formal extrínseca o ejemplar, que impera normativamente las acciones de los hombres en comunidad.

El papel de la autoridad pública como causa próxima de la concreción positiva del Derecho no debe atribuirse al giro epocal de la vida política moderna, signado por la concentración del poder y la uniformización jurídica, y sintetizado en el "Estado nacional" postrevolucionario. Antes bien, la historia y la doctrina muestran en qué medida incluso en las épocas

de mayor descentralización política y pluralismo jurídico, como el medioevo, la función específica de la potestad política se identificaba con la facultad de establecer, reconocer, conservar y proteger el Derecho: el *ius dicere*. Resulta harto ilustrativo el hecho de que el nombre de la potestad política, para el medioevo y la tradición secundoescolástica, fuera el de *potestas jurisdictionis*.<sup>13</sup>

La imprescindible concreción del derecho por la potestad pública<sup>14</sup> representa la faz jurídica de un principio constitutivo del orden social en tanto tal. En ausencia de ese principio la realidad social misma no existiría. Hay una necesidad absoluta del acto de imperio de la autoridad social para la existencia del derecho concreto. Pero tal papel de la autoridad excede lo específicamente jurídico; en efecto, esa decisión es una de las causas que fundan el orden práctico mismo. Se trata de la causa formal extrínseca o ejemplar, y su función determinante se explica a partir de la estructura ontológica de la realidad de la *práxis*. En efecto, el regreso al infinito no puede explicar satisfactoriamente el proceso de las causas. En la realidad física, abordada por los saberes teóricos, una causa que dependiera en su causación de otra, que, a su vez, dependiera de otra, y así sucesivamente, no podría ejercer causación alguna, ya que la virtualidad causal se escabulliría indefinidamente, al no hallarse un primer eslabón

---

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, en Francisco Suárez (*cfr.*, por todas, *De legibus*). Sobre el *princeps-iudex* en la edad media, *cfr.* GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medioeval*, trad. F. Tomás y Valiente, Madrid, 1996, pp. 140 y ss. Tomás de Aquino, por su parte, calificaba al príncipe como *custos iusti* (*S. Th.*, II-IIae., 58, 1 ad 5). Es interesante señalar cómo la literatura del siglo de oro español se ha hecho eco de la asociación espontánea que hace la conciencia del hombre entre autoridad y protección de la justicia. Así lo comprobamos en la dramaturgia de Lope de Vega (*Fuenteovejuna, el mejor alcalde, el Rey, Peribáñez y el comendador de Ocaña*); y en la de Calderón de la Barca. Dicen, en efecto, los personajes de éste último en *El alcalde de Zalamea*: "- Rey: Don Lope, aquesto ya es hecho / Bien dada la muerte está; [...] Vos, por alcalde perpetuo / de aquesta villa os quedad/ - Crespo: Sólo vos a la justicia / tanto supiérais honrar" (jornada III, escena 17<sup>a</sup>).

<sup>14</sup> Concreción, cabe recordar, que no supone la creación *ex novo* de la norma particular, sino que muchas veces comporta el reconocimiento de la facultad sancionatoria de la costumbre social.

que pudiera comunicar tal causalidad a la cadena que de él depende. Es necesario detenerse, decía, a propósito de esto, Aristóteles.<sup>15</sup> Análogamente, la acción efectiva del hombre no puede depender de una cadena infinitamente revisable de actos de imperio (preceptos prácticos, órdenes, o decisiones). Si este principio es válido incluso en el nivel del obrar individual, es en el orden sociopolítico donde se manifiesta su más exigente –y patente– perentoriedad. Ante la discrepancia, la desavenencia, el conflicto o la ausencia de unanimidad en un grupo social, la decisión última –irrevisable– sobre el camino a seguir puede recaer en la autoridad del grupo social, o en la de otro grupo superior. A su vez, dentro de este grupo superior pueden existir diversas instancias o alzadas, ante las cuales quepa la posibilidad de recurrir la decisión adoptada por la instancia inferior. Y aun es dable imaginar la apelabilidad de la decisión tomada por la autoridad final de ese grupo superior. O sea, la posibilidad de que sea una autoridad extraña al segundo grupo –en el que había recaído la responsabilidad de dirimir la cuestión suscitada en el primero– la que posea jurisdicción para zanjarla. Ahora bien, tanto aquí como en el caso de las causas naturales, *anánke sténai* ("es necesario detenerse"), como dice Aristóteles. Alguna autoridad será, necesariamente, la última –y la suprema–. A ella le corresponderá determinar cuáles sean las competencias de las órbitas sociales infraordenadas e, incluso, decidir en última instancia sobre cualquier asunto concreto de la vida de la sociedad total. En cualquier caso, habrá siempre una autoridad suprema.

Es aquí donde aparece –ya en categorías políticas– la cuestión de la llamada "soberanía del Estado" (nosotros decimos "autarquía"). Pues esa potestad "suprema en su orden" (al decir de los escolásticos) –en tanto instancia última de conducción, legislación y jurisdicción– corresponderá a la potes-

---

<sup>15</sup> La demostración de la imposibilidad del regreso al infinito en el orden de las causas la encara Aristóteles en *Metafísica*, 1073b 38-1074 a 31 (referida aquí por la edición de Jaeger, Oxford, 1991).

tad de régimen de la comunidad política en sentido estricto, o comunidad políticamente autárquica. En efecto, por intrínseca necesidad la comunidad autárquica será asimismo *autárjica*, esto es, se hallará investida del derecho a la conducción de sus propios asuntos bajo la ley natural, a través de sus órganos de dirección.<sup>16</sup>

- Potestad política y derecho positivo. Hermann Heller

Un gran teórico del Estado del siglo pasado como Hermann Heller ha afirmado enérgicamente, desde una perspectiva ajena al realismo aristotélico –y con una terminología subsidiaria de concepciones que no compartimos–, que en la determinación del derecho reside la función más propia de los órganos de conducción de la comunidad política. Heller, en *La soberanía*,<sup>17</sup> enfrentando explícitamente el abstractismo racionalista que desde hacía algunos decenios se observaba en las teorías jurídicas del Estado, sostiene que la misma existencia del derecho positivo exige la presencia de una unidad decisoria soberana. La validez lógica, afirma Heller, es distinta de la validez jurídica, en tanto ésta debe atender a los datos históricos, culturales, sociales, humanos en suma, fuera de los cuales se torna ilusoria. La unidad decisoria, en efecto, es individualizadora del orden normativo, y tal función resulta indispensable para la existencia de normas positivas, pues éstas no pueden deducirse de una idea abstracta de justicia. Sea que haya Estados particulares, sea que se erija en un futuro una *civitas maxima* o Estado mundial, nunca podrá prescindirse de una instancia de determinación para los mandatos sociales, dado que la vida del Estado implica una determinación normativa de las conduc-

---

<sup>16</sup> En *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, 2003 y 2005, cap. VI, nos hemos ocupado de la propiedad de la *autarjía* de la comunidad política, proponiendo con ello un término alternativo al de "soberanía (del Estado)", y expurgando el correspondiente concepto de sus aristas más cuestionables.

<sup>17</sup> HELLER, Hermann, *La soberanía*, Trad. Mario de la Cueva, México, 1995.



tas. La decisión "soberana" (v.gr., última) es tan indispensable para la existencia del poder cuanto para la del derecho.<sup>18</sup> Por su parte, toda posible justificación del Estado (no como "explicación racional" –dice Heller apelando a su acervo teórico, acervo que abreva en la dicotomía "ciencias de la naturaleza/ciencias del espíritu"–, sino como "valoración") pende de su carácter de organización abocada a la aplicación y ejecución de los principios morales que forman la base del derecho positivo.<sup>19</sup>

### **c. Politicidad del derecho y juridicidad de la política**

Cabe reparar en que Heller, un teórico del Estado contemporáneo influido por la filosofía de los valores, sostiene, respecto de la principalía de la función jurídica de la potestad del Estado, una tesis muy similar a la de la escuela clásica y escolástica, desde Platón<sup>20</sup> hasta Yves Simon (en el s. XX),<sup>21</sup> pasando por Suárez.<sup>22</sup> Así, Aristóteles, al analizar las diversas especies de prudencia como virtud de gobierno, identifica su más alta expresión con la prudencia arquitectónica del gobernante político, cuya acción apunta al bien de la comunidad perfecta. Y afirma que su acto principal consiste en el imperio legislativo. La ley, como causa ejemplar universal, tiene razón de arquitectónica respecto de los diversos actos de la vida política, en la medida en que éstos son aplicaciones de ese principio general, concretados según las circunstancias particulares a la vez que conmensurados al fin. La obra legislativa es el más acabado exponente

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*. pp. 114-134, 192 y 227.

<sup>19</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Staatslehre*, Tübingen, 1983, III, III, 2, "Die Rechtfertigung des Staates", pp. 245 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. en general, PLATÓN, *Político*, 292d-303d (referido aquí por la edición de Burnet, Oxford, 1992).

<sup>21</sup> SIMON, Yves, "Common good and common action" en *A General Theory of Authority*, Indiana, 1960.

<sup>22</sup> SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, III, I, 6-10 (referido aquí por la edición de Luciano Pereña y V. Abril, Madrid, 1975).

del saber directivo en el ámbito público, porque en la unidad de las leyes (Constitución y legislación ordinaria) se contiene la multiplicidad de normas particulares que intienen el fin.<sup>23</sup>

Por lo últimamente dicho se advierte que la función jurídica de la potestad pública no se agota en el nivel de la legislación, extraordinaria u ordinaria. Así como que el orden jurídico, orden normativo de las conductas, comprende un organismo escalonado de preceptos imperativos dotados de obligatoriedad, que llegan, en la base, a las normas particularísimas que sancionan, entre otros, los jueces y los órganos administrativos. El orden jurídico, en efecto, es un orden dinámico y humano, en el sentido de que las potestades encargadas de tutelar y producirlo lo recrean constantemente. Pero también es *completo y práctico*, esto es, se ajusta a las necesidades de normación de las conductas particulares en su última concreción. Sería impensable, pues, la noción de un verdadero orden del derecho, con la nota de politicidad esbozada *supra*, que no alcanzase imperativamente la producción de las normas particulares.<sup>24</sup> En conclusión, no habría verdadero *ordenamiento jurídico* allí donde, por ejemplo, las decisiones judiciales estuviesen –como última alzada– a cargo de órganos ajenos a la propia comunidad, que no hubiesen sido formal y previamente autorizados por esa misma comunidad.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1141b 24-25; 1143a 8 (referida aquí por la edición de Bywater, Oxford, 1991); *Retórica* 1418a 26-27 (referida por la edición de Ross, Oxford, 1991); *Política* 1291a 27-28 (referida por la edición de Ross, Oxford, 1992).

<sup>24</sup> *Cfr.*, a este respecto, el acertado encuadre de Jean Dabin, en *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, 1929, pp. 6 y ss.

<sup>25</sup> Estos principios encierran consecuencias normativas explícitas respecto de la conformación de instancias jurisdiccionales internacionales y representan un criterio objetivo de legitimidad frente a la llamada "internacionalización del derecho (constitucional y penal)"; *cfr.* CASTAÑO, Sergio R., "La independencia de la constitución como principio del orden jurídico" en *Opinión Jurídica*, t. 5, n.º. 9, Medellín, Colombia, 2006.

## **2. La premisa básica de la legitimación del poder y de la validez del derecho: una enseñanza jurisprudencial**

### **a. La sentencia "Maastricht" y su sentido principal**

Con posterioridad a la creación institucional de lo que hoy conocemos como Unión Europea, el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional) del Estado alemán produjo un relevante fallo que la doctrina denomina de idéntica manera al tratado que dio origen a la nueva entidad política: "Maastricht".<sup>26</sup> Vale aclarar que no es nuestro propósito discutir la actual naturaleza política y jurídica de la Unión Europea, ni intentar una visión retrospectiva o prospectiva sobre su proceso de integración. Tampoco nos interesa aquí el asunto particular que motivó la sentencia, ni asimismo la pertinencia de la decisión del tribunal acerca de la cuestión concreta que se ventilaba. Sí, en cambio, los argumentos racionales (político-jurídicos) que se esgrimen para fundar la prelación en que se halla la comunidad política respecto de los órganos de poder y de sus correspondientes facultades (competencias) jurídicas. Es decir, la fundamentación de la legitimidad del mando y, como consecuencia, de la validez del derecho, en la previa existencia de una comunidad política (cuyas exigencias de orden tornan obligatorios al poder y al derecho). Vale la pena parar mientes en cómo ese planteo, de raigambre en última instancia ontológica, se induce a partir de una decisión del derecho positivo vigente, esto es, a partir de la misma realidad empírica de la subordinación política y de las normas efectivamente vinculantes.

### **b. La cuestión que se juzga**

El eje del fallo gira en torno de si, como se pretende en la queja, la ley de adhesión al tratado de Maastricht ha derogado derechos constitucio-

---

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional Alemán, 2ª Sala (integrada, entre otros, por los jueces Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Graßhof, Kruis, Kirchhof); sentencia del 10 de octubre de 1993. *Cfr. BverfGE*, t. 89, pp. 155 y ss..

nalmente reconocidos al ciudadano alemán, tales como el derecho a una representación (*Vertretung*) democráticamente legitimada en el parlamento y el derecho a participar en el ejercicio del poder del Estado (derechos establecidos por el art. 38 inc. 1 de la *Grundgesetz*). Tal habría sido la consecuencia de transferir competencias esenciales del parlamento alemán a órganos de la Unión; la cual, asimismo, parecería incluso detentar una *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, facultades que podrían ampliarse *ad libitum* por los órganos de la Unión (se trataría de una facultad soberana en cabeza de los órganos comunitarios). Si esto fuera así, habrían sido derogados aquellos derechos fundamentales, ya que la facultad de extender competencias haría ilusoria la pretensión del pueblo alemán de ejercer la conducción del Estado a través de representantes por él elegidos (A II 1 a).<sup>27</sup>

### c. La clave política de la decisión

El fallo reconoce como admisible este reclamo contra la ley de adhesión a Maastricht (B), pero, con todo, lo declara infundado (*unbegründet*). En efecto, el tratado crea una unión de Estados, cuya identidad nacional reconoce, y no un Estado europeo. La Unión carece de la *Kompetenz-Kompetenz* y sus funciones –aquí se introduce un argumento clave del fallo– obedecen al principio de la autorización particular (*Einzelermächtigung*), y se hallan limitadas a competencias específicas. De donde se sigue que toda extensión de funciones o facultades dependa de una reforma o adición al tratado, la cual, a su vez, dependerá de la aprobación de cada Estado miembro (C).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Dentro de este derecho del pueblo alemán a "ejercer" el poder del Estado se halla el derecho fundamental a decidir cuestiones trascendentes por medio de un plebiscito constitucionalmente normado (*cfr.* A II 2. b).

<sup>28</sup> Sobre la *Einzelermächtigung*, *cfr.* II. 2 a): todos los órganos de la Unión reciben sus competencias y funciones de una autorización particular normada por el tratado (art. E), sólo dentro de los límites de las funciones asignadas y de los fines normados por el tratado puede la Unión ejercer sus poderes (art. 3 b EGV).

Por otra parte, aunque la exigencia de "legitimación democrática" –con el trasfondo de autodeterminación soberana (*autárjica*) que implica respecto del Estado alemán– supone la ilicitud de renuncia a ciertas facultades supremas (C I 1 y 2), sin embargo la Constitución autoriza una limitada y específica transferencia de funciones supremas (*Hoheitbefugnisse*) a un órgano comunitario, presupuesta una decisión legal de los cuerpos representativos del Estado (Parlamento y Consejo Federal).<sup>29</sup> Esto comporta que la cesión de competencias y funciones no vulnera la integridad constitucional, como así tampoco atenta contra el principio de "legitimación democrática". Ni la una ni el otro, en efecto, vetan la integración en comunidades interestatales, a condición de que esas funciones y facultades supremas sean ejercidas con el consentimiento de los pueblos de los Estados miembros (C I 2 a y b 1).

Así pues, para el Tribunal Constitucional, el reclamo es infundado. Pero lo es en tanto y en cuanto la comunidad política involucrada en el proceso de integración (en este caso el Estado alemán) no consienta en ceder en forma definitiva sus facultades decisorias últimas en provecho de un órgano de poder multilateral, lo cual implica que este órgano no podrá ejercer sino aquellas funciones que le sean encomendadas por los Estados miembros. En consecuencia, este órgano –a cargo de las funciones de coordinación autorizadas por sociedades políticas que no han renunciado a su condición de tales– no es sujeto de poder político en sentido estricto (como último y supremo). Y no lo es precisamente por el hecho de que no es órgano de una comunidad política, sino de una unión de Estados.

#### **d. Los principios políticos en juego**

Vayamos a los términos en que el Tribunal presenta el eje de esta cuestión principal. El desempeño del poder supremo en una unión de Estados se

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido II. 2.

funda en la autorización que los miembros soberanos hacen recaer en los órganos comunitarios; son las comunidades políticas *sensu stricto* las que actúan en última instancia en el ámbito interestatal y, así, comandan el proceso de integración. Un poder comunitario de tal naturaleza, a saber, basado en la voluntad política de varios pueblos asociados, presupone que el órgano a cargo de su ejercicio representa a los gobiernos de los Estados miembros. Por ello, para que sea posible la actuación de los órganos europeos, debe quedar claramente establecido qué alcance y medida de la extensión del ejercicio de derechos supremos han sido aprobados por el legislador alemán.<sup>30</sup> Caso contrario, se habría producido una "autorización general", es decir, una cesión definitiva de facultades supremas, la cual invalidaría –por inconstitucional– la acción de los órganos europeos (C 2 c y C 3). Si éstos pretendieran extralimitarse en sus atribuciones e ir más allá de lo establecido por el tratado suscripto por Alemania, tales actos carecerían de valor jurídico en el ámbito soberano alemán (C 3).<sup>31</sup> La República Federal de Alemania, agrega el tribunal más adelante, es miembro de una unión de Estados, cuyo poder deriva de los Estados miembros. En el ámbito soberano de Alemania, ese poder sólo puede tener efectos vinculantes merced a la voluntad conforme del ordenamiento jurídico alemán expresada en la ley de adhesión al tratado. Tratado del que Alemania –recuerda el tribunal– es uno de los "señores" (C II 1 a y C II c).<sup>32</sup>

El principio de autorización particular (o específica, o restringida) se compone con el de "moderación en las relaciones", que busca resguardar la identidad nacional de los Estados miembros a través de una defensa de las atribuciones de sus parlamentos frente a posibles excesos de las regla-

---

<sup>30</sup> Más adelante, en C II 3 b), el tribunal explicita que el tratado no sólo determina los fines de los órganos europeos, sino que también delimita objetivamente sus funciones y facultades en el nivel de los medios.

<sup>31</sup> II. 2 d 2).

<sup>32</sup> En el último paso se dice: "cada una de esas modificaciones o extensiones presupone, sin embargo, que los Estados miembros se adhieren de acuerdo con sus precedentes constitucionales".

mentaciones europeas; y, por último, con el de subsidiariedad. Este principio, al que el fallo le dedica varios pasajes, tampoco pierde de vista la preservación de la identidad nacional de los miembros y (aunque siga siendo siempre necesaria la atenta vigilancia de los poderes de los Estados miembros) la evitación de la erosión de sus atribuciones. Se halla contractualmente normado y faculta a obrar a los órganos de la Unión respecto de aquellos cometidos que, siendo parte de los objetivos políticos de los miembros, con todo escapan a los medios de consecución que éstos puedan arbitrar individualmente (C II 3 c). Pero "las facultades de los Estados particulares son la regla, la de la comunidad la excepción" (C II 2 a). Observemos que el principio de subsidiariedad, aplicado al ámbito de una unión de Estados, es análogo pero no idéntico frente al mismo principio regulando las relaciones entre el Estado y los cuerpos infrapolíticos. Nótese cómo la "carga decisoria" respecto de cómo y cuándo obrar —que en el ámbito del Estado es de resorte prudencial exclusivo de los órganos de éste, y excluye la participación del cuerpo intermedio— aquí aparece fuertemente amortiguada por la condición estatal de los grupos cuya acción complementa. En definitiva, el factor decisivo continúa en manos del Estado, aunque aquí se halle "bajo" el órgano de la Unión, ya que son los Estados miembros los que han previa y restrictivamente normado los ámbitos y procedimientos de acción del órgano supletorio.

El tratado no ha determinado una *Kompetenz-Kompetenz*, y no lo ha hecho porque no ha identificado la voluntad concorde de las partes con la existencia de un sujeto jurídico independiente (*selbständiges*) que debe ser considerado titular de competencias (C II 2 b 1). Ahora bien, si la Unión no constituye un nuevo sujeto portador por sí mismo de competencias originarias, es porque su entidad (socialmente categorizada) no alcanza el rango de una comunidad política: sus relaciones fundamentales, decimos nosotros, lo son aun las de coordinación, por ello sus órganos no pueden hallarse investidos de supremacía jurídica. En palabras del tribunal, el tratado no crea a la Unión como un sujeto jurídico independiente,

sino un "nombre (*Bezeichnung*)" para el obrar común de los Estados miembros (C II 2 b 2). Cabría acotar por nuestra parte, interpretando el contenido lógico-ontológico de semejante proposición, que la Unión sólo tiene el nombre de una *Gemeinschaft*; es decir, es comunidad en sentido impropio. Las auténticas comunidades lo son los Estados. En efecto, dirá también el tribunal, los sujetos sociales que "insuflan vida" a la Unión son las diversas comunidades políticas signatarias del tratado (C II 2 d 2 1). Hasta aquí, la posición del tribunal respecto de cuál sea la naturaleza política de la Unión, posición que él juzga es compartida tanto por los órganos europeos como por los demás Estados miembros (C II b 6).

#### **e. El determinante supraconstitucional de los vínculos europeos**

En el punto C II 1 a) el tribunal había dicho que las competencias y facultades que desempeña la Unión y sus correspondientes órganos por cesión de los Estados son, en lo esencial, atribuciones propias de una comunidad económica, que se manifiesta principalmente bajo la unión monetaria. Y se ha visto cómo la previa estructura política subyacente a la Unión encuadraba y acotaba las facultades de sus órganos. Además de este diagnóstico institucional del presente europeo, el tribunal hace una suerte de pronóstico sobre el posible futuro de la Unión, fundada a la vez en los principios del orden político y en la experiencia histórica. En efecto, trae a colación el ejemplo del Estado confederal alemán del II Imperio. En él, la unión económica sucedió a la unión política del Imperio. Previamente a 1871-3 habían existido por siglos entre los Estados alemanes una unión aduanera y múltiples relaciones comerciales, pero sólo se operó la unión monetaria tras haberse constituido la comunidad política. Ahora bien, en el momento actual del proceso europeo, el mantenimiento del *status quo* o el tránsito a una etapa de más plena integración, como ocurrió en el caso anterior, no estriba en una cuestión constitucional, sino que depende de una decisión política, establece el tribunal (C II f). Decisión que se identifica con



el criterio que adopten los Estados a través de sus órganos representativos, sea en el sentido de mantener la unión monetaria sin unidad política, sea en el de operar la integración política en sentido propio, a la manera en que se verificó en el caso del II Imperio alemán –o sea, constituyendo un Estado–.

Pero hasta el momento, para decirlo con términos del tribunal, no hay un Estado europeo que integre al pueblo de Europa, sino una unión de Estados europeos independientes (II). He allí el fundamento último de la limitación de las facultades de los órganos de la Unión.

### **3. La secuencia ontológica del orden político: bien común-Estado-autoridad-derecho positivo**

Recapitemos los principales elementos del fallo comentado que sirven para ilustrar el principio objeto de nuestro análisis. El *Bundesverfassungsgericht*, interpretando la Ley Fundamental, define que las cesiones de funciones producidas por los acuerdos comunitarios jamás podrán violar el principio democrático sobre el que se apoya el ordenamiento constitucional alemán. Tal principio no impide la pertenencia a una comunidad internacional, pero la legitimación emanada del pueblo y la influencia sobre el poder soberano, ejercitadas también en el interior de la unión de Estados, constituye la condición preliminar de tal pertenencia. Luego, si una unión de Estados democráticos asume funciones soberanas y ejercita a tal propósito competencias soberanas, serán los pueblos de los Estados miembros los que, ante todo, deberán legitimar aquello por medio de los parlamentos nacionales. En efecto, la acción de los órganos europeos es reconducible a los parlamentos de los Estados miembros, además de a la legitimación democrática mediante el parlamento europeo elegido por los ciudadanos. La razón estriba en que el tratado de Maastricht crea una Unión de pueblos estatalmente organizados, mas no un Estado europeo. De modo que la ampliación

de las competencias de la Unión debe acompañarse de pareja ampliación de la legitimidad democrática a nivel de los Estados miembros, so pena de volver inválida toda otra transferencia de competencias, estatales o regionales. El sentido de estas afirmaciones no parece dudoso: mayores competencias (jurídicas) presuponen mayor integración (política). Pero, mientras no se produzca una integración política plena (o sea, decimos nosotros, la conformación de *una* comunidad política), es el Tribunal alemán quien garantiza a los ciudadanos alemanes una tutela efectiva de sus derechos fundamentales frente al poder de la comunidad; y, además, es ese órgano del Estado alemán quien ejercita la propia jurisdicción sobre la aplicación del derecho comunitario.

Así pues, según la sentencia del máximo tribunal alemán, los Estados europeos (por lo menos hasta la fecha del fallo) no han renunciado al derecho a conducir su vida jurídica de acuerdo con decisiones emanadas de sus propios órganos de dirección, los cuales presuponen, a su turno, la existencia de una comunidad política. De todas maneras, sea cual fuere la situación de la Unión Europea en el devenir de los acontecimientos, en lo que a nuestras conclusiones se refiere la importancia del fallo radica en constituir un claro caso empírico-positivo de la secuencia ontológica que subyace a la existencia de todo ordenamiento jurídico: porque hay un bien común convocante –completo y concreto–, hay comunidad política (comunidad autárquica); porque hay comunidad política, hay órganos supremos *autárquicos* de conducción, legislación y jurisdicción (potestad política); y porque hay potestad política hay –por producción o reconocimiento– derecho concreto (es decir, positivizado).

# INTERPRETAR, ARGUMENTAR, DECIDIR

Juan Antonio García Amado\*

## 1. ¿Qué es interpretar?

**E**l verbo interpretar tiene distintos sentidos. En Derecho suele utilizarse con el sentido de establecer o determinar el significado de algo. Así, la expresión "interpretar x" querrá decir establecer qué significa "x", para lo cual daremos de "x" una definición o caracterización en términos lingüísticos (o mediante otros signos fácilmente traducibles a signos lingüísticos). Dicha definición o caracterización se contendrá, por tanto, en un enunciado o serie de enunciados, a los cuales, siguiendo la mejor doctrina actual, podemos llamar enunciados interpretativos. Naturalmente, estos enunciados interpretativos pueden, a su vez, dar lugar a dudas sobre su preciso significado y alcance, por lo cual pueden ser también objeto de interpretación.

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León, España

## **2. ¿Qué se interpreta en Derecho?**

En Derecho se interpretan diversas cosas y en muy variadas ocasiones, entendiendo por interpretar lo que acabamos de decir, esto es, el establecer o determinar qué significa algo. Porque ese algo puede estar constituido por cosas tales como enunciados, acciones o hechos. En todos los casos se trata de sentar un significado relevante para lo que en Derecho se está discutiendo o pueda ser objeto futuro de discusión.

Un hecho puede ser, por ejemplo, la muerte de alguien. Puede ser muy relevante si se trató de una muerte natural o una muerte violenta, o si se debió a una enfermedad espontáneamente surgida o provocada, o facilitada por la ingestión de algún producto. Habrá, pues, que examinar las circunstancias y pormenores que de esa muerte se conozcan para, a partir de ellos, optar fundadamente, lo más fundadamente que sea posible, por una de esas alternativas en juego, cada una de las cuales va a desencadenar, en su caso, consecuencias jurídicas diferentes.

Similarmente se interpretan las acciones y sus circunstancias. En Derecho es muy importante a veces determinar si una acción ha sido, por ejemplo, deliberada o no deliberada y, aún en este último caso, si hubiera podido su autor evitarla en caso de haber tomado ciertas precauciones o si, por el contrario, ni siquiera así sería evitable. Para ello lo que se hace es interpretar los datos de que se disponga y que puedan apuntar en uno u otro de tales sentidos.

Un informe de balística, el testimonio de un testigo, un dictamen psiquiátrico, una confesión de parte, etc., son interpretados por el juez (y por el resto de los operadores en un proceso) para responder a esas cuestiones básicas sobre el significado que importa de ciertos hechos (fue muerte

natural o violenta, *v.gr.*) o de ciertas acciones (fue una acción intencional o no intencional, *v.gr.*). Vemos que ya en la interpretación de los hechos lo que se produce es una cadena de interpretaciones: para establecer el significado que importa<sup>1</sup> del hecho H debe el intérprete atenerse a ciertos hechos relacionados  $F^1, F^2 \dots F^n$ , cada uno de los cuales, a su vez, pueden ser interpretados en su relevancia en lo que importan desde otros hechos relacionados  $D^1, D^2 \dots D^n$ . Y así sucesivamente, hacia atrás, en una cadena que tiene su límite último en lo que marquen el sentido común, las posibilidades empíricas o las posibilidades normativas.

Un ejemplo de esto. Un conductor provoca un accidente automovilístico en el que muere una persona. Se trata de saber si dicho conductor iba borracho al provocar tal accidente, cuestión de la que puede depender su grado de responsabilidad por el mismo. Averiguamos, pues, un hecho, el hecho de su embriaguez. Pero cuando no hay pruebas empíricas absolutamente evidentes e irrefutables de lo uno o de lo otro, dicha averiguación es más bien interpretación de indicios, de pruebas en sentido jurídico, no en el sentido en que en la ciencia se prueba experimentalmente la verdad de una hipótesis. Pues bien, llamemos H al hecho de que nuestro conductor iba sobrio ( $H^1$ ) o borracho ( $H^2$ ). Ésas son aquí las alternativas interpretativas. Lo primero que en Derecho seguramente nos vamos a

---

<sup>1</sup> Un mismo hecho puede tener muy distintos significados según el parámetro interpretativo que se adopte, es decir, según el punto de vista desde el que queramos valorarlo. Desde el punto de vista religioso puede ser pecaminoso o no; desde el económico puede ser rentable o no rentable; desde el moral puede ser moral o inmoral, desde el científico puede ser empíricamente verdadero o empíricamente falso, etc. Por eso el punto de vista jurídico es un punto de vista peculiar y, generalmente, independiente de esos otros. Así, que la posible borrachera del conductor signifique para una determinada confesión religiosa que cometió un pecado es algo que no debe afectar a la elección entre las alternativas que para el Derecho cuentan, por ser relevantes para el contenido de la decisión del caso. Y hasta de la verdad científica se puede ver esa separación, pues en defecto de prueba de la borrachera debe contar en Derecho como si no fuera borracho, aunque empíricamente tal vez sí lo iba. Las presunciones, tanto las *iuris tantum* como *iuris et de iure* establecen separaciones entre la verdad empírica y la verdad jurídica.

encontrar es una regla de interpretación de los hechos y a tenor de la cual si no probamos que el conductor iba borracho ( $H^2$ ), debe quedar, a efectos jurídicos, establecido que no puede responder por tal, es decir, que a falta de prueba de  $H^2$  en Derecho se decide como si los hechos se correspondieran con  $H^1$ . Es muy importante esto, que tiene que ver claramente con la presunción de inocencia y el principio (interpretativo de los hechos) *in dubio pro reo*, y que aquí, sin demasiadas pretensiones analíticas, podríamos caracterizar así: a la hora de interpretar los hechos de los que depende la sanción que un sujeto pueda recibir, se estará a que ocurrieron del modo que a esos efectos sancionatorios sean más favorables para tal sujeto, salvo que se pruebe que ocurrieron de otra forma, es decir, de una forma que le resulte sancionatoriamente más onerosa. Por eso se insiste siempre en que declarar que alguien es inocente por aplicación de la presunción de inocencia no supone establecer que no realizó cierto hecho, sino que no puede en Derecho pagar por él, tanto si en la realidad lo realizó como, obviamente, si no. La presunción de inocencia no es sino una regla interpretativa de los hechos que dirime en caso de empate entre las alternativas interpretativas de diferente grado de gravedad para el imputado.

Si vamos con nuestro ejemplo y pongamos que a favor de  $H^2$  (la borrachera del sujeto) se cuenta con el testimonio de un testigo que lo vio salir tambaleándose de un bar antes de tomar su coche. A ese testimonio lo llamamos  $F^1$ . Tenemos ya un hecho,  $H$  cuyo significado jurídico es dudoso, en cuanto que hay más de una alternativa interpretativa del mismo ( $H^1$  vs.  $H^2$ ), pero a favor de  $H^2$  se cuenta con ese testimonio  $F^1$ . Pero  $F^1$  también puede necesitar ser interpretado, y tal interpretación se hace atendiendo a cosas tales como si la vista del testigo es buena ( $D^1$ ), si tal testigo estaba a su vez sobrio o bebido en el momento en que vio lo que narra ( $D^2$ ), si tiene algún tipo de amistad con el conductor acusado ( $D^3$ ), etc., (... $D^n$ ).

Así pues, los hechos y las acciones en Derecho también se interpretan y en muy buena medida cabría sostener que la teoría de la prueba de los hechos es teoría de la interpretación de los hechos. Pero ése no es aquí nuestro tema.

### **3. La interpretación de enunciados normativos**

En la teoría jurídica se suele hablar de interpretación para referirse al establecimiento del significado de enunciados jurídicos. Estos enunciados que se interpretan pueden contenerse en muy distintas sedes: leyes, reglamentos, sentencias, contratos, testamentos, etc. Podemos en términos generales, pues, decir que el Derecho se compone (exclusivamente, básicamente o parcialmente, esa es otra discusión) de ciertos enunciados<sup>2</sup> que poseen valor dirimente de conflictos. Según cuál sea el tipo de tales enunciados, pueden regir reglas distintas para su interpretación. Así, en Derecho español el artículo 3.1 del Código Civil enumera pautas para la interpretación de las normas,<sup>3</sup> los artículos 1281 a 1289 tratan "De la interpretación de los contratos" y el artículo 675<sup>4</sup> regula aspectos de la interpretación de los testamentos.

---

<sup>2</sup> Normalmente plasmados en documentos, pero no siempre, pues también existen, por ejemplo, normas consuetudinarias o contratos verbales. No nos detendremos aquí en toda la casuística a este respecto y en sus peculiaridades, pues nos interesa llegar a ocuparnos principalmente de la interpretación de normas escritas. Si aludimos al conjunto y variedad de objetos de la interpretación normativa, es a fin de hacer hincapié tanto en la omnipresencia de la interpretación como a las peculiaridades de las posibles reglas que rigen para cada uno de esos tipos.

<sup>3</sup> "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Prescindimos aquí de la discusión sobre cuál sea el valor real de esta enumeración.

<sup>4</sup> Junto con otros, que se ocupan de precisar el alcance de ciertas cláusulas abiertas o genéricas que pueden contener los testamentos: arts. 747, 749 y 751 del Código Civil español.

En adelante ya hablaremos sólo de la interpretación de enunciados jurídicos normativos.

## 4. Problemas interpretativos

La necesidad de interpretar responde a la aparición de un problema interpretativo. Hay un problema interpretativo cuando la solución de un caso aparece como dependiente de la elección que se haga de entre alternativas de significado de uno o varios enunciados jurídicos normativos.

Del resultado de esa elección entre alternativas de significado pueden depender cosas tales como:

a) Cuál de dos o más normas se aplica al caso. Así, en Derecho penal español del conjunto total de los homicidios el legislador individualiza el conjunto de los asesinatos, siendo asesinato aquel homicidio en que concurre al menos uno de los siguientes elementos: alevosía; precio, recompensa o promesa; o ensañamiento.<sup>5</sup> Así que, establecido que A mató a B, la norma aplicable (y la correspondiente sanción) dependerá, en primer lugar, de cómo se precise el significado de términos como "alevosía", "precio", "recompensa", "dolor", etc.

Pongamos que "dolor" puede tener al menos dos significados diversos que aquí pueden venir a cuento. Según el primero de esos dos significa-

---

<sup>5</sup> Artículo 139 del Código Penal español de 1995: "Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Con alevosía.

2º. Por precio, recompensa o promesa.

3º. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido".

El artículo anterior, 138, dispone que: "El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años".



dos posibles ( $S^1$ ) "dolor" quiere decir ahí "padecimiento físico". Según el segundo significado posible ( $S^2$ ) "dolor" quiere decir "sufrimiento intenso de cualquier tipo". Ahora imaginemos que el homicida provocó a su víctima, mientras la mataba, un profundo sufrimiento psíquico (por ejemplo diciéndole que luego capturaría y torturaría a sus hijos), aunque la muerte que le acabó causando fue totalmente indolora, es decir, exenta de todo padecimiento físico. ¿Estaríamos ante un caso de asesinato o de homicidio simple? La respuesta dependerá de cómo hayamos interpretado "dolor" en el párrafo tercero del mencionado artículo 139. Si lo hemos entendido con el significado  $S^2$ , se aplicará al caso este artículo 139; si le hemos asignado el significado  $S^1$ , la norma aplicable será la del homicidio simple del artículo 138. Aquí *tertium non datur*.

b) Qué consecuencia se sigue de la norma aplicable para el caso. Sentado ya que la norma aplicable sea una determinada, la consecuencia precisa que de ella se derive para el caso dependerá del modo como sean interpretados los términos de aquélla, siempre que para los mismos haya al menos dos alternativas interpretativas.

## 5. Interpretaciones posibles

Hasta ahora hemos dicho que un problema interpretativo surge cuando se plantean alternativas interpretativas para un enunciado normativo,<sup>6</sup> es decir, cuando para el enunciado N caben los significados  $S^1$  y  $S^2$ , o más. Pero ¿qué quiere decir que "cabén" esos significados? Con esta pregunta llegamos a una de las más importantes bifurcaciones de la teoría de la interpretación jurídica, íntimamente relacionada con la teoría del Derecho a que cada teórico de la interpretación se acoja. Veámoslo.

---

<sup>6</sup> Insisto en que ya hemos dejado fuera de nuestra atención lo relativo a la interpretación de los hechos.

A la hora de manejar el significado de N pueden ocurrir dos cosas. Una, que objetivamente N contenga algún género y grado de indeterminación que a mí me impida saber con total exactitud y sin margen de duda qué quiere decir para el caso que tengo entre manos, de modo que tanto pueda querer decir S<sup>1</sup> como S<sup>2</sup>. Otra, que subjetivamente a mí me desagrade, por las razones que sean, el significado claro que N tenga para el caso, o cualquiera de los significados, S<sup>1</sup>, S<sup>2</sup>... S<sup>n</sup>, objetivamente posibles, de modo que opto por un significado S' que ningún hablante competente consideraría compatible con la semántica, la sintaxis y la pragmática de N. Ilustrémoslo con un supuesto ordinario. Mi vecino me dice: "te prometo que si necesitas comida, yo te la regalo". Esta promesa puedo interpretarla de muchas formas distintas, ninguna de las cuales vulnera las reglas de nuestro idioma. Así, puedo entender que me promete que me dará algo de comer en caso de que yo me encuentre en situación de grave necesidad, o que me dará más comida si la que yo tengo no me alcanza, por ejemplo porque soy muy glotón, o que si hay algún alimento que yo no tengo en mi despensa él me lo regalará, etc. Son varias ahí las interpretaciones objetivamente posibles. Ya se ve que llamamos interpretaciones objetivamente posibles a aquellas que no son incompatibles con las reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas de nuestro lenguaje, ya sea éste el lenguaje ordinario o ya sea cualquier lenguaje especializado no puramente formalizado.

Siguiendo con el supuesto, ¿qué ocurre si yo quiero entender que lo que mi vecino me promete es que me dará todo el dinero que yo necesite para llegar a fin de mes disfrutando de una vida cómoda y lujosa? Tanto mi vecino como cualquier conocido al que se le pregunte me responderán que no, que la promesa versaba sobre comida que yo pudiera necesitar, pero que de ningún modo tal cosa puede significar que me va a regalar dinero, y menos en la cantidad que sea de mi gusto. Mas si yo soy jurista podré echar mano de toda una serie de recursos para transmutar, a modo

de alquimia lingüística, lo que objetivamente mi vecino me podía estar prometiendo en lo que a mí me interesa que sea el objeto de su promesa. Y haré razonamientos de este calibre, tan frecuentes en la praxis jurídica: el fin de su promesa era aliviarme una necesidad importante, como es la de alimentación; yo tengo otras necesidades tanto o más importantes, como la de techo o cultura, por lo que, por la misma razón (o con más razón aún) que da sentido a la promesa de alimentarme, hay que entender que queda abarcada también la de pagarme el alquiler o darme para la entrada del cine. Habré realizado así un razonamiento analógico o uno *a fortiori*. O de este otro tipo: a la promesa de mi vecino subyace la finalidad de ayudarme en mis cuitas, pues me aprecia y desea auxiliarme, y dado ese fin, el mismo se cumple, y en tanta o mayor medida, si me paga el alquiler de la casa donde vivo, pues aunque tal cosa no esté comprendida en las palabras de su promesa, sí que lo estará en su intención al hacerla o en su mejor sentido objetivo de fondo. Habré llevado a cabo de esta forma una interpretación teleológica *contra legem*, con base en que los fines que en el fondo dan sentido a una norma deben contar más aún que las palabras con que en la dicción de la norma se expresan. O podré decir que la promesa de mi vecino es aplicación del principio general de que se debe ayudar al necesitado, principio inserto en la constitución moral misma de nuestra sociedad, por lo que, en coherente aplicación de tal principio, mi vecino debe ayudarme no sólo con el alimento, sino también con otras cosas, como el pago de mi vivienda, pues no habría razón aceptable para circunscribir sólo a lo primero su propósito de ayuda. Ahí andan los principios haciendo de las suyas.

Podríamos seguir un largo trecho con este juego de lo que un jurista podría tramar para convencer a su vecino de que éste le prometió mucho más de lo que le dijo que le prometía. Y el lector juzgará descaro del vecino que así argumentara y despropósito de sus argumentos. Pues bien, con esto llegamos a la gran pregunta que en este momento tenemos que

tratar: por qué, si tales modos de interpretar y argumentar las interpretaciones se consideran fuera de lugar y rechazables cuando se trata de una promesa, se admiten, en cambio, por tantos y con tanta alegría cuando se trata de dar significado a los enunciados normativos del Derecho.

Hemos visto en el ejemplo anterior que frente a las interpretaciones objetivamente posibles del enunciado de su promesa se contraponen y se hacen imperar las interpretaciones subjetivas que el beneficiario de la promesa *quiere* darle, si bien ese su querer, ese interés que lo guía al saltarse lo que de objetivo haya en el lenguaje de la promesa en cuestión, se disfraza mediante argumentos de hermosas resonancias y considerable complejidad. ¿Pasa lo mismo en la práctica del Derecho cuando los jueces rebasan todo significado objetivamente posible de una norma para presentar como significado debido uno que no cabe dentro de la semántica de sus términos, su sintaxis, su contexto normativo y la pragmática de su uso? Mi tesis es que sí, pero es una tesis claramente minoritaria en estos tiempos, he de reconocerlo.

## **6. Teoría de la interpretación y positivismo jurídico contemporáneo**

Denominaré positivista a la teoría de la interpretación que aquí presento. Y es obligado puntualizar de inmediato que el positivismo del que participo es del tipo del que defendiera en el siglo XX un autor como Hart. Nada que ver, por tanto, con el ingenuo formalismo y el optimismo ciego de gran parte del positivismo decimonónico, como el de la Escuela de la Exégesis. Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias, y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enuncia-

dos que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas (Escuela de la Exégesis, en Francia), o bien tales normas existen independientemente de su concreta enunciación, en un mundo de entidades ideales o conceptos puros que en su seno abrigan la plena prefiguración de cualquier institución jurídica (Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania). Ese positivismo ingenuo y metafísico cayó en el más absoluto descrédito teórico con el paso del siglo XIX al siglo XX, por obra de la contundente crítica de corrientes como la Escuela de Derecho Libre, la Jurisprudencia de Intereses, el Realismo Jurídico, etc., y muy particularmente de autores como Jhering (en su segunda época) Gény, Heck, Kantorowicz, Fuchs, Ehrlich, Ross, etc., y Kelsen, no lo olvidemos, que desde su positivismo fustigó con saña la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho propia de las mencionadas doctrinas decimonónicas. Es fácil comprobarlo contrastando las tesis de éstos con el capítulo último de la kelseniana *Teoría Pura del Derecho*, en cualquiera de sus ediciones.

## **7. Tres concepciones de la interpretación jurídica: positivista, intencionalista y axiológica**

Pero he dicho que la positivista no es ni la única doctrina hoy en presencia al hablar de interpretación ni la dominante. Distinguiremos brevemente tres tipos de teorías de la interpretación hoy en pugna, a las que denominaremos positivista o lingüística, intencionalista y axiológica.

- La teoría positivista de la interpretación jurídica podría sintetizarse así, en rasgos simplificadores y muy elementales: i) todo el Derecho se contiene y se agota en enunciados normativos; ii) tales enunciados se expresan en lenguaje ordinario, especializado o no, por lo que adolecen, en grado mayor o menor, de problemas de indeterminación, ya sea por ambigüedad o, principalmente, por vaguedad; iii) Tal indeterminación consustancial hace siempre inevitable la interpretación como actividad mediadora entre

el enunciado de la norma y la resolución del caso a la que aquélla se aplica; iv) por tanto, el intérprete deberá elegir entre las interpretaciones posibles (en el sentido que antes señalé), pero sólo entre las interpretaciones posibles; v) dicha elección es discrecional, pero no debe ser arbitraria, lo cual quiere decir que el juez ha de justificar su opción mediante argumentos tan convincentes como sea posible, si bien en el entendido de que tal justificación no será nunca una demostración perfecta e irrefutable de la absoluta preferencia de la interpretación elegida; vi) cuando el juez aplica una norma dándole un significado que rebasa sus interpretaciones posibles ya no está interpretando, sino creando una norma nueva que reemplaza (no meramente que concreta o complementa) a la hasta entonces vigente;<sup>7</sup> vii) tal reemplazo de la norma previa aplicable por otra de la mera cosecha del juez plantea un grave problema de legitimidad, sean cuales sean las razones con las que se justifique, y más en democracia, pues supone la suplantación del legislador democrático, representante de la soberanía popular, por otro poder, el judicial, que carece de tal legitimación para la creación de normas opuestas a las del legislativo, y viii) hay numerosas ocasiones en que el juez sí está legitimado para aplicar normas de su creación, como sucede en los casos de laguna, o de preferencia, como ocurre en los casos de antinomia no resoluble por las reglas usuales para tal fin (*lex superior, lex posterior, lex specialis*).

En consecuencia, el positivismo jurídico contemporáneo reconoce una amplia discrecionalidad judicial a la hora de interpretar y aplicar el Derecho; discrecionalidad que se traduce en que el juez debe elegir (justificadamente) entre: a) las normas que *prima facie* puedan parecer aplicables al caso, en razón de sus interpretaciones posibles; b) las interpretacio-

---

<sup>7</sup> Igual que en nuestro ejemplo anterior el entender la promesa de que se regalará alimento como promesa de que se pagarán los gastos principales del receptor de la promesa no es interpretar aquella promesa originaria, sino sustituirla por otra.

nes posibles de las normas elegidas para decidir el caso; c) la norma preferible en caso de antinomia irresoluble por otra vía, y d) la norma mediante la que resolver el caso para el que el sistema jurídico no contiene previsión normativa previa aplicable. Y esto sin contar con la discrecionalidad, igualmente ineliminable, en lo referido a la valoración e interpretación de los hechos del caso.

En las doctrinas positivistas el valor seguridad jurídica, especialmente en su apartado de certeza, prevalece sobre los otros valores jurídicos.

- Las doctrinas que denomino intencionalistas consideran que: i) el Derecho es, antes que nada, un conjunto de contenidos de voluntad de la persona o personas legitimadas para dictar normas jurídicas; ii) dichos contenidos suelen manifestarse en enunciados que se contienen en ciertos documentos o cuerpos jurídicos (Constitución, leyes, reglamentos, sentencias...), pero (a) puede ocurrir que una parte de esos contenidos volitivos que son Derecho no se hallen expresados en tales enunciados, por lo que el Derecho es más que tales enunciados que pretenden recogerlo, de modo que lo que en el conjunto de tales enunciados puede parecer una laguna no lo sea en realidad en el Derecho, (b) puede ocurrir que esos contenidos sean precisos y determinados en su origen, pero no estén plasmados con suficiente precisión y determinación en los enunciados expresos que se contienen en los cuerpos jurídicos, con lo que la indeterminación de dichos enunciados no significa de por sí indeterminación correspondiente del Derecho, y (c) puede acontecer que el autor de la norma haya errado al expresar su voluntad constitutiva, con lo que hay una discrepancia entre lo manifestado en los enunciados normativos presentes en los cuerpos jurídicos y lo realmente querido por el legislador, discrepancia que debe resolverse en favor de esto último, y por lo que no toda interpretación *contra legem* es interpretación contraria a Derecho, ya que la esencia del Derecho no está en su letra y puede contradecirse con ésta; y, por contra, en tales

casos de discrepancia entre letra y voluntad una interpretación fiel a la letra resultará interpretación contraria a Derecho, iii) el juez carece de legitimidad para suplantar la voluntad del legislador mediante la propia, y ésta sólo podrá dirimir cuando no sea posible averiguar qué fue lo querido por el legislador y, además, no pueda presumirse reflejado en la letra de la ley por ser ésta igualmente indeterminada en lo que importa para el caso.

Esta teoría intencionalista es la que subyace a las versiones más extremas de la teoría subjetiva de la interpretación y a las teorías de la interpretación constitucional denominadas originalistas, de importante presencia en el debate constitucional norteamericano. En cuanto proclaman la superioridad del legislador sobre el juez son, cuando se defienden en un contexto democrático, celosas de la preeminencia del principio democrático, pero por su apego al sentido subjetivo originario de las normas tienen efectos muy conservadores cuando se trata de la aplicación de normas de cierta antigüedad.

En estas corrientes intencionalistas el valor autoridad (legítima) prevalece sobre los otros valores jurídicos.

- Las doctrinas que llamo axiológicas se sintetizarían en las siguientes notas principales: i) el sistema jurídico se cimienta en un sistema o conjunto ordenado de valores, que son su base y le dan su sentido último y más determinante; ii) dichos contenidos valorativos, que son la esencia del sistema jurídico, tratan de expresarse a través de los enunciados normativos contenidos en los cuerpos jurídicos; iii) puede ocurrir que (a) el autor de la norma no haya expresado en el correspondiente enunciado con suficiente claridad los contenidos del Derecho para los casos que ahí se resuelven, pero en tal caso las interpretaciones lingüísticamente posibles no son las interpretaciones jurídicamente posibles, pues en el



Derecho, en cuanto sistema de valores articulados y desarrollados, está claro lo que en las palabras de la ley resta indeterminado; (b) que en las palabras de la ley resulte clara una solución que, sin embargo, no sea la que se corresponde con la esencia axiológica que gobierna en Derecho ese sector de casos o ese asunto, en cuyo caso la interpretación contraria al tenor de la ley será, sin embargo, la demandada por el Derecho, en su verdadera y más cierta esencia, o (c) que en los enunciados normativos presentes en los cuerpos jurídicos nada se diga que pueda entenderse referido y aplicable al caso que se resuelve, pese a lo cual no habrá laguna, pues seguro que en el fondo valorativo del sistema jurídico sí que se contiene solución preestablecida, cierta y única para ese caso que ni en la letra de la norma ni en la voluntad del legislador aparece contemplado.

Como se ve, estas teorías axiológicas de la interpretación son la versión contemporánea de aquel formalismo radical que en el siglo XIX era propio del positivismo ingenuo. No es de extrañar, pues, como aquél, estas doctrinas tienen un fuerte componente metafísico e idealista, que se traduce ante todo en la convicción de que el Derecho no es una realidad lingüística (como cree cierto positivismo contemporáneo) ni empírica (como creen las teorías del Derecho de corte realista y sociologista), sino que se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso del modo mejor la justicia y el bien y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo, el entendimiento de los ciudadanos lingüísticamente competentes y hasta las determinaciones históricas y sociales. Como doctrina metafísica que es, esta teoría del Derecho y de la interpretación presupone que existen semejantes esencias valorativas precisas y contenedoras de la solución más justa para todos los casos en Derecho, y que, además, son perfectamente cognoscibles, y muy en particular cognoscibles por los jueces, quienes, en razón de una especial capacidad o posición (que no suele fundamentarse en tales teorías) están en mejores condiciones

que el legislador democrático o el ciudadano ordinario para acceder a ellas, incluso en lo que tienen de contradictorio con el sentir del legislador o el entender de la ciudadanía. Se trata, pues, de doctrinas con un potente componente de elitismo judicial y doctrinal, ya que dividen el mundo entre quienes por definición conocen, y conocen bien, las esencias ideales de lo jurídico, como ocurre con los profesores (al menos los de tal orientación) y los jueces, y quienes padecen una constitutiva obnubilación jurídico-valorativa, como es el caso de los ciudadanos sin toga profesoral o judicial y, especialmente, del legislador democrático.

Por supuesto, en las doctrinas de este tipo, como en las dos anteriores, hay variantes y grados. Por una parte, se distinguen por el tipo de teoría de los valores que las inspira, y se puede a tal propósito diferenciar entre las que consideran que la base del Derecho es un sistema de valores de contenido intemporal y universal, y las que entienden que esos valores objetivos que sostienen el Derecho tienen un carácter histórico y vinculado a cada cultura o concreta sociedad. El primero sería el caso del iusnaturalismo y el segundo el de Dworkin, por ejemplo. Por otra parte, también se diferencian en el grado de determinación y operatividad decisoria que otorgan a esos valores que sustentan y alimentan el sistema jurídico, y mientras que unos, como el propio Dworkin, defienden que, al menos idealmente, en tales valores se contiene predeterminada la única respuesta correcta para todo conflicto jurídico, otros, como Alexy, mantienen que dichos valores no sirven para fundar una única respuesta correcta para cada caso, sino meramente para descartar las respuestas abiertamente incorrectas por injustas. Con ello se diferencian también en el margen de discrecionalidad que le reconocen al juez y en su grado de deferencia con el legislador.

De este tipo es el fuerte movimiento doctrinal actual que recibe el nombre de neoconstitucionalismo y que, además de los citados, está paradigmá-

ticamente representado por autores como Zagrebelsky, en su obra *El Derecho dúctil*.

No hace falta decir que el valor que estas corrientes hacen preponderar es el valor justicia, que gana así, en ellas, a la seguridad jurídica y a la legitimidad de la autoridad.

Mis consideraciones en lo que sigue serán desarrollo y aplicación de la teoría positivista a que me adscribo, y las otras sólo las mencionaré ocasionalmente y a efectos comparativos.

## **8. Ambigüedad, vaguedad, subsunción**

Recapitulemos brevemente y complementemos con unas muy elementales nociones sobre las causas más comunes de la indeterminación de los enunciados normativos.

Un enunciado normativo adolece de indeterminación en algún grado cuando no sabemos exactamente a qué se refiere. Ese no saber a qué se refiere exactamente puede verlo tanto la doctrina como la práctica jurídica decisoria. En el primer caso nos hallamos cuando un tratadista que explica o comenta un precepto normativo se pregunta a qué casos se refiere dicho precepto y constata que hay casos de los que se duda si caen dentro o fuera de su regulación, dependiendo de cuál sea la interpretación que se haga valer. Dicho tratadista puede limitarse a enumerar cuáles son esas interpretaciones posibles, con sus respectivas consecuencias para unos casos u otros, como quería Kelsen que los dogmáticos hicieran para que su labor fuera científica y no política, o puede sentar cuál es la interpretación, de las posibles, que le parece preferible, por las razones que en tal caso debe explicitar, si no quiere que su interpretación se pueda reputar de

arbitraria. Esa es la llamada interpretación doctrinal a la que no volveré a referirme aquí. Su importancia deriva de su posible influencia sobre la interpretación práctico-decisoria que llevan a cabo los jueces y tribunales y los demás órganos con capacidad decisoria en Derecho.

Cuando uno de esos órganos decisorios se topa con un problema interpretativo en el caso que tiene que resolver, deberá necesariamente elegir entre una de las interpretaciones posibles. Si dicho órgano está legalmente sujeto a la obligación de motivar sus resoluciones, como ocurre con los jueces y tribunales, deberá justificar esa elección interpretativa mediante razones, ya que al determinar esas opciones interpretativas (junto con las referidas a los hechos) el contenido concreto del fallo, motivar éste tiene que ser necesariamente fundamentar aquéllas. Volveremos sobre esto al hablar del papel de la argumentación.

Retomemos el hilo. Decíamos que un enunciado normativo plantea un problema interpretativo cuando no sabemos con total precisión a qué se refiere o, lo que es lo mismo, cuando su referencia no está totalmente determinada. Esa indeterminación o no saber a qué se refiere puede deberse a dos razones principales:

- (i) Que haya varias cosas heterogéneas que se denominen así. El término "copa" por ejemplo, presenta ese problema, pues tanto se denomina así un recipiente para beber como una parte de los árboles o como un trofeo que se suele entregar a los ganadores de ciertos torneos. Una norma que dijera "se premiará con una copa al que consiga X" plantea el problema interpretativo de si tal premio consiste en un trofeo, en una valiosa copa para beber o en una invitación a beber una copa de buen vino. Estamos aquí ante los casos de ambigüedad semántica. Muy a menudo tal ambigüedad semántica se resuelve fácilmente poniendo el enunciado

en cuestión en su contexto, de modo que claramente se puede apreciar de qué se está hablando. Pero no siempre ocurre así. Un ejemplo real de problema interpretativo derivado de ambigüedad es el que se plantea a propósito del término "llevar" en el artículo 242, apartado 1, del Código Penal español.<sup>8</sup>

Otras veces la ambigüedad es sintáctica, pues lo que introduce la posibilidad de dos significados distintos e incompatibles es la colocación de una palabra en la frase o la presencia de un signo que puede dar lugar a dos sentidos diversos del enunciado. Un ejemplo así lo ofrece el artículo 268 del Código Penal español.<sup>9</sup>

- (ii) Que el significado sea único (o que ya se haya sentado cuál es el que aquí cuenta), pero que no esté perfectamente delimitado el conjunto de los elementos que caen bajo la referencia del término o expresión en cuestión. Estamos entonces ante un problema de vaguedad. Un ejemplo de tantísimos lo encontramos en el artículo

---

<sup>8</sup> Dicho precepto contempla un supuesto agravado de robo "cuando el delincuente hiciese uso de armas u otros medios peligrosos que *llebase*, sea al cometer el delito o para proteger la huída, y cuando el reo atacase a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieran". En la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2001 el problema interpretativo se plantea porque el delincuente se valió para consumar un atraco de un palo que tomó del suelo en el momento y lugar mismo de la acción. ¿Significa eso que el palo, medio peligroso, fue "llevado" por el delincuente? Depende del significado de "llevar" que se elija, pues llevar tanto es portar en un momento dado como trasladar de un lugar a otro. En el primer sentido el delincuente sí llevaba el palo; en el segundo, no. La sentencia se decantó por la acepción segunda y entendió, por tanto, que no se daba el requisito de este tipo agravado de robo. Usó para ello un argumento literal sumamente débil, pues precisamente una duda de este tipo no se resuelve con argumentos meramente semánticos, ya que semánticamente cabe cualquiera de los dos significados mencionados. Tiene la sentencia un voto particular que critica hábilmente dicha fundamentación y muestra cómo había más y mejores argumentos en favor de la opción contraria, especialmente argumentos teleológicos, alusivos al fin protector de la especial indefensión de la víctima, que, respecto del palo con que es amenazada, en nada varía porque dicho palo lo llevara el delincuente desde su casa o se lo encontrara allí mismo.

<sup>9</sup> Véanse en el Apéndice de este trabajo su enunciado y los problemas interpretativos que plantea.

182 del Código Penal español de 1975,<sup>10</sup> que tipificaba como violación, entre otras cosas, "la introducción de objetos" por vía vaginal o anal, mediando violencia o intimidación. Hay cosas de las que nadie dudaría que son "objetos", por lo que todos concordaríamos en que al mencionar dicho término la ley se refiere sin duda a cosas tales como un palo o un tenedor. Pero ¿y los dedos? ¿es "objeto" un dedo a efectos de tal artículo? ¿*se refiere* dicho término también a un dedo de una mano? La única respuesta que de antemano se puede dar en Derecho para una pregunta así es "depende": depende de la interpretación que hagamos de dicho término legal, de que a su referencia posible le demos su alcance más amplio (interpretación extensiva) o más restringido (interpretación restrictiva). La Sentencia de 23 de marzo de 1999 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español tuvo que decidir un asunto tal e interpretó que por "objetos" había que entender "cosas inanimadas o inanes".<sup>11</sup> Optó, en consecuencia, el Tribunal por la interpretación restrictiva que dejaba el hecho enjuiciado fuera del alcance o referencia del enunciado del citado artículo. Pero es exactamente eso, una opción, frente a la que también cabía en Derecho la contraria, y el acierto de elegir una u otra no depende del contenido en sí de la elección, sino de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que se apoye.

Cuando la aplicación de la norma al caso depende de la interpretación que hagamos de los términos y expresiones de aquélla, diremos, siguiendo la terminología que sentara Hart, que dicho caso cae dentro de la zona de penumbra del enunciado de dicha norma; es decir, que ni es un caso al

---

<sup>10</sup> Equivalente al artículo 179 del Código Penal de 1995 a los efectos que aquí importan, pues también éste se refiere a la introducción de "objetos".

<sup>11</sup> Parece evidente que yerra el redactor de la sentencia al escribir "inanes" donde seguramente quería decir "inertes".

que sin lugar a duda la norma se refiere, ni es un caso que sin lugar a duda queda fuera de los contemplados por dicha norma. A efectos del mencionado artículo 182 del Código Penal de 1975 (o del 179 del Código actual) nadie en sus cabales y sin intenciones torcidas negará que un puñal es un objeto o afirmará que un pensamiento sí lo es. En cambio, los dedos caen en la zona de penumbra, como hemos visto, pues que lo sean o no lo sean depende de cómo definamos lo que en esa norma significa "objeto".

Resumiendo y completando, un término es vago cuando no vienen dada con él la enumeración exacta de los elementos que integran el conjunto de seres o estados de cosas a los que se refiere (vaguedad extensional: cuando el conjunto de los elementos referidos por el término es un conjunto abierto) y cuando, correlativamente, no vienen con él definidos los caracteres precisos que reúnen todos los elementos referidos por él (vaguedad intensional: cuando el conjunto de los caracteres definitorios de los elementos que forman parte del conjunto referido por el término es un conjunto abierto). El término "objetos" en el artículo 182 citado es vago porque sin interpretar ese término, es decir, sin precisar su significado mediante la interpretación, no sabemos la lista completa de las cosas que pueden ahí contar como "objetos" (por ejemplo, no sabemos si un dedo lo es o no lo es), lo que se relaciona estrechamente con que tampoco podemos antes de la interpretación determinar la lista completa de los caracteres que definen ahí lo que sea un objeto (por ejemplo, si el ser inerte es o no definitorio de lo que sea un objeto).

Toda decisión judicial de un caso termina en una subsunción de dicho caso bajo la norma que se ha estimado aplicable. Ahora bien, esa norma bajo la que el caso se subsume será siempre una norma interpretada, una norma a cuyo enunciado inicial, el que se contiene en un cuerpo jurídico (por ejemplo el Código Penal) se han añadido por vía interpretativa precisiones suficientes para poder afirmar sin arbitrariedad que bajo tal enuncia-

do, así complementado mediante la interpretación, sí cae el caso de que se trata.

Cuando un positivista habla de subsunción se hace de inmediato sospechoso de recaer en aquel formalismo decimonónico del que antes hablamos. Pero es un torpe error verlo así. Aquellas corrientes dominantes en el XIX creían que la aplicación de las normas jurídicas es mera subsunción porque, en razón del mito aquel de la claridad constitutiva de la ley, de dichas normas se pensaba que determinaban plenamente el fallo sin necesidad de añadido ninguno; por tal razón, se desconocía también la discrecionalidad judicial, pues la interpretación posible se entendía que era siempre una sola, no varias entre las que elegir fundadamente, razón también por la que se daba tan escasa importancia a la motivación de la sentencia y solía ser ésta tan esquemática. Y cuando no se confiaba en que estuviera la norma perfectamente determinada en los términos con los que el Código la recogía, se sostenía que tal determinación sí era plena en la esencia última de los conceptos o los valores jurídicos, verdadero núcleo del sistema jurídico, frente al que las palabras poco importan, las haya o no y sean o no precisas. Tal pensaba la Jurisprudencia de Conceptos, como ya sabemos, y tal es lo que hoy sostienen la corrientes de tipo axiológico, como el neoconstitucionalismo, como ya hemos visto también. Por eso aquel radical formalismo del XIX es hoy negado por el positivismo, pero ha sido heredado, en versión corregida y aumentada, por este tipo mencionado de doctrinas antipositivistas.

Lo que aquí queremos decir es que toda decisión judicial tiene una estructura subsuntiva, pero que dicha subsunción final acontece a partir de una interpretación de los hechos y de los enunciados jurídicos que es llevada a cabo por el juez y en la que goza de amplia discrecionalidad, que no de arbitrariedad, pues (i) la elección discrecional no es de la interpretación que más le guste, sin límite alguno, sino de entre las que



hemos llamado interpretaciones (objetivamente) posibles, y (ii) dicha elección, aun así acotada, debe ser justificada mediante argumentos admisibles, pertinentes y bien desarrollados. En esto último es muy relevante la aportación en los últimos tiempos de las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

En otras palabras, y para resumir, un enunciado normativo no es aplicable a la resolución de un caso mientras respecto de éste no se ha resuelto, mediante la interpretación, todo problema de ambigüedad o vaguedad.

## **9. Interpretar y argumentar**

Regresemos al ejemplo aquel de la promesa que me hizo mi vecino y que rezaba "si necesitas comida, yo te la regalo". Conforme a la noción que hemos dado de interpretaciones posibles, a este enunciado cabe darle distintas interpretaciones posibles, alguna de las cuales ya se mencionaron más arriba. Y también otras que rebasan ese límite. Aquí, como ya se ha dicho, llamamos interpretación a un razonamiento compuesto de dos partes o pasos: el establecimiento de las interpretaciones posibles de la norma para el caso y la opción por una de ellas. Es decir, si yo digo que el significado de tal enunciado de promesa es que mi vecino me va a comprar un coche cuando yo lo necesite, no estoy interpretando, sino inventándome una promesa nueva, ya sea porque me conviene, porque enloquecí o por las dos cosas.

Pongamos como hipótesis y para simplificar, que las interpretaciones posibles fueran sólo estas dos, que llamaremos I<sup>1</sup> e I<sup>2</sup>:

I<sup>1</sup>: si estoy en situación de peligro para mi salud por falta radical de alimento, mi vecino me dará algún alimento.

I<sup>2</sup>: si el alimento de que dispongo no me alcanza para saciar mi gran hambre, mi vecino me dará algún alimento adicional.

Si yo le digo a alguien, incluido mi vecino, que el significado de la promesa es el de I<sup>2</sup>, lo normal, y más en caso de que haya algún conflicto al respecto, será que mi interlocutor me pregunte por qué esa interpretación y no la otra. Ante tal pregunta, yo puedo hacer varias cosas: (i) guardar silencio y no dar razón ninguna; (ii) decir que porque sí, o porque yo lo digo; (iii) decir que porque es lo que más me conviene a mí, que para eso estoy interpretando yo; (iv) decir cosa tal como que se me apareció el arcángel San Gabriel y me transmitió la voluntad divina de que así fuera entendida esa promesa, y (v) decir que el comportamiento general de mi vecino tanto antes como después de formular la promesa, así como la intención que éste me manifestó a mí mismo y a otros respalda el sentido que yo di a sus palabras.

Si mi actitud es la de (i) mi interpretación pasará por perfectamente gratuita e injustificada, puesto que nada alego en su favor. En cambio en los casos (ii) a (v) sí respaldo la atribución de significado que hago a la promesa mediante razones o argumentos. Pero, ¿valen y valen igual todos esos argumentos? Los argumentos contenidos en los casos (ii) a (iv) no los consideraríamos en la vida ordinaria argumentos que realmente sostengan o aporten justificaciones admisibles a mi interpretación. El primero (ii), porque hace una arbitraria invocación de la autoridad que no tengo. El segundo (iii), porque invoca la parcialidad descarada de mi juicio allí donde se me pide que aporte fundamentos que puedan resultar razonables para un observador imparcial y desinteresado, como pueda ser el interlocutor que me hace la pregunta. El argumento contenido en (iv) no se consideraría de ningún modo admisible en nuestra sociedad, pues echa mano de conocimientos o experiencias puramente privadas que no son accesibles a los demás. Volveré luego sobre la idea de argumento interpretativo admisible.

Por fin, el argumento de (v) sí funcionará como un argumento admisible y dotado de fuerza para avalar mi interpretación. Pero esa admisibilidad de tal argumento abocará a la cuestión siguiente, que lleva al siguiente paso de mi razonamiento interpretativo que quiera ser válido y eficaz. Pues mi interlocutor podrá preguntarme qué datos puedo mostrarle fehacientemente de los que me hacen pensar que la intención del promitente fue esa que invoco como respaldo de mi entendimiento de la promesa. En tal caso, de la mera invocación de un argumento admisible habremos pasado a la necesidad de probar los hechos que para el caso llenan de contenido dicho argumento. En cambio, si los argumentos que he dado son del tipo de los otros mencionados en (ii) a (iv), nadie me pediría prueba ni razón adicional ninguna, pues quedarían descartados de antemano como razones que respalden mi postura y ésta seguiría pareciendo perfectamente arbitraria por objetivamente infundada.

Las cosas apenas son distintas si hablamos de Derecho y de la interpretación de los enunciados jurídicos. Hubo lugares, en tiempos del absolutismo, en los que en la decisión judicial se veía un puro ejercicio de autoridad, y se estimaba que la característica del que tiene autoridad es no dar razón de sus actos, pues sólo ante los superiores hemos de justificarnos. Así que como el juez sentenciaba en nombre del rey y éste era autoridad máxima, motivar la sentencia equivaldría a rebajar la supremacía del monarca. Superado el absolutismo, en los inicios del movimiento codificador llegaron a contenerse en algunos Códigos Civiles expresas prohibiciones de que el juez interpretase las normas que aplicaba. Era la época de aquella mítica e ingenua confianza en la plena claridad del lenguaje de la ley. Así que la motivación necesaria bastaba con que enumerase, sin más, los hechos y la clara norma bajo la que por sí mismos se subsumían, sin otra mediación del juez que la de ser quien aproximase los unos a la otra para que el silogismo saliese por sí solo y el fallo se impusiese con lógico automatismo. Luego, a medida que la inevitabilidad de la

interpretación se fue haciendo patente y en tanto se fueron derrumbando aquellos mitos de la inmanente racionalidad formal del sistema jurídico, se fue tomando progresiva conciencia correlativa de que el juez condiciona mediante su interpretación el tipo de aplicación que de la norma se haga, de manera que la subsunción ya no es automática, sino condicionada por una serie de opciones de las que el juez no puede de ningún modo librarse. El paso ulterior tuvo que ser, cómo no, pedirle al juez que justificase expresamente esas opciones, a fin de acotar su discrecionalidad de modo tal que contenga de arbitrariedad la medida menor *posible*.

En esa evolución las tornas se han cambiado de tal modo que, si antes lo que hacía buena una sentencia era el contenido del fallo, y la motivación de éste contaba poco o nada, en la actualidad lo que hace bueno un fallo es la calidad de los argumentos con que se motiva cada uno de los pasos que llevan a él. Si la esencia de la buena sentencia fuera dar con la verdadera solución para el caso, importaría la verdad de dicha solución hallada más que el acierto al explicarla.<sup>12</sup> Pero las cosas son exactamente al revés, y entre dos fallos distintos de dos casos perfectamente idénticos se entenderá hoy comúnmente que no es más correcto el que encierre la verdad del Derecho, sino el que esté mejor y más convincentemente fundamentado.

En consecuencia, cuando un juez interpreta una norma, condicionando con ello el contenido final de su fallo para el caso, está realizando una

---

<sup>12</sup> Tal vez por eso el neoconstitucionalismo imperante se hace cómplice de la pésima calidad de la motivación de muchas sentencias, especialmente de Tribunales Constitucionales, en las que, so pretexto de darle al caso la solución que la justicia demanda, se hace tabla rasa de la lógica y el sentido común y se derrochan falacias y paralogismos. *Fiat iustitia pereat argumentum*, debería ser su lema. Lo chocante es que, al tiempo, muchos de esos neoconstitucionalistas se proclaman simpatizantes o fervientes seguidores de la teoría de la argumentación, cuando deberían más bien decirse seguidores de la teoría de la adivinación jurídica.

elección que debe justificar mediante argumentos contenidos en la propia sentencia. ¿De qué manera puede y debe hacerlo? Mediante argumentos interpretativos. Pero, ¿vale aquí cualquier argumento como argumento justificatorio de la elección de una de las interpretaciones posibles? La respuesta es negativa, pues ocurre algo similar a lo que vimos en nuestro ejemplo de la vida ordinaria, el de la promesa. Toca, por tanto, definir qué se entiende por argumentos interpretativos, cuáles son admisibles y cuáles son las clases de éstos.

## 10. Argumentos interpretativos

Para dar significado a cualquier cosa es preciso tomar una referencia, adoptar un punto de vista. De una persona que se arrodilla y mira al cielo, desde un punto de vista religioso se puede decir que está orando, desde un punto de vista psiquiátrico quizá se está autoinfligiendo un castigo porque se siente culpable y desde un punto de vista social tal vez está representando un papel aprendido con el que busca cierta reacción de quienes la rodean. Con los enunciados normativos no sucede distinto. El juez que ha de precisar el significado del enunciado normativo que va a aplicar a la resolución del caso tiene que atenerse a alguna pauta, arrancar de algún dato con que correlacionar tal enunciado para obtener una visión más precisa del significado concreto de éste.

Tomemos un ejemplo. El juez que interpreta el enunciado normativo N se ve en la necesidad de elegir entre dos interpretaciones posibles del mismo,  $S^1$  y  $S^2$ , de cada una de las cuales van a derivarse diferentes consecuencias decisorias para el caso. Pongamos que ese juez adopta un punto de vista religioso y dice que se debe dar preferencia a  $S^1$  por ser el contenido resultante el que mejor se compadece con el credo cristiano. Habría usado lo que podríamos llamar un canon teológico de interpreta-

ción y, sin duda, su proceder no nos parecerá admisible, por incompatible con los fundamentos de nuestro Derecho. O imaginemos que ese juez se inclina por S<sup>2</sup> con el argumento de que el sentido así resultante de N es el estéticamente más bello, el más acorde con las pautas vigentes de belleza literaria. El canon o argumento aquí sería de tipo estético, y nos provocará el mismo rechazo.

¿Qué tienen en común ese posible canon o argumento teológico y ese canon o argumento estético, que hace que la interpretación resultante no nos parezca justificada en tanto que interpretación jurídica? Pues que se trata de dos argumentos interpretativos no admisibles en nuestra cultura jurídica. En cambio, si tal juez echa mano de un canon o argumento teleológico, o de uno sistemático, o de uno subjetivo, alusivo a la voluntad del legislador, o de uno social,<sup>13</sup> etc., la interpretación resultante nos convencerá más o menos, pero no diremos que carece de justificación admisible. Así pues, de entre las referencias o puntos de vista que el intérprete en Derecho puede tomar en consideración para producir argumentos con los que justificar sus opciones interpretativas, hay unos que aquí y ahora, en nuestra cultura jurídica, resultan admisibles y otros que resultan inadmisibles.

Una interpretación se considera justificada cuando aparece expresamente respaldada por argumentos interpretativos admisibles. Por contra, la que se base en argumentos inadmisibles se tendrá por no justificada, lo que es tanto como decir arbitraria. Y en esto hay más consenso del que podría pensarse. Baste reparar en que prácticamente ningún jurista en nuestro medio admitiría aquellos argumentos teológico o estético como fundamento

---

<sup>13</sup> Es decir, que toma como referencia para la interpretación de la norma "la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada", como dice el artículo 3.1 del Código Civil español.

válido de una interpretación, por mucho que los mismos sean plenamente respetables en cuanto rectores de las elecciones que tienen lugar en otros ámbitos distintos del de la decisión jurídica.

¿Qué notas diferencian a los argumentos interpretativos admisibles de los inadmisibles? Las dos siguientes: habitualidad y vinculación a algún valor central del sistema jurídico-político. La habitualidad significa que los argumentos interpretativos funcionan al modo de los tópicos de que hablaba Theodor Viehweg, es decir, que reúnen las siguientes características interconectadas: i) son muy usados en un momento histórico dado, aparecen con mucha frecuencia en las sentencias y en la literatura jurídica en general a la hora de fundamentar las interpretaciones; ii) gozan de consenso anticipado entre los expertos en Derecho y los avezados al lenguaje jurídico, de modo que se los acepta sin cuestionamiento como referencias o argumentos que deben usarse a la hora de interpretar las normas; iii) por ello, el significado que avalan pasa a verse como un significado justificado de la norma, de manera que sólo mediante otro argumento admisible puede destruirse la preferencia significativa así sentada. Un argumento teológico no tiene en nuestra cultura jurídica ninguna de esas tres propiedades conexas; un argumento teleológico tiene las tres. Por tanto, la praxis tiene en cada momento sus reglas, ligadas, naturalmente, al contexto histórico, social, político, etc. La tipificación de esas reglas no necesita su positivación bajo forma de normas jurídicas (aunque puede darse), pues tiene lugar siempre, y de modo mucho más eficaz, conjuntamente en la doctrina y en la praxis judicial.

La conexión con algún valor considerado básico para el sistema jurídico-político es el segundo requisito de los argumentos admisibles. Veámoslo primero en negativo con los ejemplos anteriores. Si el argumento teológico o el estético no resultan aceptables en nuestra cultura jurídica no es sólo porque no sean habituales en las sentencias ni en la doctrina, sino

también y principalmente porque suponen tomar como dirimientes del sentido de las normas ciertos datos pertenecientes a la conciencia puramente subjetiva y personal del individuo que decide, y esto es en el Derecho moderno sinónimo o fuerte indicio de arbitrariedad. En efecto, por lo que a la religión se refiere, en nuestros órdenes político-constitucionales modernos ha pasado a ser una cuestión de conciencia individual y de libre opción personal,<sup>14</sup> pero no la pauta con la que se pueda gobernar la convivencia, pues entre los ciudadanos los habrá de distintos credos religiosos o sin ninguno. Así que un juez que pase el Derecho que aplica por el tamiz de sus convicciones religiosas, que son personales y que no pueden contar socialmente como verdades objetivas comunes para todos, será un juez que está dando como argumento general lo que no es más que un argumento personal, es decir, válido sólo para él y los que con él comulguen. Y con el argumento estético pasaría otro tanto, pues supondría que la interpretación de la norma por el juez sería pura cuestión de gusto, y sobre gustos no se puede discutir. También el gusto es una cuestión privada y personal que no se puede alzar a referente de la organización colectiva. Otra forma de expresar todo esto es aludiendo a que cuando al juez se le exige que motive sus elecciones no se quiere decir meramente que diga qué le llevó personalmente a una preferencia u otra, sino que dé razones que se puedan discutir desde la común participación en ciertos valores y convicciones.<sup>15</sup> En suma, podemos debatir en el foro jurídico y político sobre si es preferible como fin social la estabilidad en el empleo o la disminución del desempleo, por ejemplo, pero no si es más verdadero el dios de los unos o el de los otros, o si es más bello un poema de Rubén Darío o uno de César Vallejo.

---

<sup>14</sup> Salvo que se trate de un Estado que oficialmente se proclame confesional.

<sup>15</sup> Por eso mismo resulta muy delicado que el juez use un argumento interpretativo de justicia, ya que en una sociedad que por imperativo social y constitucional es pluralista las concepciones de lo justo son, legítimamente, varias y diversas y nadie tiene derecho a imponer sus patrones de justicia sobre los de los demás, salvo el legislador legitimado por la elección mayoritaria, y aun así con fuertes garantías para la ocasional minoría



Pongámoslo ahora en positivo. Todos los argumentos interpretativos admisibles aparecen vinculados a algún valor jurídico-político relevante. Es decir, si nos preguntamos por qué el argumento interpretativo "A" es admisible y debe seguir usándose, la respuesta será siempre que el empleo de dicho argumento contribuye a asegurar la vigencia o mejor realización de alguno de esos valores. Algún ejemplo. Pensemos en el argumento subjetivo, que en la terminología tradicional, alude a la voluntad del legislador como pauta válida de interpretación. Es un argumento admisible que, en realidad, se desdobra en dos, el semántico-subjetivo (qué quiso decir el legislador, cómo entendía él las palabras y expresiones que usó en la norma) y el teleológico-subjetivo (qué quiso conseguir el legislador, qué fin se proponía alcanzar con la norma que dispuso). En cualquiera de esas dos variantes, el valor que subyace es el de autoridad legítima. Se estima positivo que el que está legitimado para crear las normas jurídicas que nos vinculan sea, en razón de esa su legitimidad, obedecido en la mayor medida posible. El Derecho legítimo es el que resulta de una autoridad legítima, y reforzar ésta mediante la interpretación supone aumentar la legitimidad de aquél. Otro ejemplo, el argumento sistemático, en cualquiera de sus modalidades. Le subyace siempre el valor coherencia del sistema jurídico. Estamos de acuerdo en que un sistema jurídico dotado de coherencia y congruencia interna es mejor y más útil que uno lleno de contradicciones e incongruencias. Ese grado de coherencia se puede aumentar por vía interpretativa, por ejemplo evitando la aparición de antinomias (coherencia lógica), haciendo prevalecer el mismo sentido, a falta de fuertes razones en contra, para las diversas ocasiones en que el legislador use una misma palabra, en lugar de atribuirle significados distintos en cada ocasión (coherencia lingüística), entendiendo que todos los preceptos que regulan una materia o se refieren a ella parten de una idéntica noción de la misma y no viéndolos como un *totum revolutum* del que no se desprende ninguna imagen congruente de dicha materia (coherencia material). Vemos así, en apretada síntesis, que a diversas variantes del argumento

sistemático les subyace, como fundamento de la validez justificatoria de dicho argumento, la idea de coherencia del sistema jurídico, en sus distintos aspectos.

No puedo proseguir aquí con los ejemplos, pero una de las tareas de la teoría de la interpretación jurídica es la de enumerar los argumentos interpretativos válidos y explicar qué valor justifica esa utilidad de cada uno. No puede dejar de mencionarse que la lista será diferente según que la elabore un positivista o un partidario de la concepción que he llamado axiológica. El positivista tenderá a descartar de la misma el argumento de justicia, puesto que no cree en la objetividad mínima de los resultados de su aplicación, mientras que el otro, convencido de que en materias de justicia también hay verdades cognoscibles más allá del pluralismo y la legítima discrepancia, incluirá tal argumento entre los más dirimentes de la elección entre interpretaciones posibles e, incluso, más allá de las interpretaciones posibles, como ya se mencionó. Tenemos ahí, en la enumeración de los argumentos que son interpretativos y admisibles la primera gran fuente de discrepancias en la teoría de la interpretación. La segunda se da a propósito de la jerarquía entre ellos. Son dos problemas distintos: el de qué argumentos valen y cuáles de los que valen valen más.

## **11. Criterios y reglas de la interpretación**

Pero no todos los que valen, no todos los argumentos interpretativos admisibles funcionan en el razonamiento interpretativo de la misma manera y con las mismas prestaciones. Conviene diferenciar, dentro de los argumentos interpretativos, entre criterios y reglas de la interpretación. Los *criterios* de interpretación ofrecen justificaciones válidas y admisibles para una opción interpretativa. Está justificada la opción interpretativa que se apoye en un criterio interpretativo, pero siempre sabiendo que

contra el criterio que respalda una opción interpretativa siempre se puede hacer valer un criterio que sostenga una opción interpretativa distinta. Si las interpretaciones posibles de N son  $S^1$  y  $S^2$ , en favor de  $S^1$  puede invocarse tal vez con propiedad un criterio teleológico-subjetivo, y en favor de  $S^2$  un criterio teleológico-objetivo. Esto nos lleva a una constatación importante, como es que puede perfectamente darse el caso, y hasta suele, de que todas las interpretaciones posibles de un enunciado normativo pueden ser interpretaciones justificadas, en cuanto que en favor de cada una puede correctamente invocarse algún criterio interpretativo admisible.

Las *reglas* interpretativas son también argumentos interpretativos, es decir, aportan razones para la elección entre interpretaciones posibles, pero operan de otro modo. Las reglas interpretativas descartan o imponen una de las interpretaciones posibles. Por consiguiente, las reglas interpretativas se dividen en reglas interpretativas negativas y positivas.

Reglas interpretativas negativas son las que eliminan alguna (o algunas) de las interpretaciones posibles, aun cuando pueda estar apoyada en uno o varios criterios interpretativos. Es decir, si las interpretaciones posibles de N son  $S^1, S^2... S^n$ , y si una regla interpretativa negativa es aplicable, quedará descartada una de esas interpretaciones posibles, por ejemplo  $S^1$ . Estas reglas interpretativas negativas son las que excluyen cierta interpretación *prima facie* posible por poseer cierta propiedad que la regla señala como causa de exclusión.

Reglas interpretativas positivas son las que marcan la preferencia de una de las interpretaciones posibles, por poseer cierta propiedad a la que la regla alude como dirimente de su preferencia.

Naturalmente, si las interpretaciones posibles en discusión son sólo dos, la aplicación de una regla interpretativa negativa dirime a favor de la no

descartada por ella. Si las interpretaciones posibles en discusión son más de dos, la elección deberá acontecer de entre las no descartadas por una regla negativa. Sean las interpretaciones posibles dos o más, la aplicación de una regla interpretativa positiva dirime a favor de la preferible con arreglo a ella, frente a todas las demás.

Importa resaltar también que a diferencia de los criterios interpretativos, las reglas interpretativas, tanto negativas como positivas, no ofrecen referencias o puntos de vista para sentar significados justificados, sino meras pautas de selección de los previamente establecidos; esto es, no proponen significados sino que de entre los posibles y, en su caso, justificados mediante criterios, descartan unos o hacen prevalecer otros.

Ahora pongamos algunos ejemplos de las unas y de las otras.

Lo que muchos llaman la interpretación lógica y que aquí llamaremos argumento de interpretación lógico-sistemática, y que es una variante de los argumentos sistemáticos, es en realidad una regla interpretativa negativa, que rezaría así, en su formulación más frecuente: de entre las interpretaciones posibles se debe elegir una que no dé lugar al surgimiento de una antinomia en el sistema jurídico. Formulado lo mismo de modo más acorde con el carácter negativo de la regla, diríamos que de entre las interpretaciones posibles se debe descartar aquélla (o aquéllas, en su caso) que provoque la aparición de una antinomia en el sistema jurídico. Esto merece una breve ilustración.

Si la norma  $N^1$  puede tener dos significados ( $S^1N^1$  y  $S^2N^1$ ) y existe otra norma  $N^2$  cuyo significado es opuesto a  $S^1N^1$  o  $S^2N^1$ , se debe optar por el significado de  $N^1$  que no se oponga al significado de  $N^2$ . Más precisamente, desarrollando este esquema, si tenemos que:

$$S^1N^1 \rightarrow O_x$$

$$S^2N^1 \rightarrow \neg O_x$$

y hemos establecido que:

$$N^2 \rightarrow O_x$$

no podemos, en virtud de este argumento,<sup>16</sup> elegir la interpretación  $S^2N^1$ .

Podemos mencionar otras reglas interpretativas negativas, como pueda ser la de evitación del absurdo, regla que aparece muchas veces bajo la denominación indistinta de argumento *ad absurdum* o apagógico. Formulada como aquí proponemos, dispondría que de entre las interpretaciones posibles debe descartarse aquélla (o aquéllas, en su caso) que llevarían a que la aplicación de la norma así interpretada produjera consecuencias marcadamente absurdas o claramente contraintuitivas, contrarias, pues, al elemental sentido común o a la "naturaleza de las cosas", en el sentido menos metafísico de la expresión. No hay espacio aquí para extender-

---

<sup>16</sup> Esta regla la vemos operando en las llamadas sentencias interpretativas de los tribunales constitucionales. En ellas, como es sabido, dichos tribunales, al juzgar sobre la constitucionalidad o no de una ley, dictaminan que la misma es constitucional a condición de que no se interprete de determinada forma, con cierto significado, y la sentencia veta esa interpretación al tiempo que declara la constitucionalidad de la ley, que ya no va a poder ser interpretada de ese modo descartado. Con ello los tribunales constitucionales evitan aquella interpretación que por hacer a la ley chocar con un precepto constitucional haría aparecer una antinomia entre la norma inferior (la ley así interpretada) y la norma superior, la constitucional, que debería resolverse invalidando la inferior, es decir, declarándola inconstitucional. La salvaguarda de la coherencia del sistema jurídico va ahí de la mano de otra regla interpretativa muy importante cuando se trata de la interpretación de normas legales, como es la de conservación de las normas jurídicas. Esta regla (que en la doctrina y la jurisprudencia suele denominarse principio, pero eso aquí ahora no importa gran cosa) dispone que siempre que sea posible hay que evitar que la interpretación dé lugar a la desaparición de una norma, y ello por dos razones: para que no aparezca una laguna, en su caso, con su correspondiente producción de incerteza, y para que sea respetada en la mayor medida posible la obra del legislador legítimo.

se más sobre esta nueva regla o sobre otras similares que se podrían traer a colación.

Vamos ahora con las reglas interpretativas positivas. Son bastante comunes y muchas veces aparecen referidas a distintos sectores o ramas del sistema jurídico. Así, la regla del *favor laboratoris* en Derecho laboral, la del *favor minoris* en Derecho de menores, la del *favor libertatis* en Derecho penal,<sup>17</sup> entre otras muchas; o la llamada de interpretación favorable a los derechos fundamentales, que opera con alcance general. La estructura común de todas ellas puede describirse sintéticamente así: de entre las interpretaciones posibles en discusión, elíjase aquella cuya consecuencia supone una mayor realización del bien B (la protección del trabajador, el interés del menor, la mayor libertad del reo, la mejor realización del derecho fundamental que se vea afectado...).<sup>18</sup> Naturalmente, para que una regla de este tipo opere tiene que ser posible distinguir entre las distintas consecuencias a que conduce la aplicación de la norma conforme a unas u otras de las interpretaciones posibles y, sobre todo, tal diferencia en las consecuencias, por lo que al bien que se pretende diri-

---

<sup>17</sup> Hay en nuestros días preocupantes indicios de que tal regla interpretativa puede ser sustituida en Derecho Penal por la opuesta, la del *favor securitatis*. El "Derecho penal del enemigo" del que tanto se habla desde que Jakobs actualizara esa vieja idea, tiene uno de sus presupuestos precisamente en tal alteración de las reglas interpretativas, tanto las de los hechos (se atenúa el alcance de la presunción de inocencia), como las de las normas.

<sup>18</sup> En otro lugar (mi trabajo "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios") he intentado mostrar que tales reglas interpretativas positivas son todas aplicaciones sectoriales o concreciones de una regla positiva de grado superior, a tenor de la cual de entre las interpretaciones posibles debe optarse por aquella que tenga las consecuencias mejores y en su mayor medida. A la cuestión de cómo se determina qué consecuencias son más positivas la respuesta sería que consecuencias preferibles son aquellas que realizan derechos, fines, principios y valores sentados en la Constitución.

Con todo, la clara aplicación de tal regla con efecto dirimente no es posible muy a menudo, ya sea por la incerteza respecto a las posibles consecuencias de cada interpretación en juego o ya porque a favor de unas cuenta la realización de unos bienes constitucionales y a favor de otras, otros.

mente se refiere, ha de aparecer suficientemente argumentada, como con carácter general para el uso de todos los argumentos interpretativos veremos prontamente.

## **12. Sobre el correcto uso de los argumentos interpretativos**

Para su correcto uso, los argumentos interpretativos, tanto criterios como reglas, tienen que estar bien argumentados o, dicho de otro modo, no cumplen su función justificatoria de la elección de interpretaciones mediante su mera mención, sino que tienen que ser adecuadamente usados. ¿Qué quiere esto decir?

Comencemos con un ejemplo sencillo. Estamos nuevamente interpretando la norma N, cuyas interpretaciones posibles son S<sup>1</sup> y S<sup>2</sup>. El intérprete opta por S<sup>1</sup>, alegando que ése es el significado que mejor se corresponde con la voluntad del legislador (lo que el legislador quiso decir o lo que quiso conseguir, da igual aquí de cuál de las variantes se trate). Ha recurrido a un argumento interpretativo admisible, un criterio, el tradicionalmente denominado de interpretación subjetiva, pero si no dice más que eso se ha limitado a mencionarlo. S<sup>1</sup> no es la interpretación que más se acomoda a lo que quiso el autor de N porque el intérprete lo diga, sino que tal relación habrá de acreditarse suficientemente. Es decir, el mencionado argumento principal (que S<sup>1</sup> es el significado que mejor se corresponde con lo que quiso el autor de N) tiene que aparecer apoyado por subargumentos que lo muestren como verdadero o, al menos, como razonable y creíble.

Lo anterior no es sino aplicación de lo que podríamos llamar la regla de oro de la argumentación jurídica y, consiguientemente, de la racionalidad argumentativa de las decisiones jurídicas (a excepción de las decisiones

legislativas),<sup>19</sup> que dispone, formulada para las sentencias, lo siguiente: toda afirmación contenida en una sentencia y que no sea perfectamente evidente e indiscutible, debe fundarse con argumentos hasta el límite último de lo razonablemente posible en el contexto de que se trate.

Volviendo a nuestro sencillo ejemplo, la afirmación que el juez hace de que la voluntad del legislador fue V y no V', y su consiguiente opción interpretativa por S<sup>1</sup>, como significado más acorde con V, debe aparecer apoyada en la expresa aportación de pruebas o indicios de que efectivamente fue V lo que el legislador quiso, de que fueron esos y no otros los contenidos de su voluntad al dictar la norma en cuestión. Para ello tendrá, en este caso, que echar mano de argumentos históricos:<sup>20</sup> discusiones parlamentarias, redacciones de los sucesivos proyectos, declaraciones de los ponentes, programas de los partidos, etc. Porque si tales argumentos de apoyo no existen, si no son convincentes para lo que se quiere acreditar o si es discutible la verdad de los datos que se aportan, el argumento interpretativo principal dejará de estar justificado y se convertirá en una afirmación puramente arbitraria del juez (o del intérprete de que se trate).

Lo dicho con este ejemplo sencillo vale para todos los argumentos interpretativos. Sólo que otros son mucho más complejos y es mucho más lo que en ellos se ha de argumentar suficiente y razonablemente, si se quiere que su uso sea argumentativamente correcto, es decir, respetuoso de una racionalidad argumentativa mínima y no mero subterfugio bajo el

---

<sup>19</sup> En éstas la racionalidad argumentativa tiene que ver con el procedimiento de su creación, con su carácter discursivo y con el modo como en el mismo se regulen y se distribuyan las posibilidades de argumentar. Sobre el particular puede verse, a título introductorio, mi trabajo "Razón práctica y teoría de la legislación".

<sup>20</sup> El argumento histórico es en la interpretación jurídica siempre un argumento auxiliar de otro argumento interpretativo principal.



que apenas se esconda la arbitrariedad del intérprete, sus preferencias puramente personales. Veámoslo sucintamente.<sup>21</sup>

El argumento teleológico tiene dos variantes, teleológico-subjetiva y teleológico objetiva, como sabemos. Aquí nos ocuparemos sólo de esta última.

Definición de argumento teleológico-objetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que una persona razonable hoy querría lograr al formular tales enunciados.

La estructura de este argumento puede describirse así:

*Si el significado S de un enunciado legal permite (en la mejor medida posible) el cumplimiento del fin de dicho enunciado, está justificado asignarle ese significado S.*

Esto es:

$$[FN \wedge (SN \rightarrow FN)] \rightarrow JSN$$

Lectura: Dado que el fin de N sea F y dado que el significado S de N lleva a la realización del fin F de N, entonces está justificado dar a N el significado S.

El empleo racional de este argumento requiere la justificación suficiente de las dos aserciones que componen su antecedente: que el fin de N es F

---

<sup>21</sup> Me ciño aquí a lo que ya expuse en el trabajo antes mencionado: "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios".

(FN) y la implicación entre el significado S y el cumplimiento de dicho fin ( $SN \rightarrow FN$ ).

i) La atribución a N del fin F, y no por ejemplo del fin  $F'$ ,  $F''$ ...  $F^N$ .

El tipo de justificación requerido cuando se trata de esta variante teleológico-objetiva es asunto complicado, pues pueden mezclarse enunciados normativos y empíricos, dependiendo de los matices o variaciones con que, a su vez, este argumento teleológico suele aparecer. Tomemos sólo dos de sus modelos más usuales:

a) A veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una determinada sociedad, a día de hoy, unánime o mayoritariamente les daría. Por tanto, el esquema aquí es: "Esta sociedad S quiere para la norma N el fin F". Aquí se trata de afirmaciones empíricas que tienen que estar sostenidas por los correspondientes datos o indicios suficientemente acreditados; el esfuerzo demostrativo de la verdad de esos datos tendrá que ser tanto mayor cuanto menor sea la evidencia de la verdad de lo afirmado. No es igual de evidente afirmar "en esta sociedad todos aspiran a tener una buena vivienda" que afirmar "en esta sociedad todos son partidarios de que el Estado subvencione a las confesiones religiosas".

b) Otras veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una (cualquier) persona razonable les daría. En la medida en que el sujeto al que se imputa esa preferencia entre fines no es un sujeto real y empírico, sino uno hipotético y construido con datos normativos, resulta crucial la fundamentación que se proponga para estos últimos. Es decir, se parte de una definición de sujeto razonable (o cualquier sinónimo) y habrá que justificar de modo suficiente y suficientemente convincente los datos de esa definición.

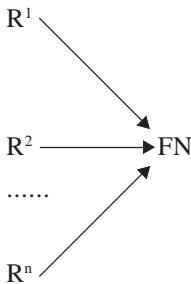
No es igual definir como sujeto razonable, a estos efectos, al que posee una psicología propia de adulto que al que respeta las reglas de un determinado sistema moral. Cuando esto último ocurriera estaríamos ante el tan frecuente uso del argumento teleológico-objetivo para la imposición dogmática y camuflada de un determinado código moral con pretensiones de "objetividad".

Sea cual sea la variante, subjetiva u objetiva, quiere decirse que la afirmación FN sólo estará justificada cuando en el razonamiento interpretativo que la contenga se expliciten las razones en que se apoya. Es una cuestión gradual: el argumento será tanto más fuerte (y la correspondiente interpretación resultante tanto más justificada) cuanto más y mejores (menos discutibles o dudosas) sean esas razones. Las mismas podrán ser empíricas (históricas, sociológicas, psicológicas...) o normativas (morales, políticas...). Sólo es prescindible sin daño de la racionalidad argumentativa la explicitación de aquella razón de total evidencia, indiscutible.

Podemos representarlo así:

$$(R^1 R^2 \dots R^n) \rightarrow FN$$

o así:



ii) En segundo lugar, el empleo racional de este argumento requiere la demostración o fundamentación suficiente de la implicación causal que contiene, la afirmación de que la aplicación de la norma N con el sentido S tiene como efecto o consecuencia el cumplimiento del fin FN.

El pleno desarrollo argumentativo de ese extremo en el contexto de un razonamiento interpretativo en que se sopesen diversas interpretaciones posibles (y, en su caso, justificadas), supone algo más que el mero mostrar que de la aplicación de la norma N interpretada con el significado S se sigue la realización del fin F. Porque pudiera ocurrir que de otro significado S' se pudiera mostrar también que se sigue la realización del fin F, o incluso una realización en más alta medida.

Por tanto, para la justificación racional del argumento interpretativo teleológico, es decir, para su correcto uso, tiene que quedar suficientemente claro y fundado que sólo la interpretación de N con el significado S permite la realización del fin FN; o que ése es el significado que permite una mejor realización de FN. En consecuencia, es argumentativa y racionalmente deficiente el uso de este argumento con la mera justificación de que  $SN \rightarrow FN$ . Esto es condición necesaria, pero no suficiente. También se ha de acreditar que ninguna otra interpretación de SN lleva a la realización (o a la realización mejor) de FN.

Son necesarios, pues, razonamientos de corte empírico, generalmente prospectivos o probabilísticos. Podemos establecer la siguiente regla para estos razonamientos en cuanto parte del correcto uso del argumento interpretativo teleológico:

*Tendrán que ser tanto más y/o mejores las pruebas o indicios que expresamente se aporten en favor de la implicación causal entre SN y FN cuanto menos evidente o indiscutible sea dicha implicación.*

El reverso de esta regla, o su complemento, es la exigencia de que en la misma medida tiene que quedar suficientemente justificado que dicho efecto de realización de FN no se sigue (o no se sigue en tal medida) de S<sup>n</sup>N... S<sup>n</sup>N.

Estamos, pues, ante necesarios razonamientos de ponderación de consecuencias: muestran qué consecuencias se desprenden de cada interpretación en litigio y, segundo paso, se justifica cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado.<sup>22</sup>

No es éste lugar para intentar una exposición sistemática de todos los argumentos interpretativos admisibles, tanto criterios como reglas, o al menos de los más importantes. Así que nos conformaremos, en el Apéndice a este trabajo, con un ejercicio de análisis, desde parámetros de ese tipo, de alguna sentencia reciente de la Sala Penal del Tribunal Supremo español. Antes habrá que concluir algo más sobre los alcances posibles de la racionalidad en el razonamiento interpretativo de los jueces.

### **13. ¿Racionalidad de la interpretación?**

Las doctrinas de la interpretación de los dos últimos siglos se han movido entre dos extremos: por un lado el de la confianza en la posibilidad de racionalidad plena de las decisiones interpretativas de los jueces, basada en la total certidumbre y la perfecta sistematicidad del Derecho, ya se entienda éste como conjunto de enunciados positivos (Escuela de

---

<sup>22</sup> Dejo de lado aquí el análisis de los casos en los que sean varios los fines que se han adscrito al enunciado legal, ya se trate de fines que se hayan de alcanzar alternativa o cumulativamente.

la Exégesis), como conjunto de conceptos o entidades "jurídicas" ideales (Jurisprudencia de Conceptos) o como conjunto articulado de valores (Jurisprudencia de Valores y Neoconstitucionalismo) y, en el otro extremo, el irracionalismo propio de los realismos jurídicos y que tan claramente formulara Alf Ross, entendiendo que las elecciones del juez son libérrimas por definición, basadas siempre en móviles personales inconfesos y que se disfrazan de razones pseudoobjetivas mediante una serie de cánones interpretativos que no son más que fórmulas vacías que encubren la irreducible arbitrariedad. En las últimas décadas las llamadas teorías normativas de la argumentación jurídica (o al menos algunas de ellas) han introducido una cierta salida intermedia, que consistiría en pensar que el juez posee siempre amplios márgenes de libertad interpretativa, pero que no puede colmarlos a su antojo, pues ha de argumentar sus elecciones con razones, con argumentos, y que cuanto más pertinentes y convincentes sean dichos argumentos, y cuanto más correcto<sup>23</sup> y exhaustivo el razonamiento que los contenga, tanto mayor será la racionalidad de la referida decisión.

Considero útil esa teoría normativa de la argumentación jurídica, a condición de que no pase de ser una teoría normativa débil; es decir, que ofrezca pautas básicamente formales, relativas al mínimo de argumentos necesarios y a su adecuada estructura interna, al modo de interrelacionarse y a la corrección formal de las inferencias que en los correspondientes razonamientos se contengan, con el propósito principal de evitar cualquier tipo de falacia en la motivación de las decisiones judiciales. Con ello no disponemos, ni mucho menos, de un instrumento para averiguar cuál sea

---

<sup>23</sup> Incluyendo, por supuesto, la corrección lógico formal, lo que de Wróblewski para acá suele denominarse la racionalidad interna de la decisión, distinta de su racionalidad externa, que tiene que ver con la pertinencia y razonabilidad de los contenidos de las premisas y que es la que depende de la calidad de la correspondiente justificación argumentativa.

la única solución correcta para cada caso, pero sí para criticar la deficiente racionalidad de muchas sentencias y su consiguiente exceso de arbitrariedad mejor o peor disfrazada con retórica. E incluso para establecer una cierta (pero muy elemental) escala comparativa de decisiones más racionales o menos. Por ejemplo, una decisión que se base en un único argumento que envuelva una falacia lógica como la de negación del antecedente<sup>24</sup> será muy escasamente racional en términos argumentativos, menos que otra que no contenga defecto lógico.

Creo que el tipo de herramientas que desarrolla una teoría de la interpretación como esta que propongo tiene una utilidad crítica y quiere ser apta ante todo para el análisis de sentencias. Tiene, pues, un fin primario de crítica fundamentalmente negativa, si bien al servicio de un propósito último de disminución de la arbitrariedad y la incompetencia de tantos jueces, incluso entre los más altos.

En cualquier caso, el tipo de racionalidad mínima que aquí se busca es totalmente compatible con la aceptación de la discrecionalidad judicial. Y esta discrecionalidad es de uso perfectamente legítimo cuando el juez tiene que elegir entre interpretaciones posibles que están o pueden fácilmente estar cada una justificada por criterios interpretativos perfectamente usados, sin trampa ni cartón. Cuando las razones de cada opción son lo bastante buenas y aparecen expuestas con suficiente rigor y pormenor, no queda ya mejor razón que el parecer independiente y bienintencionado del juez. Pero, aun así, debemos seguir pidiéndole que justifique su elección y que haga expresas sus razones últimas. Tal vez nos aboque a la ficción exigirle tanto, pero será una ficción educativa, educativa para él, juez, y para nosotros, ciudadanos, que tenemos que saber que de cualquier acción limpia es siempre posible dar razones, enseñar las cartas.

---

<sup>24</sup> Analicé alguna sentencia de ese tipo en mi trabajo: "Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho".

## 14. Apéndice

### **Análisis de dos sentencias del Tribunal Supremo español (Sala Penal) sobre un problema interpretativo del artículo 268 del Código Penal español de 1995.**

#### **a. Fuente del problema interpretativo**

##### 1. Artículo 268 Código Penal de 1995:

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuviesen separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y *hermanos* por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

#### **b. Identificación del problema interpretativo que vamos a examinar**

¿Rige la exención de responsabilidad penal en estos delitos para los hermanos, vivan juntos o no, o sólo para el caso de que vivan juntos?

Estamos ante un caso de *ambigüedad sintáctica*: la condición "si vivieren juntos" puede referirse o bien solamente a "los afines en primer grado", o bien a todos los casos de parentesco que se enumeran, incluidos los casos de hermanos.

Por consiguiente, una interpretación extensiva de la cláusula exoneradora (y simultáneamente restrictiva de los supuestos de responsabilidad penal) alargará la exoneración a los hermanos que no vivan juntos (y también a



los otros parientes enumerados, aunque aquí no nos ocupemos de esos otros supuestos), mientras que una interpretación restrictiva de tal cláusula la acortará meramente a los hermanos que vivan juntos, con lo cual sí habrá responsabilidad penal cuando no exista dicha convivencia.

### **c. Análisis de jurisprudencia sobre el tema**

**STS de 20 de diciembre de 2000, Sala Penal (Ponente C. Granados Pérez).**

Fallo: exención de responsabilidad penal, cuando los hermanos no viven juntos.

### **d. Argumentos interpretativos empleados**

#### *i) Histórico-comparativo*

*Expresión del argumento:* el precepto del Código Penal anterior referido al tema y sustituido por éste (artículo 564 del Código Penal derogado) "exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal".<sup>25</sup> Entiende por ello el Tribunal que: "El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal".

*Evaluación de la fuerza del argumento:* Carece de toda fuerza porque:

- a) Que una norma sustituya a otra no significa que haya de contener regulaciones opuestas a ella en todos sus extremos.

---

<sup>25</sup> Siempre que no se indique otra cosa, los entrecorillados contienen citas de la Sentencia comentada.

- b) Hay una petición de principio, consistente en que el Tribunal da por sentado aquello precisamente que es objeto de discusión y que hay que fundamentar: que el significado de la redacción del actual artículo 268 es, en lo referente a los hermanos, distinto del que tenía el antiguo artículo 564. Es verdad que en éste estaba más clara la exigencia expresa de convivencia entre los hermanos para la exoneración de responsabilidad, pero de la ambigüedad sintáctica del artículo 268 actual no se desprende que dicha convivencia ya no se exija, sino que el que tal exigencia opere o no depende de cómo se interprete la expresión problemática, y esa interpretación no puede darse por supuesta ni tenerse por obvia sin argumentarla.

En conclusión, el argumento histórico-comparativo aquí usado carece de toda fuerza de convicción, pues da por sentado lo que había que argumentar.<sup>26</sup>

*ii) Literal*

*Expresión del argumento:* "Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros".

*Evaluación de la fuerza del argumento:* contiene una nueva petición de principio, pues pretende presentar como unívoco aquello que precisa-

---

<sup>26</sup> Esto ocurre siempre que se quiere usar un argumento histórico como argumento principal o independiente, ya que dicho argumento sólo es útil como argumento auxiliar de algunos otros.

mente por ser ambiguo requiere una interpretación que opte fundamentadamente entre una de las dos interpretaciones posibles. Es decir, presenta como evidente un único significado, cuando el problema justamente nace de que los significados pueden con propiedad ser dos.

Por consiguiente, este argumento literal carece de toda fuerza de convicción, pues da por sentado lo que había que argumentar.

### *iii) Argumento al absurdo*

*Expresión del argumento:* "Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del Derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria".

*Evaluación de la fuerza del argumento:* Es necesario descomponer el argumento para su análisis riguroso. El razonamiento que contiene podemos desgranarlo en los pasos siguientes:

- El enunciado del artículo 268 otorga el mismo tratamiento, sea el que sea, a los ascendientes y descendientes y a los hermanos. Es decir, si la exigencia de convivencia para la exoneración de responsabilidad penal rige para los hermanos, regirá igualmente para ascendientes y descendientes; y si se entiende que no se establece tal requisito, no estará establecido ni para los unos ni para los otros. Por tanto, la solución interpretativa que se dé tendrá que ser la misma para hermanos, ascendientes y descendientes.
- Parece admisible imaginar que la convivencia se exigiera para librar de responsabilidad a los hermanos, pero hacerlo así con

ascendientes y descendientes (que deberían entonces tener idéntico tratamiento, por lo que acabamos de decir en el punto anterior) conduce al absurdo. Es decir, está afirmando el Tribunal aquí que es absurdo entender que los ascendientes y descendientes de la víctima sólo quedan liberados de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales cuando convivan con ése su pariente (hijo, padre, nieto, abuelo...) que sufre el delito.

Un correcto uso de un argumento al absurdo consiste en descartar una de las interpretaciones en litigio y *prima facie* posibles por las consecuencias absurdas, contraintuitivas, opuestas a evidencias difícilmente discutibles, a que tal interpretación conduciría si gobernara el fallo. El absurdo en cuestión puede ser de distinto tipo (lógico, empírico...), pero siempre ha de apreciarse con claridad, bien porque conste por sí mismo de modo bien visible, bien porque se expliciten razones que lo hagan suficientemente patente. En el caso que nos ocupa tal evidencia por sí no se ve, por lo que hemos de estar a las razones que el Tribunal nos aporta. Tales supuestas razones del absurdo son éstas, como ya hemos visto: requerir la convivencia entre la víctima y sus ascendientes o descendientes (ya sabemos que lo que digamos para éstos hay que decirlo también para los hermanos, y viceversa) "supondría una excesiva intervención del Derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria". Así que esta excusa absolutoria, rija para quien rija, tiene unas razones que se vulneran hasta el absurdo si se exige la convivencia de ascendientes o descendientes con la víctima. La validez, pertinencia y fuerza de este argumento al absurdo depende de que se den las condiciones siguientes:

- Total evidencia de las aludidas razones de política criminal o, en su defecto, explicitación plenamente convincente de ellas.

El Tribunal no explicita esas razones de política criminal y parece difícilmente creíble que sólo quepa una concepción de ellas. ¿Acaso no podemos pensar que el Derecho quiere sólo exonerar a los parientes que convivan, asumiendo que la falta de convivencia se debe a veces a situaciones de tal distancia y falta de relación que equiparan perfectamente a dichos parientes a perfectos extraños? Basta pensar en supuestos de larga enemistad, ausencia total de toda relación personal, lejanía geográfica y distanciamiento emocional, etc. ¿Por qué va a estar exonerado de responsabilidad penal, por un robo que contra mí comete, un nieto mío que tal vez no he visto nunca y con el que nunca he tenido ni el más ligero trato?

- Acreditación bastante de que la interpretación en cuestión (el entender que la exigencia de convivencia vale también para ascendientes y descendientes) efectivamente conduce a consecuencias tan radicalmente incompatibles con aquellas razones de política criminal que podemos tildarla de absurda.

El Tribunal no argumenta esto ni lo más mínimo, lo presenta como evidente de suyo, cuando en verdad esa evidencia tiene mucho más de interrogante que de claridad. Es más, difícilmente se aprecia qué tiene que ver lo que dice con lo que se debate. Así, ¿por qué va a suponer más intervención del Derecho penal (tanta como para que se tilde de absurda por excesiva) el que éste exija condiciones más estrictas (la convivencia, no bastando el mero parentesco en línea ascendente o descendente) para la exoneración de responsabilidad? Se dice que tal grado de intervención penal iría en contra de las razones de política criminal que justifican esta excusa absolutoria, pero ya hemos dicho que tales razones que se presuponen unívocas e indiscutibles ni se especifican ni hay por qué pensarlas con tal homogeneidad.

En conclusión, el argumento al absurdo usado por el Tribunal tiene muy escasa o nula fuerza de convicción.

### **e. Balance final**

El fallo de la Sentencia tiene una fundamentación racional escasísima o prácticamente nula, pues no se sostiene en ningún argumento que reúna la doble condición de ser lógicamente correcto, sin falacias, y expresar razones mínimamente convincentes para un observador razonable.

### **Análisis del voto particular a esta Sentencia (presentado por R. García-Calvo y Montiel).**

Se opone a la opinión mayoritaria de la Sala con los siguientes argumentos:

#### *i) Doctrinal*

*Expresión del argumento:* "en el campo doctrinal algunos autores sostienen la innecesidad de la convivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia".

*Evaluación de la fuerza del argumento:* se dirige contra la apariencia de evidencia e indiscutibilidad que la Sentencia quiere dar a su opción interpretativa, y en ese sentido es eficaz, al mostrar que no podemos presentar como claro e irrefutable lo que es objeto de gran discusión. Sin embargo, al no respaldar su afirmación con ninguna indicación bibliográfica o de autor contrastable el argumento es deficiente y su valor queda a expensas de que el lector constata por su cuenta su verdad o no.

#### *ii) Literal*

*Expresión del argumento:* "la locución adverbial" << así como >> utilizada por el legislador, "según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente <<a de igual manera que>>" (sic).

*Evaluación de la fuerza del argumento:* no tiene ninguna fuerza. Aun cuando sustituyamos en el enunciado del artículo 268 la expresión "así como los afines" por la expresión "de igual manera que", estaríamos usando sinónimos que dejan indemne la duda interpretativa, pues nada aportan para saber si el "si vivieren juntos" se refiere sólo a los afines o a todos los parientes hasta ahí enumerados.

### *iii) Sistemático*

*Expresión del argumento:* "De ello son reflejo... las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial".

*Evaluación del argumento:* La muy deficiente expresión del argumento le quita una parte de su posible fuerza de convicción, vinculado al argumento al absurdo que veremos a continuación y que va de la mano con éste, que es tributario de él.

### *iv. Al absurdo por razones de coherencia*

*Expresión del argumento:* "De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios... bajo el amparo protector de la <<fraternidad>>".

*Evaluación de la fuerza del argumento:* Estamos ante un argumento potente, aunque muy deficientemente desarrollado. Podemos reconducirlo a los siguientes pasos:

- a) El legislador ha dispuesto que los cónyuges sólo están exentos de responsabilidad penal por los delitos de los que aquí se trata

si no están "separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio". Por tanto, parece claro que se quiere que la exención de responsabilidad entre cónyuges opere sólo cuando conviven.

- b) Correlativamente, cuando los cónyuges están incurso en situaciones que muestran mala o nula convivencia, tal exoneración de responsabilidad no se aplica. Los miembros de una pareja casada y separada o en proceso de separación siguen siendo cónyuges, pero su convivencia no es buena y, por tanto, parece que el legislador consideró que no se dan los requisitos para que opere la exención de responsabilidad por delitos patrimoniales.
- c) También los hermanos que viven separados y que tal vez, además, se llevan mal, siguen siendo hermanos.
- d) Aquí viene el núcleo del argumento de coherencia: sería absurdo y poco justificable imaginar que el legislador no quiere que responda penalmente un hermano que roba a otro con quien no convive, con el que tiene nulo trato y al que tal vez incluso odia, mientras que al cónyuge en tales circunstancias sí le haría pagar penalmente. ¿Cómo podría justificarse esa situación de ventaja del hermano ladrón en esas circunstancias?

Es un argumento de importante fuerza de convicción. ¿Admite contraargumento? El más fuerte que se nos ocurre es el siguiente. Parece que las interpretaciones posibles de la norma que analizamos son dos: o que el "si vivieren juntos" se aplica sólo a los afines en primer grado (como defiende el autor del voto particular), o que se aplica a todos los parientes enumerados. Pero si elegimos esta última opción interpretativa pasa a contenerse en la norma una redundancia, al menos parcial que haría



innecesario que el legislador mencionase que la exención no rige para los cónyuges que han interrumpido su convivencia.

*Balance final:* estamos ante una sentencia y un voto particular que toman opciones interpretativas válidas de la misma norma, pero que las argumentan de modo sumamente deficiente, con lo que no se ve ninguna razón mínimamente efectiva para respaldar la elección de cualquiera de esas dos posturas. Pero las cosas aún pueden ser peor, como vamos a ver a continuación.

**STS de 26 de junio de 2000, Sala Segunda, (Ponente C. Conde-Pumpido Tourón).**

En esta sentencia uno de los asuntos que se toca como determinante de la responsabilidad penal o no del acusado es el que estamos viendo, pues se trata también aquí de un delito patrimonial entre hermanos y se discute la interpretación del artículo 268 CP. Pues bien, la Sentencia resuelve el tema con el siguiente párrafo, sin más (f. 5º):

En consecuencia, tal y como interesa también el propio Ministerio Fiscal, única parte acusadora, procede la estimación del motivo pues el artículo 268 del Nuevo Código Penal declara exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil a los hermanos, por naturaleza o por adopción, aunque no vivan juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí siempre que no concurriera violencia o intimidación, exención aplicable en el presente caso respecto del delito de estafa.

Estamos ante un ejemplo de libro de cómo tomar una opción interpretativa sin argumentación ninguna y haciendo pasar una de las varias interpretaciones posibles como única interpretación posible. Por consiguiente, esta decisión interpretativa es totalmente deficiente desde el punto de vista de

la racionalidad argumentativa, por lo que se puede decir que carece de fundamento.

## 15. Indicaciones bibliográficas

He prescindido en este trabajo, en aras de la claridad, de las habituales referencias bibliográficas en el texto y a pie de página. Me permito ahora proponer alguna bibliografía complementaria y para profundización y contraste de algunas de las ideas principales mencionadas en el texto.

Precisiones conceptuales básicas sobre las nociones relacionadas con la interpretación se contienen en:

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Dos obras en español muy actuales y llenas de ideas y referencias de gran importancia son:

HABA, Enrique Pedro, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José C.R., 2 vols., 2003.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Muy interesantes consideraciones sobre la valoración de los hechos en el proceso penal se contienen en dos obras de Juan Igartua Salaverría:

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

\_\_\_\_\_, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999.

Para la historia del debate moderno sobre metodología de interpretación y aplicación del Derecho sigue siendo de utilidad el tratado de Larenz:

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero de la 4ª ed. alemana, Ariel, Barcelona, 1994.

La postura de Hart sobre lenguaje jurídico e interpretación está expuesta en:

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

Una excelente exposición de la discusión doctrinal sobre interpretación, con buena exposición de las posturas de autores como Kelsen, los realistas norteamericanos, Alf Ross, Hart y Dworkin puede verse en:

LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

La visión positivista de los problemas del lenguaje jurídico queda muy claramente expuesta, de modo ya clásico en:

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

Para una exposición de conjunto de las teorías de la argumentación jurídica, en sus distintas modalidades actuales, sigue siendo muy útil:

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Algunas de las ideas que expongo en el texto de este artículo habían sido adelantadas o apuntadas en algunos anteriores trabajos míos:

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Razón práctica y teoría de la legislación" en *Derechos y libertades*, n. 5, julio-diciembre de 2000, p. 299 a 317.

\_\_\_\_\_, "Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho" en *Doxa*, n. 24, 2001, p. 85 a 114.

\_\_\_\_\_, "La teoría de la argumentación jurídica. Logros y carencias" en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, n. 45, 2000 (aparecido en enero de 2002), p. 103 a 129.

\_\_\_\_\_, "La interpretación constitucional" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 2, febrero de 2004, p. 37 a 74.<sup>27</sup>

\_\_\_\_\_, "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios" en ZULOAGA GIL, R. (ed. y comp.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el Derecho*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2004, p. 13 a 27.

La mayoría de estos trabajos míos pueden consultarse también en:

<http://www.geocities.com/jagamado/>

---

<sup>27</sup> Estos cuatro trabajos están también incluidos en mi libro *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003.

# LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA ELECTORAL

Verónica Nava Ramírez\*

## 1. Introducción

La importancia de la jurisprudencia como tema de estudio por la academia, ha sido en ocasiones soslayado por su desconocimiento u olvido debido a la indiferencia que hasta hace poco existía acerca de los fenómenos judiciales. Esto se explica por la manera en la que se educa a los abogados en el sistema romanista y la forma en la que se suele aplicar el derecho, perdiéndose de vista las características de esta significativa fuente del derecho.

Sin embargo, esta perspectiva ha cambiado en atención a que los tribunales de control constitucional, concretamente la Suprema Corte de Justicia de

---

\* Titular de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La autora agradece la colaboración de Lilia Alfaro Zavala y Arturo Ramos Sobarzo en la elaboración de este texto.

la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, han ganado presencia e importancia a partir de las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 2007.

Si se considera que la jurisprudencia es la interpretación de la voluntad de la ley que los tribunales competentes efectúan en determinado sentido, de aplicación obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales, y que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que constituyen el acto combatido,<sup>1</sup> se llegan a establecer las razones por las cuales aquélla constituye uno de los derroteros que deben delinearse, pues en la medida que se realicen estudios sobre su naturaleza redundará en un mejor Poder Judicial Federal, a través de la conformidad de los actos y resoluciones de las autoridades a la Constitución General, obligadas a la aplicación de la jurisprudencia como única forma válida de interpretación de la ley.

En este ensayo me referiré a algunas notas históricas acerca del origen de la jurisprudencia en el sistema romanista, su evolución y la particularidad del sistema mexicano con referencia concreta a la creada por la Suprema Corte; reseñaré la dogmática en el derecho comparado para precisar el sistema que rige en la materia electoral y su aportación al orden jurídico y, finalmente, señalaré los retos de esta fuente del derecho en la asignatura a partir de la facultad de las Salas del Tribunal Electoral de inaplicar leyes contrarias a la Constitución Federal.

---

<sup>1</sup> Criterio sustentado por la Segunda Sala y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis, aislada la primera, y de jurisprudencia la segunda, P./J. 145/2000, de rubros: "JURISPRUDENCIA E IRRETROACTIVIDAD" y "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY", Séptima y Novena Épocas, visible a fojas 31 y 16, tomos 67, Tercera Parte y XII, diciembre de 2000, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, respectivamente.

## 2. Antecedentes históricos de la jurisprudencia

### a. Justiniano y los Digesta

Como punto de partida se tiene la importante obra de Justiniano, quien, como se sabe, realizó la monumental obra del *Corpus Iuris Civile*, el cual se constituía de cuatro grandes apartados: introducción llamada *Institutiones*, antología de jurisprudencia denominada *Digesta*, antología de leyes imperiales conocida como *Codex* y finalmente una posterior titulada *Novelae* que era una recopilación de leyes posteriores a Justiniano.<sup>2</sup>

Dentro de todos ellos destaca el libro de los *digesta* o *pandecta* el cual contenía la compilación de la jurisprudencia constituida por aquellos jurisconsultos que gozaban del *ius publice respondendi* junto con otros juristas que carecían de tal facultad.<sup>3</sup> Dichas opiniones representaban el conocimiento jurídico más acabado y de mayor nivel intelectual que constituía la piedra angular del derecho romano, elemento que informaría sustancialmente a la tradición jurídica de occidente. Estos criterios surgían a partir de la consulta del pretor a los jurisconsultos más respetados, es decir, del juez al momento de resolver determinados conflictos jurídicos. En otras palabras, estas opiniones de los jurisconsultos representaban verdadera jurisprudencia a partir de casos prácticos, pues regirían el actuar del juzgador.

---

<sup>2</sup> Cfr. D'ORS, Álvaro, *Derecho romano privado*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 105.

<sup>3</sup> Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *La jurisprudencia en México*, Poder Judicial de la Federación, SCJN, México, 2005, pp. 104-106.

### **b. *Mos italicus* y *Mos gallicus***

Posteriormente, durante los siglos XI y XII, el derecho romano, tal como lo plasmara Justiniano en el siglo VI y contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, fue redescubierto por los estudiosos de Italia y del sur de Francia para convertirse en la base de la enseñanza jurídica impartida por las universidades de Europa continental, iniciándose así el proceso que se conoce como la recepción del derecho romano justiniano, lapso al que también se alude como la *segunda vida del derecho romano*. En Italia se formaron, primero, la escuela de los glosadores y, después, la de los posglosadores o comentaristas. Los glosadores se preocuparon fundamentalmente por enseñar el derecho romano justiniano convirtiéndolo en un derecho universitario. Los comentaristas, basándose en la escuela anterior, se empeñaron en adaptarlo a la práctica forense de su época. A esta corriente de interpretación del derecho romano se le conoce como *mos italicus*.<sup>4</sup>

Este episodio es importante en la historia general del derecho y concretamente de la jurisprudencia, pues es a través de los glosadores y posglosadores, que el derecho romano tiene una verdadera recepción en toda Europa continental, es decir, inicia la conformación de lo que se conocería como *ius commune*. Así, es a partir de la actividad de glosadores y posglosadores que se tiene una interpretación del texto justiniano y dicha actividad puede, de alguna forma, considerarse como un antecedente de la jurisprudencia. Esto es, a partir de las glosas o comentarios, según la escuela de que se tratara, era el criterio jurídico que regía. Ya no el texto justiniano, sino la interpretación que de él hacían, era la regla jurídica a seguir, sobre todo en el caso de los comentarios de los posglosadores,

---

<sup>4</sup> Cfr. MORINEAU, Martha, "Un acercamiento a Savigny" en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 1.



pues sus escritos se dirigían a aspectos prácticos, una característica propia de la jurisprudencia, según una concepción contemporánea.

En contrapartida a esta escuela de glosadores y posglosadores, agrupadas bajo el nombre de *mos italicus* (modo italiano) surge la escuela denominada *mos gallicus*, la cual se caracterizaba por acudir directamente al análisis y discusión del texto del *Corpus Iuris Civile*, aspecto que reveló las inconsistencias e incongruencias en que a veces incurrieron glosadores y posglosadores.

### **c. Jurisprudencia elegante**

Ambas escuelas, las relativas al *mos italicus* y al *mos gallicus* (sobre todo esta última) dieron paso a la *Jurisprudencia elegante*, la cual dominó el panorama europeo en los siglos XVI y XVII, y se caracterizó por ser derecho romano mezclado con derecho típico holandés,<sup>5</sup> pues dicha escuela tiene lugar en los Países Bajos. Otra característica fundamental de esta corriente era la libertad existente en la interpretación. Esto se propició en virtud de que los juristas cultivadores del *mos gallicus* emigraron a Holanda teniendo el derecho un nuevo desarrollo.

### **d. Tradición del derecho anglosajón**

Como es sabido, una de las tradiciones jurídicas donde la figura del juez tiene un papel preponderante es precisamente en los países de derecho anglosajón o *common law*.

La característica del sistema judicial en estos países corresponde a la técnica de resolución de conflictos jurídicos, consistente en la distinción

---

<sup>5</sup> Véase MARGADANT, Guillermo, F., *La segunda vida del derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, p. 253.

(*distinctions*) entre la *ratio decidendi*, es decir, entre la razón principal que resolvió el litigio, la cual es común a diversos casos; y los *obiter dicta*, que son las situaciones cambiantes o contingentes no consideradas para casos futuros. Esa distinción tiene una importancia radical en torno al tema de la jurisprudencia, pues es a partir de ese modelo, que los países de derecho continental se ven influidos en la manera de resolver de sus tribunales. Concretamente en México, el proceso de abstracción del caso particular, para la realización de una tesis o jurisprudencia determinada, parte en buena medida de este modelo.<sup>6</sup>

En ese sentido, debe destacarse el método inductivo, propio de sistemas judiciales anglosajones, donde la técnica de *stare decisis* (lo que está dicho del precedente) influye en los casos futuros.<sup>7</sup> Dicho arte consiste en inducir el principio jurídico aplicable que va a permear en futuras decisiones cuya tarea corresponde al tribunal que aplique el determinado criterio jurídico.<sup>8</sup>

En este sistema no se formulan de manera explícita el sentido de la obligatoriedad o la parte de la sentencia que va a resultar obligatoria para otros tribunales, pues lo que se publica son los considerandos de las resoluciones, por lo que el actor, demandado y el mismo juzgador van tratando de construir, identificar y reformular los sentidos del precedente.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Para un análisis respecto de la influencia del precedente judicial propio del *common law* en países de derecho continental, véase WROBLEWSKI, Jerzy, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*" en *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001, pp. 295-312.

<sup>7</sup> Cfr. ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa, 2a ed., México, 1992, pp. 51-53.

<sup>8</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>9</sup> Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "La Jurisprudencia Electoral" en *Memoria del Congreso Nacional de Tribunales Electorales*, t. I, Tribunal Electoral del Distrito Federal, México, 2001, p. 57.

### e. El Código Napoleón

Este documento, como se sabe, representa el triunfo de lo que se conoce como *movimiento codificador*, el cual consistía en organizar y sistematizar un cúmulo importante de reglas y normas jurídicas por materias, sobre todo en la civil. De ahí su nombre de *civil law* o derecho continental, esto último por ser adoptado mayoritariamente en los países de la Europa continental, a diferencia de lo que ocurría en las islas británicas.<sup>10</sup>

El arribo de este movimiento hacia el siglo XIX (con algunos incipientes antecedentes desde mediados del siglo XVII) vino a delinear un estilo que marcaría una verdadera familia jurídica, diferente a la del derecho anglosajón, aspecto que por supuesto terminarían adoptando los países de América Latina.

El predominio de la codificación en el siglo XIX no podría entenderse sin el triunfo paralelo de la ilustración en el sentido de que la *asamblea* o el *congreso* representaban la *voluntad general*. En ese contexto, y con el predominio de las ideas de Montesquieu y Rousseau, el papel de los jueces y, por tanto, de la jurisprudencia, se veía fuertemente diezmado en contraposición con su papel en países del *common law*. El orden sistemático que representaba el *código*, con la fuerte y contundente concepción de la representatividad que enmarcaba el legislador, dio un papel secundario a la actividad interpretadora del juez, que podría resumirse en la famosa frase de que "... el juzgador sólo era la boca de la ley".

En la tradición romanista todo el derecho está comprendido en la ley, luego, si el derecho está contenido en la ley, las posibilidades de actuación

---

<sup>10</sup> Véase MARGADANT, Guillermo F., *op. cit.*, nota 4, pp. 309-322.

de los jueces son reducidas, éstos son autómatas que no tienen más función que encontrar el sentido correcto de la legislación para expresarlo en sus resoluciones.

### 3. La jurisprudencia en México

Hablar de la jurisprudencia en México es referirse a la jurisprudencia emitida en el juicio de amparo, es decir, a la pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ser la materia de mayor tradición en el control constitucional de las leyes.

En ese sentido, Lucio Cabrera<sup>11</sup> y Miguel Acosta Romero<sup>12</sup> afirman que el establecimiento de la jurisprudencia se adoptó del *common law*, al otorgar un valor importantísimo a la decisión del caso concreto. Es por ello que la influencia del derecho angloamericano en este rubro es fundamental y el vínculo establecido en una y otra familia jurídica es patente.<sup>13</sup>

Con la instauración de la Constitución General de 1917, los constituyentes participantes en su elaboración fueron influenciados por autores norteamericanos y por el modelo constitucional de aquel país, aspecto que se dejó sentir en torno al tema de la jurisprudencia.

En ese sentido, y sin tener como objetivo un recuento exhaustivo de la jurisprudencia en México, debe señalarse el Dictamen que sobre Reformas de la Constitución aprobó la Excelentísima Junta Departamental de Gua-

---

<sup>11</sup> CABRERA ACEVEDO, Lucio, "La jurisprudencia" en *La Suprema Corte de Justicia y su pensamiento jurídico*, SCJN, México, 1985, pp. 225-230.

<sup>12</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Derecho jurisprudencial mexicano*, Porrúa, México, 1998, pp. 3-16.

<sup>13</sup> Cfr. SALVADORES POYÁN, Manuel, "La jurisprudencia romana y la jurisprudencia moderna" en *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 63, España, otoño 1981, p. 119, y D'ORS, Álvaro, *op. cit.*, nota 2, pp. 26-30.

najuato del 11 de diciembre de 1840, el cual establecía como facultades de la Suprema Corte:

Iniciar las leyes relativas al ramo que se le ha encomendado. Estas atribuciones que no se encuentran en el proyecto le parecen a la comisión propias de la Suprema Corte, y servirán las dos primeras en mucha parte **para conservar la uniformidad de la jurisprudencia** y práctica de las leyes en el ramo judicial...<sup>14</sup>

La anterior referencia es el primer antecedente del que se tiene noticia sobre la previsión de la jurisprudencia en México, la cual tiene su régimen establecido en la Constitución Federal y en la legislación ordinaria, característica de los países de derecho continental para los que, como se dijo, el derecho es una formalización normativa, abstracta y general, a diferencia del sistema del *common law* en donde aquél es abierto, incompleto y dinámico por lo que los jueces deben "crear derecho nuevo" para dar solución jurídica al problema planteado.

La reforma al artículo 107 constitucional de 1950<sup>15</sup> estableció, por primera vez, la palabra jurisprudencia en la Ley Suprema de 1917. Desde entonces, los legisladores, Ministros de la Suprema Corte de Justicia y académicos, han conformado, al interpretar el sistema constitucional, conceptos, principios e instituciones que integran una teoría de formación jurisprudencial en México.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Véase *Dictamen que sobre Reformas de la Constitución aprobó la Excelentísima Junta Departamental de Guanajuato*, Guanajuato, México, Impreso por J.E. de Oñate, 1841, p. 25.

<sup>15</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 1951.

<sup>16</sup> *Cfr.* CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXIX, n. 87, septiembre-diciembre 1996, p. 771.

Aunque en sus inicios, como se dijo, la jurisprudencia estuvo ligada exclusivamente al juicio de amparo, por lo que razonablemente el vocablo se ubicó en el numeral superior 107, ahora la regulación constitucional de la jurisprudencia se ubica en el párrafo octavo del artículo 94 de la Constitución General.

Las reflexiones que llevaron al constituyente permanente para cambiar de lugar la disposición relativa a la jurisprudencia, se explicitan en la parte del enunciado de la Exposición de Motivos presentada a la Cámara de Senadores el 19 de noviembre de 1965, con motivo de dicha reforma:

La disposición contenida en el primer párrafo de la fracción XII del artículo 107, según la cual la ley determinará los casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial Federal, así como los requisitos para su modificación, se ha considerado que debe pasar al artículo 94, que es de carácter general, y no mantenerse en el 107 que de manera especial consigna, las bases que rigen el procedimiento del juicio de amparo, porque la jurisprudencia de los dichos tribunales puede constituirse en procedimientos distintos de ese juicio y que son también de su competencia.<sup>17</sup>

Como se ve, el constituyente permanente advirtió que la jurisprudencia emitida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación puede constituirse en procedimientos distintos al juicio de amparo por ser también de su competencia, aspecto que, como se señala más adelante, se reconoció en la legislación ordinaria para la jurisprudencia del Tribunal Electoral.

Como se sabe, las normas secundarias son creadas por el legislador ordinario para llevar al cabo la ejecución de las disposiciones superiores a través de los objetivos y fines expuestos por la misma Constitución Federal.

---

<sup>17</sup> *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, de 19 de noviembre de 1965, XLVI Legislatura, t. I, n. 21, p. 8.

Las leyes secundarias cumplen dos funciones principales: la primera, deben estar dispuestas sistemáticamente para la creación, organización y funcionamiento de los órganos del Estado y, la segunda, detallar uno o varios preceptos constitucionales.

Sin llegar a exponer los diferentes modelos de clasificación de las normas secundarias, a fin de explicitar formalmente la jurisprudencia, conviene destacar los siguientes:

1. Las de carácter orgánico, cuya naturaleza es organizar y estructurar los órganos políticos (dependencias, instituciones y entidades oficiales) mediante la determinación de su fines, la estructuración sistemática de sus atribuciones y las reglas de su funcionamiento;
2. Leyes reglamentarias, que son las que detallan, precisan y sancionan uno o varios preceptos de la Constitución, con el fin de articular los conceptos y medios necesarios para la aplicación del precepto constitucional que regulan; y
3. Códigos, que son los que comprenden alguna rama del derecho positivo con unidad totalizadora de materia, plan, sistema y método.<sup>18</sup>

Conforme a lo anterior, las disposiciones secundarias que inciden en la regulación de la jurisprudencia en los sistemas de amparo y electoral son las siguientes, sin que su desarrollo exhaustivo sea parte del presente trabajo.

---

<sup>18</sup> Cfr. GONZÁLEZ, Ma. del Refugio, voz "Código" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo A-CH, México, 8ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 1995, pp. 489-490; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, voz "Ley Constitucional" en *ibidem*, tomo I-O, pp. 1964-1966; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y GLAXIOLA MORAILA, Jorge Federico, voz "Ley Orgánica" en *ibidem*, tomo I-O, pp. 1973-1974.

1. *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Contiene dos apartados específicos sobre la jurisprudencia: el primero es el Título Décimo denominado "De las Disposiciones Generales", Capítulo VII, designado "De la Jurisprudencia", artículos 177, 178 y 179; el segundo es la Sección Quinta, denominada "De la Jurisprudencia", Título Undécimo, "Del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", artículos 232 al 235.
2. *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La regulación correspondiente se encuentra en el Título IV, nombrado "De la Jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito", numerales 192 al 197-B.
3. *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. El numeral superior en cita es el fundamento de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, promovidos en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos razonamientos expuestos en la parte considerativa de la sentencia, constituyen jurisprudencia sin necesidad de reiteración siempre que se emita con una votación calificada de cuando menos ocho votos de los Ministros que integran el Pleno.
4. *Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. En el Título IV, de nombre "De las Coordinaciones Adscritas a la Presidencia", Capítulo Único, artículos 51 y 52, se precisan las atribuciones de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial.
5. *Acuerdo 5/2003* del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de marzo de 2003, relativo a las reglas



para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.

6. Acuerdo de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis relevantes y de jurisprudencia que emitan las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de septiembre de 1997.
7. *Manual Específico de Organización de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial*, emitido por el Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 31 de mayo de 2007.

### **a. Épocas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación**

Uno de los puntos más interesantes entorno a la jurisprudencia de la Suprema Corte es el relativo a las diferentes épocas que la conforman.

Desde la creación del *Semanario Judicial de la Federación*, por Decreto de 8 de diciembre de 1870, siendo Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el licenciado Benito Juárez García, las tesis de jurisprudencia y precedentes han sido publicadas por épocas, cada una de diferente duración.

Las épocas pueden dividirse en dos grandes periodos constitucionales: antes y después de 1917; dicha división obedece a que las tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las épocas primera a la cuarta, antes de

1917, hoy son inaplicables (no vigentes), y por ello se agrupan dentro de lo que se ha dado en llamar *jurisprudencia histórica*.<sup>19</sup> Las épocas quinta a la novena, de 1917 a la fecha, comprenden lo que se considera el catálogo de la jurisprudencia aplicable o vigente.

En ese sentido, se puede dividir la redacción de la jurisprudencia en tres sistemas:

- a) En las primeras épocas del *Semanario Judicial de la Federación* no se elaboraban tesis, sino que se publicaban las sentencias completas con información adicional con fines explicativos y orientadores.<sup>20</sup>
- b) En la quinta época predominó la manera de redacción de leyes en el sentido de exponer el resultado de la interpretación, pero sin hacer mención de la explicación o argumentación empleada.<sup>21</sup>
- c) En las últimas épocas se ha optado por agregar razones y argumentaciones que sustentan la tesis.<sup>22</sup>

## 4. Jurisprudencia electoral en el derecho comparado

Tratar el tema de la jurisprudencia electoral en el derecho comparado resulta tan complejo que no pretende agotarse en el contenido de este

---

<sup>19</sup> Existe versiones en disco compacto y en DVD editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>20</sup> Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, "Sistema rector de la jurisprudencia electoral" en *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis relevantes 1997-2002*, Tomo Jurisprudencia, TEPJF, México, 2005, p. XIX.

<sup>21</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>22</sup> Cfr. *Idem*.

apartado. El objetivo, en cambio, se enfoca esencialmente a contrastar los sistemas más representativos de esta institución jurídica a fin de ofrecer una serie de parámetros referentes y orientadores que permiten discernir, críticamente, la idoneidad del orden jurídico propio.

En principio conviene destacar los elementos principales de las dos tradiciones jurídicas occidentales, la continental<sup>23</sup> y la anglosajona.

El Derecho continental europeo (o simplemente Derecho continental) es el sistema jurídico derivado del sistema aplicado en Europa y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia, se basa, sobre todo, en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo. De estos órganos emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por el Poder Judicial.

En torno al tema de la jurisprudencia en el derecho continental, las sentencias sólo sientan precedente si son varias.

México se encuentra en el mundo del derecho continental y para constituir jurisprudencia, básicamente, reconoce dos sistemas, por reiteración o por unificación. Cabe acotar aquí, que por lo que hace a la materia en estudio, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación reconoce un tercer sistema, a saber: de declaración,<sup>24</sup> el cual consiste en que la Sala

---

<sup>23</sup> HALE, Charles A., "La Tradición del Derecho Continental Europeo y el Constitucionalismo en el México del Siglo XX: El Legado de Emilio Rabasa", artículo preparado para la reunión de la Asociación de Estudios Latinoamericanos en Guadalajara Jalisco, abril de 1997, pp. 102-105.

<sup>24</sup> Éste sistema deriva de la interpretación del artículo quinto transitorio del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 22 de noviembre de 1996, mediante el cual se reformaron, adicionaron o derogaron, entre otros, diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Superior tiene la facultad de refrendar la vigencia de los criterios emitidos en periodos anteriores de formación de jurisprudencia que no resultan aplicables sino hasta el momento de su declaración.<sup>25</sup>

Hasta donde se tiene conocimiento, es únicamente en esta materia donde se presenta este sistema de formación de jurisprudencia, pues se permite la vigencia de criterios emitidos por el entonces Tribunal Federal Electoral, previa la declaración de la Sala Superior del actual Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esto es, las tesis de jurisprudencia que constituyen la primera y segunda época, sólo son aplicables y obligan si así lo declara la Sala Superior del Tribunal Electoral.

Cabe mencionar que México, a diferencia de otros países, cuenta con organismos especializados y permanentes que se ocupan, tanto de las funciones administrativas de organización de las elecciones como las jurisdiccionales de resolución de controversias electorales, lo que representa una garantía electoral más, de acuerdo con la tendencia contemporánea en el derecho comparado hacia la "judicialización" de los procedimientos contenciosos electorales, y permite un control adicional para asegurar la autenticidad y legalidad electoral, lo cual, sin duda, repercute en la generación de un importante cúmulo de criterios en beneficio de la justicia constitucional electoral la cual es considerada fuente del derecho en nuestro país.

Por otro lado, el papel, naturaleza y funcionamiento de la jurisprudencia electoral, y de la jurisprudencia en general, tiene sus propias características en otros países.

---

<sup>25</sup> Cfr. ELIZONDO GASPERÍN, Macarita, "Reflexiones sobre la Jurisprudencia Electoral", *Ciclo de conferencias: las elecciones del 2000*, p. 85.

En Costa Rica, siguiendo los lineamientos clásicos de raíz continental o romanista, la jurisprudencia se considera una fuente de derecho de carácter secundario o subsidiario, en tanto su función es la de servir de herramienta en la interpretación e integración de la norma legislada, como fuente primaria que es del ordenamiento, aclarándola y actualizándola en la permanente tarea del operador jurídico de reconocer el sistema normativo para aplicarlo a la realidad normada.

De acuerdo con los mismos lineamientos, las resoluciones jurisdiccionales y las interpretaciones que de las normas éstas hacen, sólo tienen en general efectos dentro del caso concreto. Para entender que se produce jurisprudencia, se requiere que los pronunciamientos provengan de los tribunales de mayor rango del país y que reconozcan, en forma reiterada y concordante, una determinada doctrina legal: "la jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".<sup>26</sup>

Por ello se afirma que la posibilidad de interpretar en forma obligatoria y con eficacia *erga omnes* el ordenamiento jurídico, a través de un único pronunciamiento, se reserva a la Asamblea Legislativa a través del Instituto de la "interpretación auténtica".

En Chile la jurisprudencia no constituye una fuente del derecho y ello en aplicación a lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil que establece que los efectos de los fallos sólo afectan a las causas en que actualmente se pronunciaren.

---

<sup>26</sup> Artículo 9 del Código Civil de Costa Rica.

Sin embargo, cabe señalar, en esta parte, que las sentencias más relevantes suelen ser publicadas en compilaciones doctrinarias y sirven de elementos de juicio para acotar las interpretaciones constitucionales y legales y con frecuencia se ven citadas por los abogados y partes interesadas.

En el derecho positivo ecuatoriano la jurisprudencia electoral no constituye fuente de derecho obligatoria, sino exclusivamente las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución.

Como no es competente la Corte Suprema de Justicia para asuntos contencioso electorales, no existen fallos o normas dirimientes sobre materia electoral, partidaria o de gasto electoral (financiamiento de la política).

El Tribunal Supremo Electoral es la autoridad competente para emitir resoluciones en materia electoral, competencia que tiene el carácter de especial, privativa y excluyente, al tenor del artículo 13 de la Ley Orgánica de Elecciones; en especial, dicta sus pronunciamientos sobre calificación de candidaturas, nulidad de las votaciones, validez o nulidad de los escrutinios, proclamación de resultados y adjudicación de puestos, los cuales son de última instancia y causan ejecutoria en sede jurisdiccional electoral.

En el sistema electoral ecuatoriano se ha ido generando jurisprudencia electoral, pero lamentablemente no existe una sistematización de la resolución de última instancia en materia electoral ni un órgano de difusión de los pronunciamientos en esta materia. Sus efectos son generales y de aplicación obligatoria, su alcance es nacional y, por apelación conoce y resuelve los casos electorales que se presentan en las jurisdiccionales provinciales de la provincia, cantón y parroquia, vía recurso de apelación.

Tampoco existe un procedimiento legal de integración de la jurisprudencia electoral, no hay ninguna regulación sobre los mecanismos para la difu-

sión de la jurisprudencia electoral que no sea el de cumplir con las notificaciones de los actos y resoluciones electorales en los casilleros electorales (domicilios especiales electorales para efectos de notificaciones legales).

En Panamá no hay una definición establecida en la Constitución o en la ley sobre el término jurisprudencia electoral o sobre si la misma es considerada una fuente de derecho. Sin embargo, en cuanto a la justicia ordinaria, el artículo 1162 del Código Judicial establece que tres decisiones uniformes dictadas en la Corte Suprema de Justicia en grado de casación, constituye una "doctrina probable" y como tal, podrá ser aplicada por los demás tribunales.

Por "jurisprudencia electoral" se entiende la interpretación de la ley electoral que realiza el Tribunal Electoral a través de los fallos que emite. La base para esta definición, encuentra su sustento en los artículos 142 y 143 de la Constitución Política, que señalan que el Tribunal Electoral es el único con competencia para interpretar la ley electoral. Como consecuencia de ello, solamente el Tribunal Electoral puede generar precedentes que sean utilizados por él mismo como jurisprudencia electoral, pero sin que la misma sea obligatoria por cuanto que no hay disposición legal sobre la materia.

Por otra parte, los sistemas que siguen el derecho anglosajón (*common law*), se basan, sobre todo en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores, y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes; dan importancia a las sentencias por lo que este privilegio ubica a las resoluciones como fuentes del derecho.

La tradición de otorgar a las resoluciones pasadas de los tribunales, fuerza vinculante de precedente para los casos futuros surgió en Gran Bretaña y

los Estados Unidos de Norte América; países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda siguen este sistema.

A pesar de ser ampliamente utilizado en varios países, actualmente la diferencia entre los sistemas de Derecho anglosajón y continental es cada día más difusa, sobre todo por la tendencia a "codificar" el Derecho anglosajón y reunir las normas dispersas en diversas sentencias en un solo cuerpo de normas. Así ha sucedido, por ejemplo, en el estado de Texas (de Estados Unidos de América).

Como ya se dijo, la tradición norteamericana nació con esta metodología de reportar las sentencias, pues "para evitar una arbitraria discrecionalidad en los tribunales, resulta indispensable que deban estar sometidos a reglas estrictas y precedentes".<sup>27</sup>

En este sentido, los tribunales de los Estados Unidos, en lugar de jurisprudencia como la concebimos, siguen el principio de la fuerza del precedente, denominado *stare decisis*.

Por lo que hace a la materia electoral, no obstante que ha sido plenamente interpretada por el Poder Judicial de los Estados Unidos, no hay tribunales especializados y tampoco hay necesidad de jurisprudencia, pues cada decisión es en sí misma una tesis firme sin necesidad de reiteración ni de compilación como se hace en México, pues la sentencia completa pasa a ser el precedente. La difusión del mismo es abrumadora y no se requiere acudir a una publicación oficial, pues las resoluciones están en línea y existen diversas bases de datos que las contienen.

---

<sup>27</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist Papers*, New American Library, Nueva York, 1961, p. 471.



## 5. Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Durante muchos años, el sistema jurídico electoral mexicano se ha esforzado por garantizar que la legalidad y la justicia sean pensamientos vivos en la solución de conflictos jurídicos. Uno de sus resultados ha sido, sin duda, la creación de la jurisprudencia.

La jurisprudencia electoral reviste formas propias y características peculiares, compilada en las cuatro épocas de la jurisprudencia: primera época, a partir de 1991 con 44 criterios de jurisprudencia; la segunda, a partir de 1994, que va de la 45 a la 104, emitidas por la entonces Sala Central del Tribunal Federal Electoral; la tercera, a partir de 1997 como consecuencia de las reformas constitucionales y legales de 1996 y, la cuarta, cuyo inicio recientemente fue el 4 de septiembre de 2007.

### a. Primera época (1991)

Ésta tiene su origen en la reforma constitucional y legal de 1989-1990, en la cual se crea al Tribunal Federal Electoral como un organismo autónomo y con firmeza jurídica en sus resoluciones. Además, se faculta al Instituto Federal Electoral para declarar la validez de las elecciones y eleva al Tribunal Federal Electoral como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia. El Tribunal se conformó por magistrados y jueces instructores que resolverían en sesiones públicas, sin que contra sus resoluciones procediera juicio o recurso alguno, salvo los que se dictaran con posterioridad a la jornada electoral. En cuanto a los requisitos formales para acceder al cargo de Magistrado Electoral, la Norma Suprema precisó los mismos que para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este periodo también se establece un sistema de medios de impugnación cuya definición corresponde a la ley secundaria. Por su parte, en el

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se estableció la organización interna del Tribunal Federal Electoral, consistente en una Sala Central con sede en el Distrito Federal y cuatro Salas Regionales, cuyas sedes serían las cabeceras de las demás circunscripciones plurinominales. A la par, se empieza a construir el sistema democrático sustentado en un régimen de partidos políticos competitivos, en donde la solución de las controversias juega un importante papel para generar un ambiente de confianza política e institucional, todo lo anterior con el fin de alcanzar la estabilidad y legitimidad en las contiendas electorales.

Las primeras tesis aprobadas en materia electoral se publicaron en la *Memoria 1991* del Tribunal Federal Electoral, en un apartado que se refiere genéricamente a los criterios derivados de las resoluciones de la Sala Central.

### **b. Segunda época (1994)**

Este periodo surge a raíz de las reformas de 1993 y 1994, en virtud de que poco a poco se fue acreditando que los Colegios Electorales no resultaban instancias idóneas para el control de legalidad, a lo cual se sumó la convicción de que dicho control se diera a través de los mecanismos eminentemente jurisdiccionales. En este sentido, el aspecto central de la reforma consistió en la supresión de la autocalificación y en la asignación de facultades al Tribunal Federal Electoral para ratificarlo como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia.

La reforma de 1994 tuvo como propósitos:

- a) Incluir a la independencia como principio rector, en el ejercicio de la organización de las elecciones federales.

- b) Modificar la estructura del órgano superior del Instituto Federal Electoral, a fin de incorporar a los Consejeros Ciudadanos.
- c) Establecer la forma en la que deberían ser electos los Consejeros Ciudadanos.

Los criterios de esta segunda época se publicaron en la *Memoria 1994, Tomo II*, del Tribunal Federal Electoral, apartado en el que se contienen los criterios de jurisprudencia y tesis relevantes.

- En este tomo se publicaron los criterios de jurisprudencia fijados por la Sala de Segunda Instancia (proceso electoral federal de 1994); los de la Sala Central (procesos electorales de 1991 y 1994); así como las tesis relevantes establecidas por la Sala de Segunda Instancia en 1994, la Sala Central en 1992, 1993 y 1994 y las Salas Regionales en 1994.

### **c. Tercera época (1997- agosto 2007)**

Este lapso inició con posterioridad a la reforma constitucional y legal de 1996 y en ella destaca la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación.

Resalta también la reforma de la fracción II del artículo 105 constitucional en la que se eliminó la prohibición para que la acción de inconstitucionalidad fuera procedente tratándose de normas electorales y, mas aún, se determinó que aquella sería la única vía para declarar su inconstitucionalidad, legitimándose a los partidos políticos para promoverla. En la misma disposición superior se precisó que las normas electorales, federales o locales, debían ser promulgadas y publicadas con al menos 90 días antes del inicio del proceso electoral al que vayan a regir.

Por su parte, el numeral constitucional 99 definió la forma de integración de la Sala Superior, el periodo de duración en el encargo de los Magistrados electorales, así como sus atribuciones.

Durante esta época se aprobaron 230 tesis de jurisprudencia y 656 tesis relevantes.

#### **d. Cuarta época (septiembre 2007 a la fecha)**

La transición hacia este periodo tuvo como origen, básicamente, la creación de un nuevo órgano de difusión de las tesis denominado *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis* que coincidió con el cambio de integración de los Magistrados que conforman la Sala Superior, así como la renovación en la manera de reportarla, ya que actualmente en su certificación y publicación se destaca en un membrete de la tesis, el actor o actores y la autoridad responsable, además de su clave.

Adicionalmente, el Tribunal Electoral ha establecido, como parte del nuevo procedimiento de aprobación de tesis y jurisprudencia, dos órganos: la *Comisión de Jurisprudencia* y el *Comité* del mismo nombre.

La primera está integrada por tres Magistrados: Constanancio Carrasco Daza, Manuel González Oropeza y Pedro Esteban Penagos López, así como por el Magistrado José Alejandro Luna Ramos en su carácter de suplente. Dicha Comisión se encarga de revisar los textos de las tesis y la jurisprudencia propuestas por el Comité para su posterior aprobación en sesión pública por el Pleno de la Sala Superior.

El Comité, por su parte, se conforma por un secretario de cada ponencia, un representante del Secretario General de Acuerdos, la Coordinadora de Jurisprudencia y Estadística Judicial, quien dirige los trabajos, y con el auxilio del Director de Jurisprudencia y del personal adscrito a esa área.

### **e. Marco constitucional y legal**

El régimen constitucional de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación en general, se encuentra previsto en el artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que en el numeral superior 99, párrafos quinto y sexto, se establecen las bases en torno a la jurisprudencia electoral. Concretamente en estos últimos, se prevé lo relativo a las contradicciones de tesis sustentadas entre las Salas del Tribunal Electoral y, entre éstas con el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte, el marco legal de la jurisprudencia electoral se ubica en los artículos del 232 al 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, lo cual, a su vez, se instrumenta y complementa con lo establecido en los numerales 51 y 52 del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

De igual forma debe mencionarse el recién aprobado Acuerdo de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de cuatro de septiembre de dos mil siete, relativo a la creación de la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis Relevantes en Materia Electoral que emita el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; y a la determinación del inicio de la Cuarta Época, cuya publicación en el Diario Oficial de la Federación data del 11 de octubre de 2007.

### **f. Órganos facultados para establecer jurisprudencia**

La jurisprudencia en materia electoral se establece por:

**1. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, al resolver las contradicciones de tesis que se susciten entre las emitidas por las Salas del

Tribunal Electoral y las Salas o el Pleno, estos últimos de la propia Suprema Corte, de acuerdo con los artículos 99 constitucional y 10, fracción VIII, 236 y 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

También constituyen jurisprudencia las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43, en relación con el 73, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde expresamente se determina su obligatoriedad para las Salas de la Corte, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, en cuya amplia relación cabe el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuando se sustenten criterios relacionados con la asignatura.

Es necesario precisar que tratándose de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, la ley que las rige no obliga a la Suprema Corte a destacar esas razones en forma de tesis aprobadas ni a publicarlas con el rubro correspondiente, sino que remite directamente a las razones fundantes de los puntos resolutivos consultables mediante la lectura de las ejecutorias, ya que este es un sistema de precedentes que, para ser obligatorios, sólo requieren que la sentencia relativa alcance la mencionada votación calificada.

El reconocimiento de la naturaleza de jurisprudencia para este tipo de resoluciones ha sido destacado en las tesis siguientes, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.<sup>28</sup>

JURISPRUDENCIA. AL TENER ESE CARÁCTER LAS CONSIDERACIONES EXPRESADAS EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, SU APLICACIÓN NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.<sup>29</sup>

**2. Sala Superior del Tribunal Electoral**, emite jurisprudencia por reiteración y por unificación cuyas características se explorarán adelante.

Entre los criterios más destacados de la Sala Superior se encuentra el relativo a la inaplicación de las normas secundarias cuando advierta su contrariedad con la Ley Suprema, empero, con motivo de la resolución de la contradicción de tesis 2/2002, suscitada entre el Pleno de la Corte y la Sala Superior, génesis de la jurisprudencia P./J. 24/2002, se estableció que el Tribunal Electoral es incompetente para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de leyes electorales, por ser una potestad que, conforme al texto constitucional, sólo puede ejercerla la Suprema Corte a través de las acciones de inconstitucionalidad, lo cual impactó en la interrup-

---

<sup>28</sup> Jurisprudencia 1a./J. 2/2004, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, marzo de 2004, p. 130.

<sup>29</sup> Tesis 1a. LI/2004, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, mayo de 2004, p. 513.

ción de criterios jurisprudenciales que aquel órgano jurisdiccional había emitido en ese sentido.

La facultad anteriormente destacada, empero, fue expresamente instituida mediante reforma al artículo 99 de la Constitución Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de noviembre de 2007, donde se precisa la prerrogativa de las Salas del Tribunal Electoral para resolver sobre la no aplicación de leyes en la materia contrarias a la misma Constitución General, hecho que viene a complementar los instrumentos de control constitucional en la disciplina y que demuestra el reconocimiento que el Constituyente Permanente viene a dar al control difuso establecido en el numeral superior 133, destacando la supremacía constitucional en materia electoral sobre los actos y resoluciones de las autoridades, herramienta que se agrega a la acción de inconstitucionalidad y otorga otro cariz protector a los medios de impugnación electorales establecidos en las fracciones III y IV del referido numeral superior, como son: recurso de apelación, juicio de inconformidad y recurso de reconsideración respecto de la autoridad electoral federal, juicio de revisión constitucional electoral en relación con las autoridades electorales locales y, por último, aunque de manera indirecta, juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (artículo 3.2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral), con lo cual, se conforma un sistema de control constitucional que salvaguarda los derechos político-electorales del ciudadano y avanza en su mayor tutela.

**3. Salas Regionales**, según lo establece el artículo 232, fracción II, de la Ley Orgánica antes mencionada, aquéllas crean jurisprudencia cuando en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma, para lo cual, la Sala Regional respectiva hará del conocimiento de la Sala Superior el rubro y texto de la jurisprudencia propuesta así como las



ejecutorias correspondientes. Cabe resaltar que, en estos casos, será la propia Sala Superior la que determine si procede fijar el criterio jurisprudencial.

### **g. Formas**

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha adoptado como estilo para la elaboración de sus criterios, un rubro breve compuesto con las palabras necesarias para informar al lector sobre su contenido, la precisión de la tesis y una justificación argumentativa suficiente y persuasiva que se desprende de la *ratio decidendi* de la sentencia emitida en relación a un caso concreto.

### **h. Sistemas**

Como se dijo, la jurisprudencia en materia electoral se integra a través de los dos sistemas conocidos para su formación en los demás tribunales federales: por reiteración y por unificación o contradicción.

**Por reiteración.** Surge cuando la Sala Superior sostiene el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma, en tres sentencias, no interrumpidas por otra en contra; o cuando lo hace una Sala Regional, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y la Sala Superior lo ratifica.

Para ambos casos, la Sala Superior debe hacer la declaración formal de que la jurisprudencia obligatoria se encuentra integrada.

**Por unificación o contradicción.** Se produce en dos supuestos:

- a) El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve la contradicción existente entre el criterio de alguna Sala del Tri-

bunal Electoral y el de una Sala o del propio Pleno del más Alto Tribunal, en los términos de los artículos 99 constitucional, y 10 fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

- b) La Sala Superior resuelve la contradicción de tesis emitidas por dos o más Salas Regionales o por una de éstas con la propia Sala Superior, según lo dispuesto por los numerales 232, fracción III, 236 y 237 de la misma ley orgánica.

En esta hipótesis, no es indispensable que lo resuelto por el Pleno de la Corte o por la Sala Superior del Tribunal Electoral se reitere en cierto número de ejecutorias como se exige para el sistema anteriormente destacado, ya que únicamente se necesita para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuelva que existe contradicción de tesis y que decida el criterio que debe prevalecer, sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

**Por declaración.**<sup>30</sup> Como antes se mencionó, otro medio para producir jurisprudencia obligatoria en materia electoral deriva del artículo quinto transitorio del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 22 de noviembre de 1996, mediante el cual se reformaron, adicionaron o derogaron, entre otros, diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

---

<sup>30</sup> El magistrado Leonel Castillo, en la Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005, llama a este sistema "por revalidación" por considerarlo más apropiado al concepto que cita del *Diccionario de Uso del Español*, de María Moliner, 2ª ed., 4ª reimpresión, Gredos, España, 2002, p. 956, que define el vocablo revalidar como "Dar de nuevo validez a una cosa o confirmársela".

Por este sistema se refrenda la vigencia de los criterios emitidos en periodos anteriores de formación de jurisprudencia que no son obligatorios sino cuando la Sala Superior del Tribunal Electoral así lo declara.<sup>31</sup> Como se ve, a través de este método adquieren vigencia los criterios reiterados por el entonces Tribunal Federal Electoral lo que implica que las pautas determinadas en la primera y segunda épocas sólo son obligatorias y, por tanto, aplicables, hasta en tanto así se determine expresamente por la Sala Superior.

Los Magistrados de la anterior integración del Tribunal Electoral, declararon vigentes cuatro tesis de jurisprudencia de la primera y segunda épocas, cuyos rubros son:

1. S3ELJD 01/97.<sup>32</sup>

"ESCRITOS DE PROTESTA Y DE INCIDENTES. CUÁNDO CARECEN DE VALOR PROBATORIO".

2. S3ELJD 02/97.

"PAQUETES ELECTORALES. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR ENTREGA INMEDIATA DE LOS".

---

<sup>31</sup> Cfr. Elizondo GASPERÍN, Macarita, *op. cit.*, nota 25, p. 85.

<sup>32</sup> Los artículos 22 a 25 del Acuerdo relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis relevantes y de jurisprudencia que emitan las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de septiembre de 1997, establecen la forma en que se integran las claves de publicación de las tesis; en el caso, las jurisprudencias citadas, se conforman de la manera siguiente: la letra S identifica la instancia Sala Superior, el dígito arábigo 3, significa que corresponde a la tercera época, la abreviatura EL, que es materia electoral, la letra J indica que se trata de jurisprudencia, los números arábigos que corresponden al asignado a la tesis y las dos últimas cifras, divididas por una diagonal, al año en que fueron aprobadas. Cabe agregar que la letra D, posterior a la letra J, indica que se trata de jurisprudencia vigente por declaración de la Sala Superior, sin embargo, el acuerdo en cita no prevé esta clave, sino que su inclusión se debió a la necesidad de identificar este tipo de jurisprudencia.

3. S3ELJD 01/98.

"PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN".

4. S3ELJD 01/2000

"VIOLENCIA FÍSICA O PRESIÓN SOBRE LOS MIEMBROS DE LA MESA DIRECTIVA DE CASILLA O LOS ELECTORES COMO CAUSAL DE NULIDAD. CONCEPTO (Legislación de Guerrero y similares)".

### **i. Obligatoriedad de la jurisprudencia**

Al respecto se distingue entre tesis y jurisprudencia. La diferencia entre ambas figuras radica en que la primera es un criterio orientador sin efectos vinculatorios para las partes, en cambio, la exigencia de la segunda se desprende del artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al disponer que su aplicación es forzosa en todos los casos similares, presentados ante las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Instituto Federal Electoral, así como para las autoridades electorales locales en asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o en aquéllos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades.

A partir de que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó mediante criterio jurisprudencial, la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, respecto de actos y resoluciones de partidos políticos, los institutos políticos son considerados sujetos pasivos de dicho juicio, en posición equivalente a la de las autoridades responsables y, en consecuencia, los medios de impugnación internos y demás normatividad se incluyen en la cadena impugnativa de agotamiento necesario para cumplir con el prin-

cipio de definitividad. Lo anterior implica que también los órganos partidistas están obligados a respetar la jurisprudencia.<sup>33</sup>

De esta forma, la potestad de la jurisprudencia en la materia alcanza no sólo a los órganos encargados de impartir justicia electoral en el ámbito jurisdiccional, sino también a los administrativos en la asignatura y a los órganos partidistas, a diferencia de lo que ocurre con la obligatoriedad de la jurisprudencia en la Ley de Amparo, pues en términos de lo dispuesto por sus artículos 192 y 193 aquélla es forzosa únicamente para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, según lo ha reiterado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 38/2002.<sup>34</sup>

¿Qué quiere decir que la jurisprudencia sea obligatoria para las autoridades administrativas electorales y órganos partidistas?

Conviene subrayar que la expresión obligatoria en su sentido jurídico fuerte, como lo destaca José Ramón Cossío Díaz, es la conducta contraria al acto ilícito que es condición de una sanción. Es decir, el no acatamiento de la jurisprudencia es condición de un acto ilícito o, más bien, es un acto ilícito que trae aparejada sanción.

Este sentido fuerte no se ha recogido en nuestro orden jurídico,<sup>35</sup> sin embargo, es claro que al ser la jurisprudencia un requisito de validez de

---

<sup>33</sup> Jurisprudencia S3ELJ03, de rubro: "JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS", *Revista Justicia Electoral*, 2004, suplemento 7, pp. 18-20.

<sup>34</sup> Rubro: "JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS", *Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, mayo de 2002, p. 175.

<sup>35</sup> Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "La jurisprudencia electoral" en *Memoria del Congreso Nacional de Tribunales Electorales*, t. I, p. 62.

los actos de las autoridades electorales y órganos partidistas, pues para ellos sí es obligatorio fundar y motivar sus actos en la jurisprudencia que les resulte obligatoria, los casos en los que no sea acatada, la sanción correspondiente consistirá, entonces, en la emisión de un nuevo acto a través de la devolución de los autos al órgano originario, en aplicación de la jurisprudencia que se omitió.

Este aspecto resultará todavía más interesante ante la novedosa facultad de las Salas del Tribunal Electoral sobre inaplicación de leyes contrarias a la Constitución Federal, porque la aplicación de una jurisprudencia conforme a la cual cierta norma contiene un vicio que la hace contraria a la Ley Suprema, debe ser cumplida tanto por los tribunales ordinarios como por las autoridades administrativas e, incluso, por los partidos políticos, lo cual generará criterios interesantes sobre la integración e interpretación del orden jurídico mexicano a través de la aplicación de la jurisprudencia temática (siguiendo la denominación dada por el Pleno de la Suprema Corte al fallar la contradicción de tesis 25/2006-PL, el 12 de abril de 2007) que al respecto emita el Tribunal Electoral, ya que cuando el operador jurídico se encuentre frente al mismo supuesto, sabrá con precisión y sin lugar a dudas, que tiene la obligación de observar la ley desde la misma perspectiva de la jurisprudencia creada ex profeso a esos fines, pues es requisito esencial de validez del acto de la autoridad u órgano que el precepto que se cita como fundamento sea constitucional y sea aplicable al caso concreto, para estimar debidamente fundado y motivado el acto conforme al artículo 16 constitucional y los criterios de la misma Suprema Corte.

En este ámbito vertical, la fuerza vinculante de los fallos que adquieren la naturaleza de jurisprudencia, emitidos por el Tribunal Electoral, comprende a todos aquellos casos en que, por analogía, por contener la misma *ratio decidendi*, corresponda seguir el criterio sustentado obligando a su

cumplimiento tanto a las autoridades jurisdiccionales y administrativas como a los partidos políticos.

Por otra parte, cabe destacar que mientras en la Ley de Amparo se determina claramente la exigencia de la jurisprudencia para los órganos jurisdiccionales, sólo en el orden vertical, y no para el mismo órgano superior que la emite, en la materia electoral se establece tal vinculación para las Salas del Tribunal Electoral, sin hacer distinción.

Esta característica debe entenderse como sucede en el orden jurídico del *common law* en Estados Unidos, en donde el principio de *stare decisis* establece la autovinculación de cada tribunal a sus propias reglas de decisión (*stare decisis* horizontal), siempre y cuando no existan razones sustantivas para apartarse de ellos y para renovar la doctrina judicial vinculante,<sup>36</sup> por ello, no coincide con la respetable opinión del Magistrado Leonel Castillo González al referir que este aspecto es discutible porque la obligatoriedad referida entra en conflicto con la autonomía e independencia con que los magistrados de la Sala Superior deben juzgar cada caso al vincularlos a las opiniones jurídicas de sus pares jerárquicos,<sup>37</sup> ya que si bien la fuerza vinculante de la jurisprudencia de las Salas del Tribunal Electoral proviene de la ley, como explica Ana Laura Magaloni,<sup>38</sup> el principio de *stare decisis* horizontal está íntimamente relacionado con el quehacer de los tribunales de proveer reglas jurídicas de aplicación general para crear doctrina vinculante y ordenar la forma de concebir el

---

<sup>36</sup> Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, MacGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 38 y 41.

<sup>37</sup> Citado por CERVERA PANIAGUA, César en "La declaratoria formal de la Sala Superior, como requisito *sine qua non* para la obligatoriedad de la jurisprudencia en materia electoral", en *TEQROO*, órgano oficial de difusión del Tribunal Electoral de Quintana Roo, Revista cuatrimestral, año IV, n. 3, 2006, p. 14.

<sup>38</sup> *Idem*.

orden jurídico, por lo que, para que dichos órganos sean capaces de establecer tales reglas es preciso que ellos mismos las reconozcan y les otorguen certeza y fuerza, de lo contrario, se genera desconcierto e incertidumbre en los tribunales inferiores y en los justiciables, de ahí que la autonomía e independencia con que los magistrados de la Sala Superior deben juzgar cada caso vinculados a las opiniones jurídicas de sus pares jerárquicos, no riñe con el principio en comento pues se trata de dos situaciones diferentes.

En otro orden, el último párrafo del artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación prevé que para que un criterio de jurisprudencia que establezca el Tribunal Electoral sea obligatorio, se requiere de la declaración formal de la Sala Superior, lo que acredita que la integración de tres precedentes para la misma Sala o cinco para las Salas Regionales no constituye *ipso facto* la fuerza vinculante de la jurisprudencia, sino que requiere de esa formalidad para resultar obligatoria. Sobre este punto, coincido con César Cervera Paniagua<sup>39</sup> cuando afirma que este requisito formal debe ser reexaminado por el legislador ordinario de tal forma que se elimine, para dar paso a la obligatoriedad inmediata de la jurisprudencia una vez cumplidos los demás requisitos formales (la existencia del criterio jurídico, la reiteración correspondiente o bien, la unificación de criterios), como sucede con la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por los órganos de amparo, pues en términos de los artículos 192 y 195 de la Ley de Amparo los requisitos para la formación de los criterios de observancia obligatoria, esto es, de integración de la jurisprudencia, son la emisión del mismo criterio en cinco ejecutorias en el mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas con la votación calificada, según se trate del Pleno o de las Salas del alto Tribunal o, de los Tribunales

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 20.



Colegiados de Circuito, por lo que la redacción, el control y la difusión de las tesis, sólo tiene efectos publicitarios.<sup>40</sup>

No obstante, dicha característica formal debe examinarse a fondo para determinar su conveniencia en la actualidad conforme al nuevo orden jurídico que la rige.

#### **j. Notificación y publicación**

Conforme con el artículo 232, párrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, hecha la declaratoria de la jurisprudencia por la Sala Superior, los criterios se deben notificar de inmediato a las Salas Regionales, al Instituto Federal Electoral y, en su caso, a las autoridades electorales.

Respecto a los partidos políticos y ciudadanos, éstos conocerán el contenido de las tesis y la jurisprudencia obligatoria a través del órgano de difusión del Tribunal, denominado *Gaceta*, no obstante, ante el criterio jurisprudencial destacado en el sentido de tener como sujetos pasivos a los órganos partidistas, a éstos procedería hacerles de su conocimiento inmediato el criterio jurisprudencial una vez declarado así por la Sala Superior en términos del artículo 232, párrafo cuarto, antes citado.

También se da difusión a las tesis y jurisprudencia mediante el uso de medios electrónicos, como en la página de internet del Tribunal Electoral

---

<sup>40</sup> Jurisprudencia 2a./J. 11/2002 de rubro: "JURISPRUDENCIA. CUANDO SE ESTABLECE POR REITERACIÓN, SE CONSTITUYE POR LO RESUELTO EN CINCO EJECUTORIAS COINCIDENTES NO INTERRUMPIDAS POR OTRA EN CONTRARIO, POR LO QUE LA REDACCIÓN, EL CONTROL Y LA DIFUSIÓN DE LAS TESIS CORRESPONDIENTES PRODUCEN EFECTOS PUBLICITARIOS". Novena Época, Tomo XV, febrero de 2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 41.

([www.trife.org.mx](http://www.trife.org.mx)), con la finalidad de que cualquier persona interesada pueda acceder y conocer dichas tesis.

#### **k. La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el ámbito internacional**

Ante la importancia que el modelo democrático tiene en el mundo occidental, diversas instituciones internacionales han encaminado sus objetivos a promocionar, patrocinar y dar asesoría para mejorar y reforzar los diferentes mecanismos propios de la democracia.

Países como Antigua y Barbuda, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Santa Lucía son integrantes de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y del Caribe (Protocolo de Tikal); Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela integran la Asociación de Organismos Electorales de América del Sur (Protocolo de Quito); ambas asociaciones se unieron y constituyeron la Unión Interamericana de Organismos Electorales (UNIORE), instancia que posteriormente se ha ido ampliando con el ingreso de organismos electorales de América del Norte y del Caribe, entre ellos México.

Estas asociaciones se constituyeron con el objetivo de servir de instrumento institucional para el intercambio de conocimientos y experiencias, en pro del perfeccionamiento de los sistemas electorales, uno de los elementos para lograr regímenes auténticamente democráticos.

El Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), es un programa especializado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), creado en 1983 y funge como Secretaría Ejecutiva de las Asociaciones

de Organismos Electorales que comprenden a casi la totalidad de los organismos electorales de América Latina, el Caribe y Norteamérica.

Aprovechando el trabajo de estas asociaciones, CAPEL ha diseñado, ejecutado y evaluado programas de asesoría técnica y misiones de observación de elecciones, ha estimulado la comunicación, las relaciones internacionales y la cooperación regional. A través de reuniones anuales, se trabaja en un proyecto cuyo objetivo radica en sistematizar la jurisprudencia electoral emitida por los órganos electorales que funcionan en los países de América y de esta manera, poder ser consultada por los organismos afines.

Estos trabajos son pioneros en un esfuerzo continental para realizar un estudio organizado y sistemático del derecho electoral en su parte adjetiva y sustantiva, pues se parte de la premisa de que las resoluciones emitidas por los organismos jurisdiccionales especializados en materia electoral deben ser entendidas y estudiadas no sólo por otros tribunales electorales, deben ser difundidas y explicadas de manera pública de conformidad con la tendencia mundial de transparentar las decisiones de los órganos resolutores, contribuyendo de esta manera a la democratización de los procesos electorales.

México, desde hace años, ha participado con CAPEL en la sistematización de criterios en materia electoral, prueba de ello es la reunión de trabajo<sup>41</sup> que tuvo lugar en la ciudad de San José Costa Rica, sede de CAPEL, en junio de 2007, en la que participaron representantes del Tribunal Electoral

---

<sup>41</sup> Informe que rindieron el Magistrado Pedro Esteban Penagos López y el Mtro. Patricio Vallados Villagómez, Coordinador de Relaciones con Organismos Electorales, sobre la reunión de trabajo, Iniciativa Interamericana de Compilación y Automatización de la Jurisprudencia Electoral, 7-8 de junio de 2007, en San José Costa Rica.

del Poder Judicial de la Federación, del Tribunal Supremo Electoral de Costa Rica, del Tribunal Electoral de Panamá, así como de funcionarios de CAPEL. Como objetivo se fijó realizar campañas de difusión entre los organismos electorales del continente americano para lograr su integración y participación en este proyecto.

En esa ocasión, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mostró su sistema de consulta y clasificación de sus resoluciones, criterios, jurisprudencia y tesis, ponderándose la viabilidad de que dicho sistema de búsqueda pudiera ser empleado como prototipo para sistematizar las resoluciones electorales emitidas por los órganos jurisdiccionales que operan en la región.

Actualmente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tiene sistematizados y clasificados todos sus criterios de jurisprudencia y tesis conforme a los trece campos acordados para organizar y clasificar la información, a saber: principios de interpretación electoral, derechos electorales fundamentales, proceso electoral, órganos electorales administrativos, justicia electoral, partidos políticos, financiamiento político, fiscalización y responsabilidad, sistema electoral, fórmulas electorales, mecanismos de democracia directa, voto: modalidades especiales, mecanismos especiales de participación y representación, procesos electorales especiales y otros.

Otro ámbito en el que la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene presencia internacional, es el informe que en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rinde el Estado Mexicano al Comité de Derechos Humanos respecto a las medidas que adoptó para dar cumplimiento a los derechos reconocidos en dicho instrumento.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está conformado por 53 artículos, de los cuales 27 integran la parte dogmática y, el resto, la parte orgánica. Dicho instrumento internacional establece la obligación por parte de los Estados miembros de presentar un informe sobre las disposiciones que hayan adoptado y que hagan efectivos los derechos reconocidos en él. Asimismo, se creó un comité de derechos humanos que se encarga de examinar los informes presentados por los Estados al Secretario General de las Naciones Unidas. En virtud de lo anterior, México, al haberse vinculado al Pacto citado el 23 de marzo de 1981, asumió el compromiso de presentar informes periódicos con el propósito de identificar los avances y/o retos que México presenta con relación al cumplimiento de los derechos que consagra el Pacto.

En este sentido, México ha presentado cinco informes relacionados con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el último informe rendido abarcó el periodo comprendido de diciembre de 1997 a octubre de 2007, y en él se concentró la información relativa al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual se refiere a tesis y jurisprudencia emitidas por la Sala Superior durante los últimos diez años, así como algunos datos estadísticos con respecto al número de asuntos resueltos en este mismo periodo.

La información se presenta a través de la transcripción del instrumento internacional concordado, cada uno de sus artículos con la jurisprudencia y las tesis emitidas por ese órgano jurisdiccional. Para realizar la selección, se determina el derecho fundamental político o civil en cuestión para correlacionarlo con el tema tratado en la jurisprudencia, de manera que al consultar el documento se puede ubicar con facilidad el criterio establecido por el citado Tribunal, en relación con el derecho político o civil protegido por el Pacto.

## 4. Futuros retos en torno a la jurisprudencia en materia electoral

La jurisprudencia es la única forma válida de cómo debe interpretarse la ley, es decir, la ley dice lo que la jurisprudencia dice que ordena.<sup>42</sup>

Cuando la materia electoral se manifiesta en los tribunales después de mucho tiempo de no ser un asunto judicializable, es síntoma de que el conflicto político ha adquirido nuevas formas, momento en que los tribunales electorales constituyen una vía privilegiada junto con las facultades originarias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, para construir el entramado del sistema político mexicano desde el punto de vista jurídico, convirtiendo a las decisiones de los tribunales, reflejadas en la jurisprudencia, en una nueva e importante institucionalidad política.

Por ello, la parte más relevante del propio derecho está constituida en las sentencias judiciales, lo que se erige a través de la jurisprudencia es la institucionalidad del derecho y en esto radica su extraordinaria importancia.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es un órgano de control de la constitucionalidad conforme a la novedosa facultad dispuesta en el numeral superior 99, párrafo octavo, de inaplicación de leyes contrarias a la misma Constitución Federal, los criterios emitidos con base en dicha función institucional proveen de reglas vinculantes sobre los límites constitucionales y legales del quehacer de los órganos del Estado.

---

<sup>42</sup> Cfr. GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia: inconstitucionalidad del primer párrafo de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo" en *Serie ensayos, manuales y libros jurídicos*, Universidad de Guadalajara, México, 1996, p. 18.

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Electoral es un elemento clave de todo el engranaje democrático, pues a través de ella se establece el derrotero a seguir tanto por sus Salas como por las diferentes autoridades jurisdiccionales y administrativas e, incluso, por los partidos políticos, toda vez que al partir de una lectura abstracta y sustancialista de los preceptos que conforman la Constitución General, aquél irá expandiendo y protegiendo nuevas dimensiones de la libertad y dignidad humana a través de los derechos político-electorales. Gracias al control constitucional se vive la Ley Superior de otra forma, su contenido y alcance son determinados a través de las demandas de los sujetos legitimados en los procesos electorales.<sup>43</sup>

De esta forma, si en términos de los lineamientos proporcionados por el Pleno de la Suprema Corte al definir la jurisprudencia temática en materia de constitucionalidad de leyes, mediante la resolución de la contradicción de tesis 25/2006-PL, cuando el Tribunal Electoral precise en la jurisprudencia sobre inaplicación de leyes el supuesto normativo previsto en una disposición general que no puede tener cabida en el orden jurídico por ser contrario a la Constitución Federal, cuyo nivel de abstracción revele el desprendimiento de una regla constitucional reconocida de manera general frente a todo tipo de leyes que prevean las mismas figuras estimadas inconstitucionales, y por virtud de esa apreciación impregnada de generalidad, se haga una declaración indeterminada abreviando el análisis de cada una de las legislaciones que pudieran reincidir en el mismo vicio de inconstitucionalidad detectado, de tal forma que se sitúe como regla general de interpretación constitucional a fin de que cuando el operador jurídico se encuentre frente al mismo supuesto sepa con precisión y sin lugar

---

<sup>43</sup> Cfr. CORZO SOSA, Edgar, "Control constitucional en materia electoral: el interés objetivo" en *Justicia Electoral en el Umbral del Siglo XXI*, t. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999 p. 979.

a dudas, que tiene la obligación de observar la ley desde la misma perspectiva de la jurisprudencia creada ex profeso a esos fines, destaca la evolución en materia de vinculación de los criterios del Tribunal Electoral, puesto que esa precisión de pautas orientadoras a los operadores jurídicos en la asignatura, generará certeza jurídica en los justiciables quienes conocerán con precisión el sentido de las sentencias y de los actos de las autoridades en materia electoral que se emitirán cuando adviertan que una norma que incide en su esfera jurídica, contiene el mismo yerro legislativo declarado inconstitucional por jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional.

Del mismo modo, tales juicios orientadores propiciarán un mejor trabajo legislativo pues el órgano emisor de leyes conocerá con precisión las figuras estimadas inconstitucionales, proscritas del orden jurídico por disposición expresa del Tribunal Electoral mediante criterios jurisprudenciales.

Así, a través del sistema jurisprudencial en materia electoral, la Constitución Federal se constituye verdaderamente en la Ley Suprema por virtud de la obligatoriedad de esos criterios tanto para las autoridades jurisdiccionales y administrativas como para las asociaciones y partidos políticos, lo cual redundará en beneficio de todos los ciudadanos y no sólo en unos cuantos que acudan ante las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en defensa de sus intereses político-electorales, pues una vez declarada la obligatoriedad de la jurisprudencia existe una verdad indiscutible de que la ley es inconstitucional, entonces, en acatamiento al principio de supremacía constitucional ningún operador jurídico obligado a su cumplimiento volverá a aplicar esa ley, consolidándose el carácter democrático de la sociedad mexicana, pues de esta forma se permite una mayor circulación del poder a través del control constitucional y legal de los actos de la autoridad electoral, y se conservan y satisfacen las libertades fundamentales para la participación del poder.



## **7. Otras fuentes no referidas en el texto**

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

SILLAS VARGAS, Jessica Liliana, *La Jurisprudencia y sus alcances en materia electoral*, Tesis para obtener la licenciatura en derecho, Universidad Mexicana, Ed. El autor, México, 2004.

<http://www.cidh.org/basic.esp.htm>

<http://www.iidh.ed.cr/capel/>



Sección Segunda  
Ética Judicial

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



## DERECHO Y MORAL \*

Sergio Cotta \*\*

### 1. La postura contemporánea

La cuestión de la relación del derecho con la moral parece ya definitivamente resuelta por un cierto tipo de cultura, hoy frecuentemente difundida entre filósofos, juristas y también teólogos morales. El derecho como categoría normativa entra en el plano de la amoralidad y por tanto del operar técnico. Esta postura se fortalece, directa o indirectamente,

---

\* Conferencia dictada el 13 de enero de 1989 en el Centro Académico Romano de la Santa Cruz. Traducción hecha por Javier Saldaña, Mario Cruz y Fabio Iodice Damiano. Apareció publicado en *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, n. 25, México, 2001, pp. 93-107.

\*\* Sergio Cotta (†) fue profesor ordinario de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Sapienza, Roma. Entre su amplia obra destacan los libros: *¿Qué es el derecho?*; *El derecho en la existencia humana: principios de ontofenomenología jurídica*; *Justificación y obligatoriedad de las normas*, entre otros.

tamente, con base en el magisterio de Kant, pero deformado, según el cual la moral sería autónoma, legislación *interna* de la conciencia del sujeto; mientras que el derecho sería heterónimo, legislación *externa* de la conciencia del sujeto.

Con base en esta distinción categorial, la amoralidad de lo jurídico (normas y comportamientos) es considerada una de las características propias de la "modernidad". Designo así aquel modo de entender la cultura como se ha venido desarrollando a lo largo de la edad cronológica moderna, que cree poder reconducirla a una unidad homogénea de sentido, no obstante sus particularidades. En efecto, en la edad moderna encontramos pensadores ilustres, los cuales no comparten en absoluto tal posición: basta recordar los grandes ejemplos de Leibniz y de Rosmini. Sin embargo, ellos no son considerados, como si fueran meros resabios del pasado. Para quien no comparta la ingenua filosofía de la historia como progreso –por el cual lo "moderno" incluye siempre y en todo la superación del pasado– la "modernidad" de la amoralidad del derecho no constituye en absoluto un obstáculo al reexamen crítico de la cuestión. Al contrario, la presencia de pensadores modernos que no comparten la posición "modernista" (por así decirlo) induce a poner en conflicto con ésta la lección del pasado.

Es de hecho un dato histórico incontrovertible que, por una larga serie de siglos, el derecho ha sido colocado en el ámbito de la moral, ya que el *in sé* del derecho ha sido puesto en la justicia en su doble significado: objetivo, de orden de la vida, y, subjetivo, de virtud personal. Al interior de esta concepción general, que denominaré "clásica", se especifican, en líneas generales dos modos típicos de reconducción del derecho a la moral: aquel del pensamiento griego, dominante después sobre la cultura romana, y aquel del pensamiento cristiano, como ahora ilustraré concisamente.

## 2. La postura griega

Considero esta postura en sus aspectos más significativos. Dos fragmentos de Heráclito<sup>1</sup> pueden ofrecernos un importante punto de partida. "Todas las leyes humanas [...] vienen nutridas por una sola ley, que es la divina: ésta prevalece, de hecho, cuanto quiere y basta a todo". La ley divina es, por tanto, fundamento y sustento ("nutre") de las leyes humanas, ya que ésta según Heráclito, es "en donde se concatenan todas las cosas"<sup>2</sup>: fuera del "concatenamiento" (*xunòn*) el mundo no tiene sentido. De aquí el segundo fragmento: "Por esto se debe (*dei*) seguir esto que se concatena. Y a pesar de que el logos se concatene, la mayoría vive como si cada uno tuviese una sabiduría (*phrónesis*) separada".<sup>3</sup>

No obstante la oscuridad de Heráclito, su mensaje puede descifrarse según los tres puntos siguientes. 1) Las leyes son necesarias, ya que "la mayoría" se deja guiar por una sabiduría separada del concatenamiento de las cosas, y entonces particularista y errada. 2) Las leyes humanas están en grado de superar esta realidad fenoménico-empírica particularista sólo si se "nutren" de la ley divina que manifiesta aquel concatenamiento en el cual el mundo revela su sentido. 3) Por tanto, se debe seguir la ley divina.

Se puede deducir en términos modernos: 1) que es ley auténtica (ley según la verdad) sólo aquella conforme a la ley divina, 2) que la ley humana auténtica por su conformidad a la ley divina, es justa y por tanto moral. Sin duda, la "ley divina" de Heráclito es la de *Pólemos*, que produce el mundo y la vida, introduciendo en la materia informe e inerte las diferen-

<sup>1</sup> Me valgo de la traducción de G. Colli, Milán, 1980.

<sup>2</sup> Diels-Kranz, 22B114.

<sup>3</sup> DK, 22B2.

cias y por tanto el conflicto. Es el conflicto que "concatena" cosas y acciones según un incesante movimiento dialéctico de producción y destrucción.

La metafísica griega posterior encontrará de esta manera el concatenamiento en la armonía de las cosas y de los acontecimientos, o sea en su orden según la justicia. Sin embargo, esta importantísima mutación no modifica el esquema general interpretativo de la ley ya presente en Heráclito: lo precisa. En efecto, tanto Platón como Aristóteles distinguen el *nomos*, la ley auténtica en cuanto justa –porque deriva de la naturaleza según Platón,<sup>4</sup> y es universal e imparcial según Aristóteles–,<sup>5</sup> de los dógmata póleos convencionales (según Platón), de los *pséphysma* o deliberaciones de la asamblea (según Aristóteles), los cuales pueden ser, de hecho, justos o injustos.

En el *Minosse* platónico se va más allá. Las deliberaciones de la ciudad pueden bien ser buenas o malas, pero el *nomos* "no puede ser malo", (314a-e), ya que es "descubrimiento de aquello que es", *exéuresis tou óntos* (315a), "descubrimiento de la verdad" (317d). Por eso "lo que es conforme a la rectitud es ley regia, no ya lo que no es recto y que para los ignorantes parece ley, pero es *ánomon*" sin ley (517c). El *nomos* expresa la verdad del ser.

Por tanto, según ambos filósofos: 1) es ley sólo aquella que es estructuralmente justa; 2) son justos el individuo y las conductas "legales",<sup>6</sup> ya que son conformes a la ley auténtica, al "*nomos basileus*". Los estoicos no se distanciarán de tal posición, en una renovada concepción cosmológica de la ley. Para Crisippo, de hecho, la ley derivante del *logos* divino es *orthós lógos*, recta razón, "que ordena aquello que se debe hacer y prohíbe aquello que no se debe hacer".<sup>7</sup>

<sup>4</sup> PLATÓN, *Leggi*, X, 889e-890a.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *Política*, IV, 1292a, y *Ética Nicomachea*, V, 1134b.

<sup>6</sup> PLATÓN, *Gorgia*, 540c-d; ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea*, V, 1129b.

<sup>7</sup> In Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, III, 314 y 613.



Si se toma en cuenta la primacía de la justicia como "virtud perfecta" o "virtud total",<sup>8</sup> la conclusión es clara. La verdad del ser es el orden: el concatenamiento de Heráclito, lo que une, pero ya no en modo dialéctico-conflictual. La ley expresa este orden justo, porque es según la verdad: por tanto, la esencia del *nomos* es la justicia y por consiguiente el *nomos* es moral por estructura. De hecho, si no es justo, no es *nomos* sino *ánomon*, expresión no ya del orden según la verdad del ser, o sea, según la naturaleza, sino del desorden y de la desmesura provocados por la arrogancia titánica (*hybris*) del hombre, cerrado en su *phronesis* particularista. Ésta, es en grandes líneas, la postura dominante de la metafísica griega.

### 3. La postura cristiana

El pensamiento cristiano acoge integralmente, en la sustancia, la postura griega. Recuerdo la lapidaria y resumida afirmación de San Agustín "*mihi lex esse non videtur quae justa non fuerit*",<sup>9</sup> retomada textualmente por Santo Tomás en la *Summa Theologiae*, con la precisión de la obligatoriedad de la ley "*in foro consciencientiae*" (I-II, 96, 4), mientras que la ley (positiva) injusta es "*magis corruptio legis*" (*ib.*, 95,2).

La línea de razonamiento que lleva a identificar la esencia de la ley en la justicia, haciendo por tanto clara la moralidad en sí, es la misma de la griega. La ley es ordenamiento de la relación interhumana; pero como se refiere al hombre en su inevitable relacionarse, no puede prescindir de la verdad de lo que el hombre es, debe hacer justicia, por decir así, a esta verdad. De otra manera caería en la contradicción de ser hecha por el hombre contra sí mismo, mientras, para retomar el dicho romano, "*hominum causa*

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea*, V, 1129b y 1131a.

<sup>9</sup> SAN AGUSTÍN, *De libero arbitrio*, I, 15, 11.

*ius constitutum*". Se nota: el término *causa* indica con evidencia la causa final del derecho –hecho *para* el hombre– pero implica en sí también la causa eficiente de esto –hecho *por* el hombre–. Por eso el sentido completo del dicho es: el derecho está hecho *por* el hombre *para* el hombre (mientras que lo que *no* está hecho por el hombre es su naturaleza). La afirmación es difícilmente controvertible en lo que se refiere a la *categoría* del derecho o de la ley, no obstante toda posible desviación por parte de las leyes individuales denominables *corrupciones legis*, porque son injustas en confrontación con la verdad del hombre.

En el orgánico sistema tomista de las leyes, la identidad de esencia entre derecho y justicia, y por tanto la moralidad del primero, encuentra una determinación más precisa. La *lex humana*, en cuanto orden establecido por el hombre para el hombre, no puede distanciarse sin contradecirse de la *lex naturalis*, que constituye el orden de aquella *rationalis creatura* que por naturaleza propia es el hombre. A su vez, la *lex naturalis* no es más que el reflejo, sobre el plano humano, de la *lex aeterna*: aquella del orden global, cosmoantropológico, creado por Dios.

Este coherente concatenamiento de leyes (y de órdenes) está centrado sobre la verdad de un ente, el hombre, que no se ha autoproducido, autoproduciendo la propia naturaleza ontológica, sino que ha sido producido, traído-delante (a Dios!), creado. Esta verdad viene clarificada en el pensamiento cristiano según un doble itinerario: el originante itinerario descendiente (*l'exitus* agustiniano) –Dios, naturaleza (*filia Dei!*), hombre– al cual sigue como en un espejo el ascendente itinerario reflexivo-existencial (el *reditus*) hombre, naturaleza, Dios, en el cual el hombre alcanza el reconocimiento concienencial de sí mismo según la propia naturaleza ontológica y por consiguiente del propio origen y destino último. El orden descendente-ascendente de las leyes corresponde perfectamente al orden descendente-ascendente en el cual se revela la verdad integral del hombre.

Este cuadro ontológico y cognitivo da plena razón del por qué, para el pensamiento cristiano, sólo la ley justa, ley según verdad (el *Minosse*) sea ley para el hombre. La pertenencia del derecho a la moral es, por tanto, confirmada en modo explícito. Pero precisamente el origen primero y el destino último del hombre –no fantaseada, sino inscrita en su integral estructura ontológica por la presencia en ésta del agustiniano Dios *internus-aeternus*<sup>10</sup> constituyen los fundamentos de la gran novedad aportada por el cristianismo a la autocomprensión del hombre y, por tanto, en relación con nuestro problema, a una más plena comprensión de la moral.

La moral ya no está resuelta *in toto* en la justicia y, por tanto, en la juridicidad; más allá, pero no en contra de ésta y de su orden; más allá de su universal e imparcial medida determinante y retribuyente del justo y del injusto, se eleva la caridad, *l'agape*. No es desmedida, sino precisamente el más allá de la medida del don y del perdón hacia cualquiera, sin excepción de persona. En *statu viae*, en el tiempo, la caridad constituye el modo de vivir *personal*, y por esto siempre incompleto, que anticipa la atemporal plenitud agápica del Reino, donde se da la comunión con Dios, que *caritas est*, en la visión directa y ya no *per speculum in aenigmate*. La caridad, por tanto, constituye la vinculación del orden temporal con aquel ultratemporal del hombre.

La revelación del arraigo de la caridad en la estructura ontológica del hombre, por su participación al divino, no tiene sólo un valor teológico, sino también filosófico y relevantísimo. La cultura grecorromana había destacado la presencia real en el hombre de movimientos del ánimo que podemos considerar afines a la caridad. Los había registrado bajo los nombres, más o menos comprensivos, de *eros* (espiritual), *philia*, *amicitia*,

---

<sup>10</sup> SAN AGUSTÍN, *Conf.*, IX, 4, 10.

*magnanimitas, liberalitas*, etcétera. Pero, siendo atribuidos a situaciones, sentimientos, tensiones, elecciones, condicionados por la particularidad existencial de las personas, no había podido asignarles un lugar preciso en el orden universal marcado por la moral centrada en la justicia. Ahora, al contrario, Santo Tomás podrá calificar la caridad *radix, mater, forma omnium virtutum*, ya que ésta, de conformidad con la naturaleza del hombre, lo ordena en modo coherente hacia sí mismo, hacia el prójimo, hacia Dios.<sup>11</sup>

La confirmación cristiana de la moral de la justicia (y por esto del derecho) y la introducción cristiana de la moral de la caridad vienen a constituir un sistema moral humanamente más rico y completo del precedente. Lo expongo con mis términos.

Categorialmente la moral designa la relación de respeto de la persona humana. Al interior de este *genus* categorial, se distinguen dos *species* de moralidad, colocados a niveles jerárquicos.

La primera es aquella de la relación de respeto recíproco y simétrico, pero condicionada por el actuar de las personas. Es la moral de la justicia en su triple dimensión: directiva, juzgativa, rectificativa (o retributiva). La segunda es la de la relación de respeto *total* del otro, no condicionada por el actuar de los demás, y por esto elevada sobre la exigencia de la reciprocidad: asimétrica. Es la moral de la caridad que en la determinación de San Pablo, "es benigna [...] no busca lo suyo [...] no imputa el mal [...] no disfruta de la injusticia, se complace"<sup>12</sup> y, por tanto, determina en acogimiento integral del otro. El punto importante para señalar es que el nivel de la caridad ni contradice ni suprime la moral de la justicia, sino

---

<sup>11</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, 108, 3.

<sup>12</sup> *I Cor.* 13,4-6.

la conserva en su lugar, pero sobrepasando sus límites en una especie de *Aufhebung* hegeliana. La moralidad de la ley, por tanto, no está cancelada: el más allá de la medida presupone la medida.

Recurro a tres citas ejemplares. San Pablo: "plenitud (*pléroma*) de la ley es el ágape".<sup>13</sup> San Agustín: "*caritas magna, magna iustitia est; caritas perfecta, perfecta iustitia*".<sup>14</sup> Santo Tomás: "*Misericordia non tollit iustitiam, sed est quaedam iustitiae plenitude*".<sup>15</sup> En verdad, *in statu viae* la caridad es un acto de persona a persona (cualquier persona) que sobrepasa la justicia en confrontación de *aquella* persona, pero no respecto a terceros. Nadie puede donar o perdonar por cuenta de otros: en la relación pluri-personal permanece válida la justicia.

Finalmente, ni siquiera en la delicadísima relación entre naturaleza y gracia, viene cancelada la ley y su valor. Cito también en este caso tres afirmaciones incisivas. San Agustín: "*lex data est ut gratia quaeretur, gratia data est ut lex impleretur*".<sup>16</sup> Santo Tomás: "*Deus nos instruit per legem et iuvat per gratiam*".<sup>17</sup> Pascal: "*la loi n'a pas détruit la nature, mais elle l'a instruite; la grace n'a pas détruit la loi, mais elle la fait exercer*".<sup>18</sup>

La construcción sistémica es absolutamente coherente y armoniosa: la esencia de justicia de la ley, en su en sí auténtico, por un lado, no destruye la naturaleza humana, sino que le corresponde; por el otro, no es destruida por la gracia, sino que viene completada. La moralidad del derecho está

<sup>13</sup> *Rom.*, 13, 10.

<sup>14</sup> SAN AGUSTÍN, *De natura et gratia*, 70.

<sup>15</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I, 21, 3ad 2.

<sup>16</sup> SAN AGUSTÍN, *De spiritu et littera*, 19, 34.

<sup>17</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 2-22, proemio a las *quaestiones de legibus*.

<sup>18</sup> PASCAL, *Pensées*, núm. 669.

así firmemente cerciorada dentro del nuevo marco ontológico delineado por el cristianismo.

#### 4. El derecho según la modernidad

El pensamiento clásico (grecorromano y cristiano) había planteado el problema de la calificación de la categoría "derecho", o sea de la determinación de su esencia, dentro del marco dilemático de justo/injusto y, por tanto, de moral/inmoral. Lo había resuelto, como se ha visto, afirmando la moralidad de la categoría jurídica con base en su correspondencia, sobre el plano práctico de las directivas del actuar, a la naturaleza del hombre. Ésta venía teóricamente determinada no ya a nivel empírico fenoménico (situaciones, sentimientos, pasiones, intereses), sino al ontológico, sea también interpretado en modos diversos: cosmocéntrico –piénsese en Heráclito y en los estoicos– o ideal en el sentido platónico, o racional a la manera de Aristóteles, o teándrico a la manera cristiana. En todo caso, una naturaleza específica bien se vale, pero no se puede aislar, sino que está en comunicación con todas las esferas del ser.

El pensamiento de la modernidad resuelve el problema de la calificación del derecho haciendo referencia a una noción antecedente al dilema justo/injusto: la noción de *amoralidad*. Ésta designa un tipo de comportamiento (y, por tanto, de reglas) identificado, independientemente de su referencia al valor, más que al ser; es decir, ni moral ni inmoral por sí mismo, en la propia objetividad pre-valorativa. En este horizonte de pensamiento, la categoría "derecho" se presenta como tipológicamente amoral, o sea, no calificada en su esencia de la justicia. Ésta queda como criterio del juicio de valor pronunciable sobre concretas, particulares normas, pretensiones y acciones jurídicas, que resultaran por tanto ser justas o injustas, pero sin que tales valoraciones alteren la calificación de "jurídicas".

Este extraordinario cambio del modo de comprender el derecho no se produce de un golpe, sino se viene precisando en el curso del tiempo, y es reconducible a una multiplicidad de factores, histórico-políticos y teoréticos, en los cuales no es posible detenerse en este lugar. Sin embargo, me parece que esto se inserta y se comprende, en el marco general del proceso de secularización inmanentística propio de la modernidad. Tal proceso incluye la separación de la comprensión del hombre de la referencia a su naturaleza ontológica (y no meramente fenoménica) partícipe del trascendente. La autocomprensión del hombre sería por tanto veraz sólo en la autorreferencialidad a su propio ser óptico-empírico privado de esencialidad ontológica.

En esta nueva perspectiva antropológica ya no tiene más sentido la correspondencia del derecho con la naturaleza del hombre, reducida del todo a la empiria de sentimientos, pasiones, intereses, motivos y razones siempre particulares. Se tiene así la negación de una verdad común, propia del ser-hombre y, en su lugar, la absolutización de la diversidad y, por tanto, el desorden y el conflicto. La naturaleza es de por sí *anómica*. Por esto –como sostiene el iusnaturalismo moderno de Hobbes, Spinoza y seguidores–, la ley puede venir sólo *impuesta*, mediante una artificial operación intelectualística que afirma su utilidad o su conveniencia y, sobre el plano de la realidad empírica, viene determinada por un acto de autoridad.

Revelador con respecto a esto es el vuelco *literal* (¿inconsciente?) de la ontología veritativa de la ley enunciada en el *Minosse* platónico operado por Hobbes: "*autóritas non veritas facit legem*". Separada de la verdad, la ley es un acto de la voluntad, cuya eficacia normativa depende de la potencia efectiva de la voluntad que produce la ley. La ley es en sí conjugación de voluntad y potencia concretas. Esta separación del derecho de la verdad de la naturaleza humana en su estatuto ontológico tiene una

implicación de primerísima relevancia. El criterio de calificación (y de valoración) de la categoría "derecho" no puede ser otro que aquel de su conformidad con la voluntad de potencia de su productor.

Esto comporta tres consecuencias. En primer lugar, el derecho, en cuanto producto de un acto voluntario de potencia, ya no es universal, en cuanto, en sede teórica, una voluntad universal no es pensada en el horizonte de la diversidad absoluta; de hecho, no existe una potencia universalmente eficaz. El derecho, por tanto, se reduce al derecho estatal, propio de cada comunidad política, y diferente para cada una de éstas.

En segundo lugar, en cuanto producto de la voluntad de potencia, el derecho tampoco puede decirse realmente un producto *del* hombre, sino en un vacío sentido formal, más bien en concreto, *de hombres* y, más precisamente, de aquellos que detentan el poder estatal, o sea, para usar elogiativos términos actuales, el "monopolio de la fuerza". Un monopolio, en realidad, cambiante. Obviamente, no se trata ni de una *pura* voluntad, ni de una *pura* potencia, ya que la primera viene mediada por razones, la segunda por consensos. Pero estas correcciones empíricas, siempre cambiantes y controvertibles, no obstan para que la voluntad capaz de potencia se quede como el principio originario del derecho y su justificación. Fiel al principio, y desdeñante de toda corrección y de todo riesgo, Nietzsche podrá declarar, con rigor consecuencial, que la justicia y el derecho son *pura* voluntad de potencia.

En tercer lugar, el derecho, por su conjugación de voluntad y potencia, no puede encontrar su propio cumplimiento en la caridad –como Leibniz sostiene con firmeza–, ya que caridad y potencia son heterogéneas en todo. Por añadidura, la caridad, aunque no es negada, ya no constituye la expresión de la suprema tensión de la naturaleza ontológica humana hacia la ultratemporalidad y a la trascendencia. Viene reducida a uno de los tantos



posibles sentimientos interiores, a un genérico amor *sentido* en el condicionamiento de una relación afectiva interpersonal, subjetiva en todo, y por tanto privado de un valor normativo *ultra legem* y universal.

Por todas estas razones, el pensamiento jurídico de la modernidad se envuelve en una singular paradoja. En el intento de conferir al derecho *autonomía* de la naturaleza (y para ésta, más profundamente, de la trascendencia) lo hace *heterónimo* respecto a los reales sujetos humanos y a estos sujetados, ya que, en cuanto producto de una voluntad y de una potencia dominativas, es imposible reconocerles calidad moral.

En esta perspectiva, la separación del derecho de la moral está establecida sobre la base de la heteronomía del primero. Ésta, por otra parte, no incluye la inmoralidad de la categoría "derecho", en cuanto permanece útil (y puede ser necesaria) para establecer algún orden efectivo de convivencia entre los hombres. Pero ni efectividad ni utilidad o necesidad son garantía de moralidad; por tanto, el derecho es amoral. Justas o injustas, morales o inmorales podrán venir juzgadas sus normas, pero permanecen siempre jurídicas.

La concepción amoral del derecho tiene una seria consecuencia teórica y existencial. El respeto del derecho ya no se basa sobre su justicia, sino sobre su *eficacia*, o sea sobre su efectiva capacidad de imponerse y hacerse obedecer mediante su potencia de constrictión. Pero entonces ya no es posible distinguir *categorialmente* el derecho de las reglas de una sociedad criminal. Se diferencian sólo en el orden no en la *calidad* sino en la *cantidad* de potencia de constrictión. Y como esta cantidad es mutable en los hechos, puede darse que las reglas criminales prevalezcan por eficacia impositiva sobre las estatales haciendo inútil la efectividad y entonces la juridicidad. Kelsen no se esperó en admitirlo; por otro lado, no podía hacerlo de otra manera, en cuanto su sistema, en apariencia formal,

en la sustancia es voluntarista y factualista. Sin embargo, constreñir no es obligar, en cuanto puede obligar sólo aquella conciencia del deber sobre cuyas bases surge la moral. Y ésta, frente a la supuesta heteronomía no-obligante del derecho, no podrá más que ser *autónoma*: un actuar no sólo en conformidad a un deber impuesto, sino *por* el deber del cual la conciencia está conciente. A la "legislación externa" propia del derecho, se contrapone la "legislación interna" de la moral. Es ésta la postura de Kant sobre la cual me detendré en cuanto, por un lado, ha sido interpretada, en su vulgarización posterior, de manera infiel; por otro lado, presenta una grave aporía, que reabre la cuestión de la moralidad del derecho.

## 5. La postura de Kant

Considero la cuestión de la *autonomía* de la moral. Tal autonomía no es para nada de tipo subjetivista como, por el contrario, la entienden hoy. Según Kant, según lo que afirman las dos obras de *metafísica de las costumbres*, como la *Crítica de la razón práctica*, autonomía significa independencia de la voluntad personal frente a los impulsos *externos* y a la sensibilidad *subjetiva*: inclinaciones, pasiones, intereses. Sino no sería voluntad *pura*.

Por eso, la voluntad personal, para mantenerse coherente consigo misma en el desarrollo del actuar según autonomía, se da unas "máximas", o sea unas directivas de comportamiento, pero "con valor sólo para la voluntad" del sujeto que quiere. Las máximas constituyen –me parece poder argumentar– una especie de primer nivel de la moral, la que es estrictamente personal y por eso "provisional" en el itinerario de la reflexión racional, en cuanto éstas no pueden valer también para los otros sujetos. Para que tengan carácter moral definitivo para la razón, es preciso que la máxima subjetiva "pueda valer como ley universal". En el orden moral es entonces

necesario pasar de la máxima subjetiva, a la "ley práctica", objetiva, "válida para la voluntad de todo ser razonable". Sólo a esta condición tenemos la "voluntad buena", o sea lo que, para Kant, es "bueno sin limitaciones", o sin condicionamientos.

A este nivel (alcanzado por el sujeto *razonable* mediante su reflexión puramente interior) se da la plena autonomía de la voluntad y entonces la moral. Ésta tiene más bien su origen en la conciencia personal, pero no tiene nada de subjetivista, como al contrario se cree hoy comúnmente, o también filosóficamente por parte de la teoría emotivista de los valores. La moral kantiana es de tipo universal, como la clásica, a pesar de que esté fundada de manera diferente sobre la voluntad racional y no sobre el ser.

Considero ahora el derecho. Éste se refiere, según Kant, a las "relaciones externas" o sea aquellas "de una persona hacia la otra, en cuanto [...] pueden [...] tener, como hechos, influencia las unas sobre las otras", como se dice en la *Metafísica de las Costumbres*. Sin embargo, estas relaciones son jurídicas cuando "el albedrío del uno puede ir de acuerdo con el albedrío de otro según una ley universal de la libertad" (*ib.*, p. 407). Por eso, "la ley universal del derecho" es: "actúa externamente de tal manera que el uso libre de tu albedrío pueda ir de acuerdo con la libertad [...] el albedrío de cualquier otro según una ley universal" (*ib.*). Nótese bien: esta ley no tiene ningún contenido, se limita a precisar lo que Kant llama la específica "forma" –nosotros podemos denominarla la *estructura*– con base en la cual se puede determinar, según razón y voluntad en sí no contradictoria, qué cosa es el derecho. Por eso no cabe en la categoría del derecho, según su forma o estructura específica, el precepto que no se conforma a la mencionada "ley universal", como pasa en el caso de los preceptos de una asociación criminal. Esto vale tanto para el legislador interno como para el externo. De hecho, como había ya argumentado la

*Crítica de la Razón Práctica*, "los motivos determinantes empíricos no se adaptan a ninguna legislación universal *externa*", o sea jurídica, y no sólo, a aquella *interna*, o sea moral.

La universalidad es, por tanto, la condición del ser tanto de la moral (a través de la universalización de la máxima en ley), como del derecho (mediante el acuerdo de los albedríos según la ley). El derecho, según Kant, es categorialmente universal, así como lo considera el pensamiento clásico, a pesar de que de nuevo, como en el caso de la moral, se funde de manera diferente: sobre la exigencia racional del acuerdo de los albedríos.

De todas maneras la universalidad del derecho comporta la perfecta correspondencia de la acción según derecho con la acción según justicia. Ésta, en efecto, se da "cuando por medio de ésta, o según su máxima, la libertad del albedrío de uno puede subsistir con la libertad de todo ser racional según una ley universal". Pero entonces lo justo y lo jurídico tienen la misma forma o estructura; por eso la justicia, a la medida del pensamiento clásico, es la esencia, podemos decir, ¡del derecho! ¿Cómo es posible entonces calificar a este último como *amoral*?

Esta contradicción se explica, a mi parecer, con la ausencia en Kant de una profundización de la comprensión de la naturaleza del hombre, al nivel inferior al meramente empírico-factual, o sea al nivel ontológico, donde la naturaleza humana se revela como estructura de relación. Es, de hecho, la relacionalidad ontológica a dar razón del por qué el yo pueda identificarse como hombre y vivir sólo en coexistencia con el otro hombre, identificado como un *alter ego*.

En esta perspectiva, la exigencia kantiana para el yo de elevar la propia máxima subjetiva a la objetividad de la ley universal ya no depende de una

formal necesidad lógica para la voluntad de no contradecirse, más bien de la exigencia de no contradecir la propia naturaleza del hombre. Pero lo mismo vale para el derecho. Confrontadas con la relacionalidad ontológica, las relaciones que esto regula no resultan para nada meramente *externas*, casi puede decirse que se debieron a intereses, sentimientos, utilidades contingentes; resultan, al contrario, como manifestaciones existenciales de la relacionalidad ontológica y, por tanto, tales que no pueden contradecirla, en el ejercicio de una libertad arbitraria, sin provocar daño al ser mismo del hombre. En esta perspectiva, y sólo en ésta, se justifica plenamente, y no por una mera conveniencia empírica, la exigencia kantiana del acuerdo de los albedríos subjetivos, según aquella objetiva ley universal que estructura el derecho. Sin embargo, por esto, en su estructura, es moral.

La falta de la profundización ontológica en los términos indicados vuelve aporética la postura kantiana y por eso es frágil la reconquista de la universalidad del derecho, a pesar de que Kant la opere meritoriamente con respecto a la reducción estatalista del derecho ya difundida en el pensamiento jurídico moderno. Sin embargo, explica también por qué, en el perdurar de una concepción empírico-factual de la naturaleza humana, por un lado, la autonomía de la moral se considera en términos del todo subjetivistas, como elección personal de libertad justificable sólo con razones intimísticamente personales o, a lo máximo, exteriormente sociales, sin ninguna referencia a la verdad relacional del ser-hombre. Por otro lado, en el ámbito de esta concepción de la naturaleza humana el derecho resulta un hecho *heterónimo*, meramente coercitivo y represivo de una libertad subjetiva, disciplinable, frente a sus éxitos conflictuales, solamente, o por convención, o por cálculo de utilidad, éste y aquélla, siempre particulares, controvertibles y contingentes.

## 6. Conclusión

Extraviada la conciencia de la ontológica verdad relacional del ser hombre, y por tanto del yo, moral y derecho vienen interpretados en el horizonte de aquella que he denominado la *metafísica del sujeto absoluto*, sea éste individual o colectivo. Ésta, a mi parecer, caracteriza el pensamiento secularista e inmanentista de la "modernidad" (pero, como he señalado, ¿no de todo pensamiento moderno!).

Esta absolutización del sujeto en ambas acepciones, hace tanto a la moral como al derecho incapaces de resolver, en "línea de principio" el conflicto de los albedríos, de las utilidades, de las libertades, de los valores. Por tanto, sustrae tanto a la moral como a la categoría del derecho su veraz sentido humano y confirma que *simul stabunt et simul cadent*.

Su destino común muestra que la moralidad de la categoría jurídica no se mide con base en la justicia (o injusticia) de sus concretas expresiones normativas, sino que es determinable al nivel ontológico por su conformidad a la estructura del hombre. A este nivel, el derecho se revela moral, de acuerdo con lo sostenido por la filosofía clásica. Sin embargo, al mismo tiempo, es posible comprender la falta de acabado coexistencial frente a la moral de la caridad, puesta en luz por la filosofía cristiana.

# ÉTICA, PODER JUDICIAL Y SU RESPONSABILIDAD EN ESPAÑA: ¿HAY NECESIDAD REAL DE UN CÓDIGO ÉTICO PARA LA JUDICATURA?

Manuel Ángel de las Heras García \*

A mi mentor, el Prof. D. Juan Roca Guillamón

...si tomas por medio la virtud, y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que los tienen, príncipes y señores; porque la sangre se hereda, y la virtud se aquista, y la virtud vale por si sola lo que la sangre no vale... Nunca te guies por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos... Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia... No te ciegue la pasión propia en la causa ajena; que los yerros que en ella hicieres, las más veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a costa de tu crédito, y aun de tu hacienda... Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones. Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente... CERVANTES SAAVEDRA, Miguel: Cap. XLII, Segunda Parte del *Ingenioso Caballero don Quijote de la Mancha*, 1615.

## 1. Introducción: Unas reflexiones críticas sobre ética, jueces y la presunta división de poderes

**N**umerosos han sido, siguen y, con toda probabilidad, seguirán siendo los conatos doctrinales que tratan de delimitar la significación del término *ética*, voz cuyo sentido no resulta unívoco y que, no

---

\* Prof. Dr. del Departamento de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España. Ha ejercido la Abogacía y la Judicatura habiendo obtenido, entre otras distinciones, el Premio San Raimundo de Peñafort –XX edición, Ilustre Colegio

nos engañemos, es susceptible de equivaler a una u otra acepción en función de la teoría que, en cada caso, se adopte.<sup>1</sup> Por tanto cabe advertir, *ab initio*, que resultaría ingenuo hablar de una ética exclusiva siendo preferible referirse a heterogéneas éticas –en plural– susceptibles de engendrar, a

---

de Abogados de Murcia, España– por su trabajo *Lex artis, onus probandi y responsabilidad médica* (2005). Entre algunos de sus estudios figuran, al margen del citado, *Respecto de la protección a los sujetos más débiles del grupo familiar frente a las agresiones sistemáticas de otros miembros del mismo* (1998); *Circulación con vehículo careciendo de seguro obligatorio* (1999); *Naturaleza de las "medidas cautelares" de la LTCS: Supuestos de adopción. Singular alusión al abandono de vehículo* (2000); *Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv.* (2001); *Análisis de un supuesto contrario a la buena fe en el marco de una relación arrendaticia* (2002); *Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000* (2002); *Recepción y naturaleza del llamado consentimiento informado del paciente* (Homenaje al Prof. Albaladejo, M., 2004); *Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios: el inacabado dilema competencial* (2006); *Menor edad, madurez e información en anticoncepción de emergencia* (2007) o *Sucinto análisis del arrendamiento rústico en la nueva LAR* (2007) sobresaliendo, en particular, su monografía *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*.

<sup>1</sup> Algunas de las disponibles son apuntadas por VIGO, R. L., "Ética judicial: su especificidad y responsabilidad" en *Revista CEJ*, n. 32, Brasilia, jan./mar., 2006, pp. 13 y 14, así la tesis escéptica, irracional o subjetiva –que reenvía al sujeto y a su irracionalidad como fuente de la ética, de modo que *strictu sensu* el individuo «no conoce al bien sino que lo "crea", y lo hace no cognitivamente sino desde factores emocionales o irracionales», incluyéndose también las posiciones que «asocian la Ética al discurso del poder y a su lógica orientada al dominio de los otros»–; el intersubjetivismo ético –comprendiendo las teorías que reputan que la sociedad misma es «fuente raigal y total de la Ética, es decir, el "bien" se discierne colectivamente o junto a los otros», pudiéndose distinguir variables dogmáticas y procedimentales–; el consecuencialismo ético –el cual abarca las posturas utilitaristas clásicas cuyo denominador común consiste en descartar valoraciones éticas absolutas o «*a priori* respecto a los actos humanos, dado que el mismo sólo es posible luego de haberse ponderado sus consecuencias o resultados que de ellos se derivan», de modo que no existen malos o buenos actos sino que lo determinante es «comprobar sus efectos»–; el juridicismo o ética juridicista –que encomienda a un ente orgánico con competencia «jurígena» (Corte Suprema, Poder Legislativo, etc.) la determinación de las respuestas éticas mediante normas jurídicas; no obstante, se objeta que los miembros de tales órganos carecen de «respaldo especial que confiera a su opinión el carácter de verdad infalible, por lo que al margen de la fuerza jurídica que tengan las normas que dicten en materia ética y las presunciones que pueden generar a favor de las tesis adoptadas, ellas pueden seguir siendo objeto de discusión racional y no son garantía de verdad práctica»– o, finalmente, el objetivismo ético –que reconoce la «posibilidad de ciertos bienes que el hombre no crea, sino que puede conocer»–. Acerca de las corrientes éticas actuales véase también DE LAS HERAS GARCÍA, M., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, T. I, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 44 a 47, y SEGURA NAYA, A., "Fundamentación ética de la deontología judicial" en *Ética del juez y garantías procesales. Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 56 a 69.



su vez, infinitas variantes tantas, cabría mantener, como colectividades e, incluso, como individuos existen puesto que, en última instancia, cada cual termina ajustándose a un *-su-* perfil o *código ético* particular.<sup>2</sup> Esta primera premisa habría que ponerla en conexión, en lo que aquí nos distrae, en primer lugar, con la obertura del Tít. VI de la Constitución Española de 27/XII/1978 (en lo sucesivo CE), en concreto con su art. 117.1 cuando dispone: "La justicia emana del pueblo<sup>3</sup> y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley". A tal declaración bienintencionada de principios se viene a agregar que la "potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...", los cuales no han de ejer-

---

<sup>2</sup> Sobre los conceptos *moral* y *ética* ya me pronuncié sumariamente en DE LAS HERAS, *op. cit.*, nota 1, T. I, pp. 36 a 38, términos que muchas veces se utilizan como equivalentes. Para los griegos *ética* significa estudiar los caracteres de los pueblos, equivaliendo a «ciencia de las costumbres de cada pueblo» o, para ARISTÓTELES, «costumbres del ser humano» hasta llegar a identificarse luego con la ciencia dedicada a la «investigación de los fines de la conducta humana», véase SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, pp. 32 y 33. Como expresa el propio epígrafe VI de la presentación del Código de Ética del Poder Judicial mexicano de 2004 "...la ética se traduce en un comportamiento humano que se caracteriza en ser unilateral, inherente a la conciencia del sujeto y sólo imperativo para él". No obstante ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Ética judicial" en *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. 40, 2001, p. 17, caracteriza a la ética de *única* –puesto que los «principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad»– y *última* –dado que «en un razonamiento práctico, no puede haber razones que estén más allá de la ética»–, lo cual reproduce en "Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para los jueces?" en *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. 46, 2003, p. 44.

<sup>3</sup> La propia *voz pueblo*, bajo una óptica jurídico-política, se halla en íntima conexión con el poder al ser el prerrequisito del Estado que tiene, además, su homólogo en el término *nación* y sólo a partir de la Constitución francesa de 1791 surgirán conatos, precisamente por parte de los menos demócratas, para disociar ambos vocablos; mereciendo enfatizarse que actualmente, en el marco de un régimen democrático, mantener la distinción *pueblo* vs. *nación* constituye un despropósito tanto político como científico al significar, entre otras cosas, desacreditar ciertos conceptos (tales como *nación*, *soberanía nacional*, *patria*,...) para que se los adjudiquen los adversarios de la democracia que se suelen presentar como los exclusivos *nacionales* o *patriotas*, véase TORRES DEL MORAL, A. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., "El pueblo y la nación" en *Derecho Político (1)*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1987, pp. 115 a 123.

cer "más funciones que las señaladas... y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho" (núms. 3 y 4 del propio precepto). Por si acaso no fuese diáfana la *voluntas* o *mens legis* de nuestro Texto Fundamental –que cerca está de celebrar su trigésimo aniversario– los dos primeros artículos de la Ley Orgánica 6/1985, de 01/VII, del Poder Judicial (LOPJ en adelante) vienen a reproducir, además casi literalmente,<sup>4</sup> lo dispuesto en la CE a modo de recordatorio,<sup>5</sup> lo cual hay que complementar ineluctablemente con lo establecido en el Cap. II, Tít. II, Lib. IV (que lleva por rúbrica: "De los Jueces y Magistrados") de la LOPJ donde se recogen, entre otros extremos, una serie de incompatibilidades de hasta nueve ordinales (art. 389),<sup>6</sup> prohibiendo expresamente

---

<sup>4</sup> "La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley" (art. 1). "1. El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales. 2. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho" (art. 2).

<sup>5</sup> Toda vez que la CE –nunca se ha de olvidar– constituye "la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (art. 5.1 LOPJ).

<sup>6</sup> Precepto que dispone la incompatibilidad del cargo de juez o magistrado: "1º. Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial. 2º. Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos. 3º. Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos u otras. 4º. Con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional. 5º. Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. 6º. Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría. 7º. Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. 8º. Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro. 9º. Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género".

su art. 395 que jueces y magistrados pertenezcan o tengan empleo en partidos políticos y sindicatos o que dirijan a "poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos",<sup>7</sup> no pudiendo asimismo "concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial...".<sup>8</sup> Pero claro, y a pesar de la dicción literal tanto de la Carta Magna como de la LOPJ, la realidad social española, incluida por supuesto la judicial, se malacostumbra a distanciarse, en más ocasiones de las esperadas, de su texto y asistimos como mero y resignado público a otra clase de –por llamarlos de algún modo– *esparcimientos* de no fácil justificación: algunos juzgadores convertidos en políticos,<sup>9</sup> otros trasmutados en perspicaces asesores en la sombra de concretos despachos de

---

<sup>7</sup> Cosa que en no pocas ocasiones inobserva el propio Tribunal Constitucional (TC) a título de muestra en el 2º voto particular, de 02/III/1998, incluido en STC 41/1998, de 24/IV, Sala 1ª, CRUZ VILLALÓN, resolutoria del recurso de amparo –que desestima– formulado frente a una sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala 2ª, de 1994 condenatoria por un delito de prevaricación, se declara que «cuando la instrucción de un proceso es mala, con infracción de derechos, y el posterior juicio oral o los últimos recursos ante el Tribunal Supremo, si proceden, quedan afectados por el pecado original... Las infracciones y las anomalías son tantas que nos encontramos con una tramitación judicial de características "cuasi demoníacas", en el sentido que el demonio tiene en el pensamiento griego clásico, como violador de las reglas de la razón en nombre de una luz trascendente que es no sólo del orden del conocimiento, sino también del orden del destino»; lo cual no ofrece sino una mera visión de la crispación reinante en España entre el TC y el TS, no resultando ocioso rememorar que se debería predicar con el ejemplo, máxime si se atiende a la dicción del antes reproducido art. 5.1 de la LOPJ –*vid.* nota núm. 5–.

<sup>8</sup> Salvo, en cuanto a éstas "aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial" (art. 395.1º de la LOPJ); existiendo el Reglamento 2/2005, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes –recientemente modificado por Acuerdo, de 19/XII/2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) dado que omitía a los jueces de paz– y cuyo objeto es regular los honores y tratamientos de la autoridades judiciales, el protocolo de los actos judiciales solemnes, los actos de juramento o promesa y toma de posesión y, con carácter general, el uso de la toga e insignias del cargo y de condecoraciones.

<sup>9</sup> Como se ha dicho «política e hipocresía son dos términos sinónimos, salvo excepciones», véase SÁNCHEZ, Gervasio –periodista especializado en conflictos bélicos– en diario *Información* (Alicante), sección "Cultura y Sociedad", de 07/II/2008, p. 59, añadiendo: «Si tengo que elegir, entrevisto antes a una persona corriente que a un mandatario, porque se que este último me va a mentir, así que no me interesa».

abogados, ciertos políticos que se erigen o creen magistrados sin serlo, determinados jueces transformados habitualmente en periodistas o adalides de puntuales causas sociales –publicidad sobre reafirmación de la condición sexual inclusive– para probable regocijo de su vanidad (¡y hasta en comentaristas deportivos! llegando a estampar, sin ningún rubor, su cargo en los heterogéneos artículos de opinión que suscriben),<sup>10</sup> concretos periodistas que a menudo difunden –*in voce* o por escrito– titulares y noticias a modo de *resoluciones* (muchas veces de dudoso fundamento fáctico, menos aún jurídico), etc., y todo esto, se mire como se mire, no lo abarca la importante función que desempeñan y, aunque tal vez podrían hallar algunos de tales comportamientos frágil cobijo o justificación en alguna de las salvedades anteriormente transcritas de la LOPJ, la opinión generalizada es que no resulta ser muy *ético*,<sup>11</sup> al menos, profesional o *judicialmente* hablando. Aún admitiendo que lo judicial precisa relacionarse con la política, igualmente se ha de reconocer que necesita sujetarse y depender de la moral para ser interpretado y justificado.<sup>12</sup> Ahon-

<sup>10</sup> Al respecto, p. ej., el Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes (Argentina) de 1998 cuyo art. 5, c) –inserto en su Cap. III que versa sobre "Deberes y pautas de comportamiento ético"– señala que "Sólo podrá hacerse referencia al cargo o función en los casos de las actividades propias del servicio de justicia".

<sup>11</sup> En su significación hegeliana entendida como liberación humana de la «enajenación del deber, que siempre le hace querer ser lo que no puede ser» resuelta en el espíritu objetivo, es decir, «la objetivación de la idea del deber, en las instituciones: el derecho y el estado. La verdad total de esta liberación institucional, se denomina Ética. Un comportamiento ético, mira, pues, preferentemente al ámbito de lo público», planteamiento vigente en la actual mentalidad jurídico-política *continental*, SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, p. 37. Destaca Perfecto Andrés IBÁÑEZ, al ser entrevistado en <http://eticajudicialpy-noticias.blogspot.com> de 11/IX/2007, que «Haga lo que haga, el juez es un sujeto incómodo. Desde la política, es habitual que se intente controlarlo, limitar su actuación o condicionarla de alguna forma. Entonces, aunque hay un discurso oficial que alaba la independencia como algo definitivamente consolidado en las democracias, la verdad es que es un serio problema. Pero no sólo por agresiones externas, sino incluso por la actitud de los propios jueces. Porque hay jueces que aceptan no ser independientes y tratan de ser gratos a una opción política o a un determinado gobierno».

<sup>12</sup> Pese a que algunos, como el novelista Antonio GÓMEZ RUFO, opinen que «el mundo avanza más cuando la moral se va de vacaciones... Los principios éticos son inmutables; la moral es coyuntural, depende del momento en que se vive... La moral no

dando un poco más se observa que, lamentablemente, ello sólo constituye la punta del iceberg, apenas nimiedades en el ámbito que nos ocupa, coexistiendo con otras frivolidades y torpezas mas graves –perpetración de hechos delictivos incluidos—<sup>13</sup> que no conocen de fronteras. Por suerte en España tampoco es sostenible que constituyan mayoría quienes actúan en alguna de las referidas direcciones ni que, mucho menos, caractericen o definan en modo alguno la loable función judicial, por ruido que hagan, más hacen flaco favor a uno de los tres poderes en que, desde Harrington y sobre todo con Montesquieu, se dividen –o se debieran separar– las funciones estatales que identifican y definen al constitucionalismo contemporáneo y, al menos teóricamente también, al Estado de derecho y, desde luego, a la democracia misma. Puestos a verificar concretos reproches institucionales ¿qué cabría decir del Poder Legislativo? Pues otro tanto de lo mismo porque con relativa frecuencia son dictados y se mandan observar cuerpos normativos poco analizados y mal elaborados, a veces

---

nos deja avanzar científicamente y termina llevando a situaciones ilegales cuyo precio, altísimo, es una indignidad tremenda» con motivo de la entrevista aparecida en el diario *La Verdad* (Alicante), sección "Vivir", de 28/II/2008, p. 44.

<sup>13</sup> A título de ejemplo valga reproducir parte de algunas de las numerosas noticias aparecidas en prensa: en España ha sido suspendido un juez de vigilancia penitenciaria por retrasar permisos navideños a reclusos, en [www.elpais.es](http://www.elpais.es) de 24/III/1999; un juez acusa a otro de presunto plagio por no incluir su nombre y el de otros colegas en una obra colectiva, en [www.diarioinformacion.com](http://www.diarioinformacion.com) de 07/XII/2002; se confirma la condena de prisión a un ex juez por extorsionar a banqueros y empresarios, en [www.libertaddigital.com](http://www.libertaddigital.com) de 22/IX/2006; en Oklahoma (Norteamérica) se ha condenado a un ex juez por exhibicionismo al masturbarse mientras presidía juicios de jurado, en <http://mqh.blogia.com> de 18/VIII/2006; un juez ha sido condenado en Puerto Plata (República Dominicana) a reclusión y degradación civil por la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia al ser declarado culpable de soborno y cohecho, en <http://ppenlinea.blogspot.com> de 19/IX/2007; una juez paraguaya presunta autora de un libro titulado *Ética judicial* resulta acusada de plagio, en [www.absurddiari.com](http://www.absurddiari.com) de 27/XII/2007 o, por último, se niega a declarar un ex juez de Tabasco (México) acusado de presunto cohecho, en <http://www.milenio.com> de 03/III/2008. Al margen de otras muestras, y lejos de querer ser efectista, como subraya BERTONI, Eduardo, "¿Quién controla a los jueces?" en *Boletín Aportes DPLF. Due Process of Law Foundation*, n. 2, Washington, junio 2007, p. 1, la labor sería y responsable de la prensa opera indudablemente «como un disuasivo de conductas corruptas por parte de cualquiera de los órganos del Estado, incluido el poder judicial».

casi irrealizables<sup>14</sup> o en clara y temeraria contradicción con otros todavía vigentes al ser confeccionados y aprobados de manera apresurada, enseguida reformados por otras leyes que, a su vez, son modificadas por otras tantas que al poco también varían<sup>15</sup> atendiendo, casi únicamente, a la determinada ideología político-partidista que legítimamente va rotando y envolviendo en cada momento al Ejecutivo, con los obligados, interesados y pasajeros apoyos de diversos sectores minoritarios a cambio de concretas concesiones encubiertas o transferencias simuladas que revelan en su esencia un fuerte trasfondo económico bajo la excusa de la descentralización. Se podría concluir que hoy la tradicional y triple separación de poderes en España es más aparente que real, una *factio* formal que *conviene* mantener de cara a la ciudadanía pero donde prima casi siempre el Ejecutivo, del que depende el Legislativo, dejando irremediadamente su impronta en el Judicial,<sup>16</sup> quedando este último condenado a subsistir

---

<sup>14</sup> Coincidiéndose unánimemente en que obedece a la infradotación de recursos tanto materiales como humanos, entre otras, Ley Orgánica 5/2000, de 12/I, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –muy reprochada en su día por no existir apenas centros y personal adecuados para sus potenciales destinatarios– o Ley Orgánica 1/2004, de 28/XII, de medidas de protección integral contra la violencia de género subrayándose, p. ej., sobre esta última norma que la provincia de Alicante cuenta sólo con 27 agentes para proteger a 2.986 mujeres maltratadas y, en España, «el promedio de la relación número de policías-mujeres protegidas es de un agente por cada 150 maltratadas», denunciando la Confederación Española de Policía que la escasez de «efectivos y las trabas burocráticas apenas dejan tiempo para practicar las auténticas labores de vigilancia», en [www.diarioinformacion.com](http://www.diarioinformacion.com) > Alicante de 16/III/2008.

<sup>15</sup> Señala DE URBANO CASTRILLO, E., "Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época" en *Ética del juez y garantías procesales. Manuales de formación continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 397, que es indiscutible que «vivimos una época de "legislación salvaje", una especie de peligroso "penelopismo jurídico" de reforma sobre reforma, a lo que se unen las continuas novedades que aporta el Derecho comparado o la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales». Para GROSSI, P., "El Derecho entre norma y aplicación. El papel del jurista en la sociedad actual" en *Criterio y Conducta*, n. 2, SCJN, México, julio-diciembre de 2007, p. 18, si no se halla en crisis el derecho –dimensión óptica de la sociedad– «ciertamente está en crisis el jurista actual, debido al cambio rapidísimo al cual es sometido el actual ideario jurídico».

<sup>16</sup> Sin ir más lejos el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), órgano de gobierno del mismo, constituye un órgano constitucional «con marcada significación política, por más que deba huir, en lo posible, de su politización por influencia de los partidos políticos que, en este momento, con preponderante participación, contribuyen a su configuración

a la defensiva, resignado a escudarse continuamente frente a las graduales intrusiones gubernamentales.<sup>17</sup> Como apuntara Bernard la revolución científica del pasado siglo XX y la barbarie nazi han sido decisivas en la transformación moral experimentada en el ámbito mundial:

Ahora los magistrados y los políticos dudan; también los médicos y los biólogos... De unos veinte o treinta años a esta parte, la palabra moral parece desusada, caduca, polvorienta. Mientras dormita la moral nace, o más bien renace, la ética. Nos llega del griego dando un rodeo norteamericano<sup>18</sup>

---

cada cinco años o cuando a los mismos interesa», VALERA AUTRÁN, B., "El Consejo General del Poder Judicial y su composición" en *El Mundo*, 7 de abril de 2008, p. 1, reprochando que aquél no incluya a ningún miembro de la Carrera Judicial con categoría de juez entre sus integrantes con infracción de la legalidad vigente (art. 122.3 de la CE o art. 112 de la LOPJ).

<sup>17</sup> De facto históricamente la libertad política y división de poderes propugnadas por el magistrado Charles-Louis DE SECONDANT, barón de MONTESQUIEU, se efectuaron con el propósito de «resguardar a su clase de las injerencias de la monarquía», CIURO CALDANI, M. A., *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Argentina, 2003, p. 53. Al respecto el reciente Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial de 2006 advierte en su exposición de motivos: "...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..." (epígrafe III); destacando TOHARIA, J. J., "¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?" en *Ética del juez y garantías procesales. Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 103, que, de cada dos españoles, uno valora negativamente la justicia española (47% en 2003), siendo la única institución estatal que experimenta «permanentes descensos en su puntuación media a lo largo de los últimos dos decenios, es la institución peor valorada en todas las Comunidades Autónomas».

<sup>18</sup> BERNARD, Jean, *La bioéthique*, traducción de Baena, C., Debate, Madrid, 1994, p. 8. Para VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 14, desde Nuremberg progresivamente se ha incorporado al Derecho una innegable impronta ética o moral mediante la «constitucionalización del ordenamiento jurídico, la invocación a valores o principios jurídicos fuertes, la presencia operativa de los derechos humanos o fundamentales y otras muchas manifestaciones...», de manera que bajo la óptica del juzgador y la evidente judicialización social que padecemos no cabe sostener «en la realidad tribunalicia que el juez es aquel ser inanimado y mera boca de la palabra de la ley que enarbó Montesquieu e impulsó la Revolución francesa y el proceso codificador».

implicando, en último término, una «reflexión crítica sobre los comportamientos»<sup>19</sup> que es, precisamente y con peor o mejor fortuna, lo que se ha procurado trasladar en este modesto introito.

## **2. Breve reseña histórica sobre el *juzgador injusto*, su posible responsabilidad, cambio en el pensamiento ético-jurídico y ciertos inconvenientes de la administración de justicia española**

Hace más de medio siglo escribía Manresa y Navarro que, después de que el Tribunal Supremo<sup>20</sup> pronunciase su última palabra, eran escasos los litigantes vencidos que quedaban persuadidos de que la justicia estuviera de su lado de manera que, empecinados por la pasión o el interés, inculpaban de su fracaso no a la ausencia de razón con la cual litigaron, sino a la parcialidad del Tribunal o, al menos, a su ignorancia al llegar al convencimiento de que este último no había comprendido la cuestión ni aplicado rectamente la ley. En dicho supuesto, si tal litigante persistía en sus propósitos y hallaba un letrado con el que defender sus pretensiones, al no poder pleitear con el litigante contrario, podía plantearse la interposición del recurso de responsabilidad frente al Tribunal sentenciador, emprendiendo irreflexivamente esta nueva vía sin percatarse de las dificultades que entrañaba, puesto que la ley no lo permitía sino en casos tasados o *numerus clausus*

...ni podía dejarlo al capricho de los litigantes ofendidos; y sin tener en cuenta sus fatales consecuencias para el mismo litigante, por los gastos y disgustos que ocasiona; para los magistrados acusados, porque les rebaja acaso injustamente ante la opinión pública, y para la sociedad

<sup>19</sup> BERNARD, J., *op. cit.*, nota 18, p. 8.

<sup>20</sup> El cual constituye "... el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (art. 123.1 de la CE).



en general, por los males consiguientes al desprestigio de la administración de justicia.<sup>21</sup>

Al hilo de estas palabras no resulta inoportuno verificar una apretada sinopsis histórica sobre la figura del juzgador *injusto*.

Por lo que se refiere al Derecho hebreo, tanto en la *Biblia* como en el *Talmud* se recogen considerables reglas y pautas dirigidas a una recta administración de justicia que, de modo singular, van dirigidas a los juzgadores ensalzando su condición y los postulados que habrían de guiar su actividad, pudiéndose mantener que en la civilización hebrea el juez era realmente un sacerdote, procurándose prevenir su eventual corrupción o perversidad en determinados preceptos del *Éxodo*. El pueblo persa se preocupó asimismo de que la justicia fuese impartida correctamente contemplando durísimas y crueles sanciones –pena capital incluida– para el juzgador inicuo,<sup>22</sup> pudiéndose recordar también que, con posterioridad, los romanos tomarían en gran parte sus leyes de los griegos, y estos últimos antes habrían verificado lo propio de las naciones orientales y del pueblo hebreo.<sup>23</sup> En las XII Tablas (*Lex Duodecim Tabularum*) el juez

<sup>21</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, T. II, 7ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pp. 324 y 325.

<sup>22</sup> Respecto del pueblo hebreo Moisés dispuso que en las capitales de cada una de las tribus se eligiesen jueces y escribas –o intérpretes de la ley–, los cuales se debían sentar a las puertas de las ciudades para administrar justicia. Además de tales justicias locales se establecieron las apelaciones que se encomendaron a un tribunal superior integrado por un juez, delegado de Dios, y por los sacerdotes de la tribu de *Leví*, clase privilegiada de la época. En cuanto a los persas Diodoro relata el caso de un juez corrupto condenado a la pena de muerte, llegándose a forrar con su misma piel la silla en que su sucesor debía dictar sentencias, por lo que al ser el cargo de juez, en ocasiones, hereditario se podía dar el caso que el juzgador que se sentara sobre su piel podía ser incluso el propio hijo del prevaricador, véase FERRER BARQUERO, R., *El castigo del juez injusto: Un estudio de Derecho comparado*, Colección monografías n. 8, Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de la Florida, 2003, pp. 13 y 14.

<sup>23</sup> ESCRICHE, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, (nueva edición reformada y aumentada por Vicente y Caravantes, J., y Galindo y de Vera, L.), imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, p. 505.

corrupto era castigado también con la pena de muerte (asimilándose entonces a un *crimina* o ilícito lesivo de la comunidad romana), previsión trasladada igualmente a la *Lex Cornelia de Sicariis* y a constituciones de Caracalla y Constantino –sin olvidar la acción de *perduelio* establecida frente a violaciones del deber de magistrado– recogiendo, más tarde, el denominado *iudex qui litem suam fecit* como uno de los cuatro *quasi delicta* tipificados (actos ilícitos no contemplados propiamente como *delicta* –delitos privados distintos de los *crimina*– por el *ius civile*) tanto en el Lib. III del *Libri aureorum*, atribuido a Gayo (Digesto 44, 7, 5, 4-6), como en las Instituciones de Justiniano (4, 5) que, en la práctica, equivalía a que el juez, sin incurrir propiamente en el delito de corrupción, juzgaba de manera incorrecta por dolo o imprudencia cometiendo un grave error y ocasionando un perjuicio a la otra parte, de modo que el pretor concedía al lesionado una *actio in factum* contra el juez *qui litem suam facit* a fin de que se le abonase una suma pecuniaria fijada en atención al efectivo perjuicio padecido por motivo de una sentencia injusta.<sup>24</sup> Más adelante el Fuero Juzgo –aún confundiendo el tipo penal de prevaricación con el de cohecho– comprendía numerosas disposiciones sobre desviaciones de los magistrados, mientras que en *Las Partidas* igualmente se contenían diversas normas respecto del juez ignominioso, a quien se le dedica luego singular atención en la codificación penal, distinguiéndose

---

<sup>24</sup> Véase FERRER BARQUERO, *op. cit.*, nota 22, pp. 13 y 14., y VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas de Daza Martínez, J., Civitas, Madrid, 1986, pp. 549, 550 y 563 a 565. Como recoge el primero, p. 16, en el *Digesto* (Lib. XLVII, Tít.15:8) se dispone: «*Ley 1*: Prevaricador es como si se dijera que "varica"(es decir que anda con las piernas separadas) y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía; Labeón dice que este término se deriva del hecho de "varicar" en la contienda, pues el que prevarica está en un lado y otro, incluso más del otro. Propiamente, se llama prevaricador al acusador en un juicio público, pues de un abogado no se dice con propiedad que es prevaricador. Entonces, ¿qué hacer con un abogado así?. Si ha prevaricado, es decir si ha traicionado a su cliente en un juicio tanto privado como público, el tal suele ser castigado en juicio extraordinario». Indudables vestigios del *iudex qui litem suam fecit* se observan, p. ej., en los arts. 260 y ss. de la LOPJ de 1870 y arts. 903 y ss. de la LEC de 1881, véase MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, nota 21, T. IV, 1955, pp. 434 y ss.

ya la prevaricación del cohecho.<sup>25</sup> Como indica el propio Manresa el principio de responsabilidad personal del juez por comisión de una infracción legal se establecía ya en el art. 81 de la CE de 1876, al igual que se hizo con las mismas palabras en las precedentes, sirviendo de base a diversas disposiciones de nuestros antiguos códigos «relativas a la responsabilidad civil y penal de los jueces prevaricadores, y aun también de los ignorantes y negligentes».<sup>26</sup> Hoy en España el marco de la responsabilidad civil de jueces y magistrados (sin perjuicio del Cap. I, Tit. XX: "Delitos contra la Administración de Justicia", Lib. II del Código Penal de 1995) ha experimentado un giro radical, viéndose desplazada la anterior responsabilidad personal del juzgador a la actual responsabilidad del Estado-juez en el sentido de que a éste se le imputan ahora las responsabilidades civiles derivadas tanto por errores judiciales como por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (aunque también se pueda instar acumuladamente la posible responsabilidad personal, ya civil, ya penal o disciplinaria de aquél), lo cual encuentra apoyo tanto constitucional (art. 9.3 que garantiza la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desde luego poder judicial incluido, art. 117 cuando se refiere a la cualidad de *responsables* de los juzgadores o art. 121)<sup>27</sup> como legal (así Tít. V, rubricado: "De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia",<sup>28</sup> del Lib.

<sup>25</sup> Otra vez FERRER, *op. cit.*, nota 22, pp. 17 a 21.

<sup>26</sup> MANRESA Y NAVARRO, J., *op. cit.*, nota 21, pp. 325 y 326, agregando: «véanse, si no, las leyes 19 y otras del tít. 1º, lib. 2º del Fuero Juzgo; 24 y siguientes del tít. 22, Partida 3ª; 11, tít. 1º, Partida 7ª, y 2º, tít. 2º, lib. 2º del Fuero Real. Y hasta se les apercibe con esa responsabilidad en el acto de tomar posesión de su cargo, para el caso de que falten al juramento que prestan de administrar recta, cumplida e imparcial justicia». Sobre la evolución de la figura del juez resulta interesante el referido estudio de DE URBANO CASTRILLO, *op. cit.*, nota 15, pp. 400 a 418.

<sup>27</sup> Conforme al cual "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley", precepto desarrollado por el art. 292 de la LOPJ.

<sup>28</sup> La expresión *responsabilidad patrimonial* constituye una invención legal desacertada, tanto en su génesis, en su *nomen* como en su régimen, tratándose, en realidad, de una responsabilidad *civil extracontractual* de la Administración, al respecto DE LAS

III de la LOPJ, comprensivo de los arts. 292 a 297),<sup>29</sup> teniendo declarado el epígrafe IX –y penúltimo– del preámbulo de la misma LOPJ que

El ciudadano es el destinatario de la Administración de Justicia. La Constitución exige y esta Ley Orgánica consagra los principios de oralidad y publicidad, para lo que se acentúa la necesaria intermediación que ha de desarrollarse en las leyes procesales<sup>30</sup> y, junto a ello, se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable.

¿Y qué ha sucedido para arribar a este enorme cambio en la depuración de una hipotética responsabilidad judicial en España? Pues que, paralelamente, los integrantes del Poder Judicial también se han contagiado de la mudanza ética actual percibida en la inmensa mayoría de sectores profesionales (arquitectos, médicos, abogados, etc.)<sup>31</sup> lo que ha obedecido

---

HERAS GARCÍA, "Procedimiento en reclamación por responsabilidad médica contra hospitales públicos (I), (II) y (III)" en *Revista electrónica www.njbosch.com, pássim*, con cita, entre otros muchos, de PANTALEÓN PRIETO, ROCA GUILLAMÓN, LUNA MALDONADO, MORENO MARTÍNEZ, etc.

<sup>29</sup> ALMAGRO NOSETE, J., "La responsabilidad judicial civil (España)" en MORENO MARTÍNEZ, J. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 16 a 18. A la regulación de la LOPJ reenvía expresamente el art. 139.4 de la Ley 30/1992, de 26/XI, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone: "La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial".

<sup>30</sup> Sobre tales aspectos DE LAS HERAS GARCÍA, "Consideraciones relativas al principio de intermediación en la LEC/2000" en *Revista del Poder Judicial*, n. 65, Madrid, primer trimestre de 2002, *pássim*, con alusión a sus posibles salvedades, pp. 189 a 196, y a la eventual responsabilidad, civil y disciplinaria, del juzgador por inobservancia de la intermediación conforme con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la LOPJ, pp. 197 a 201.

<sup>31</sup> A lo que, aún indirectamente, se refiere la propia LOPJ al señalar que el cumplimiento de los fines constitucionales necesita "un Poder Judicial adaptado a una sociedad predominantemente industrial y urbana y diseñado en atención a los cambios producidos en la distribución territorial de su población, en la división social del trabajo y en las concepciones éticas de los ciudadanos" (párr. 2º, *in fine*, epígrafe II de su Exposición de Motivos).

a diversos factores algunos de ellos constituidos, en gran medida, por el pluralismo, la diversidad y el materialismo experimentados. Me explico, por un lado, asistimos hoy al creciente desarrollo de un pluralismo, tanto moral como ideológico, que provoca una progresiva diversificación o fragmentación ético-social derivada del florecimiento de ciertas creencias o convicciones traducidas en la revelación de distintos modos de vida conforme a los cuales comportarse<sup>32</sup> –algo que habría sido prohibido en España con el anterior régimen de la dictadura franquista–. De *facto* la CE acoge el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), el cual se va a exteriorizar en numerosos aspectos que influyen en la ciencia jurídica,<sup>33</sup> por cuanto todo –o casi todo– es susceptible de cuestionarse y se puede llegar a poner en tela de juicio con invocación de las libertades y derechos individuales traduciendo en un ensalzamiento, a veces desproporcionado, de la autonomía personal. En opinión de algunos el problema estriba en descubrir unos postulados éticos que puedan ser cumplidos por todos<sup>34</sup> o, al menos, la mayoría de los integrantes del Poder Judicial sin necesidad de atender a las creencias ideológicas, laicas o religiosas, que van tomando cuerpo en

---

<sup>32</sup> Así la 1ª conclusión general obtenida en la obra colectiva *Ética del juez y garantías procesales*, p. 602, refiere que «en materia de moralidad deontológica, la pluralidad equivale a la disolución de la profesión de que se trate».

<sup>33</sup> Para ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Ética judicial", *op. cit.*, nota 2, p. 17, se trataría de un factor subjetivo puesto que el sistema judicial, especialmente el español, ha perdido últimamente la «homogeneidad (en cuanto a origen social, ideología, etc.) que le caracterizaba; ello hace que los conflictos (también los de tipo ético) que tiene que encarar la profesión ocupen un papel más destacado, más visible, simplemente porque no hay acuerdo en cuanto a cómo resolverlos»; el propio autor en "Ética judicial: ¿Por qué no...", *op. cit.*, nota 2, pp. 43 y 44. Según GROSSI, *op. cit.*, nota 15, p. 33, hoy estamos inmersos en una crisis de «las otrora consolidadas certezas, momento de transición y por tanto de confusión y descorazonamiento».

<sup>34</sup> Como subraya SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, pp. 70 y 71, «la Judicatura en todos los países de nuestro área, es un auténtico laberinto. La patología de la situación, es la inexistencia de una moral común, de una concepción ideológica común, de una idea del Derecho común. Eso hace posible que, lo que para unos es mal menor, para otros es corrupción... El principal problema, está en que los componentes de esta sociedad democrática, entienden por moralidad cosas muy distintas».

ciertos entes asociativos judiciales<sup>35</sup> (llegándose a proponer la instauración de una ética principialista, *ad exemplum*, los postulados de Bangalore de 2002); mientras que otros sectores apuntan a dicho pluralismo, junto con otras variaciones sociológicas padecidas, como factores que influyen en los propios jueces deviniendo entonces imposible sostener un modelo coincidente de valores a los que atender y conforme a los cuales desempeñar la relevante función que tienen reservada, la cual se va alejando de una armonía o unicidad ética. La concepción abstracta y general del mundo y de la propia persona se suplen hoy por un pluralismo ideológico, es la ausencia de unos parámetros éticos comunes que sean asumidos por la mayoría lo que provoca el choque o enfrentamiento entre ética y ciencia<sup>36</sup> provocando determinadas vacilaciones prácticas, a lo que se debe agregar la codicia o el ansia existentes por el dinero y el correlativo consumismo que nos caracteriza como sociedad, factores que transitan presididos por exigencias de eficacia y celeridad en la resolución de los problemas y conflictos intersubjetivos que se someten al conocimiento y decisión de los juzgadores (como incentivos económicos, enmascarados como complementos de productividad, provenientes de la propia Administración de Justicia para que los jueces resuelvan, como mínimo, un determinado número de asuntos dado el gran colapso que se sufre en ciertas

---

<sup>35</sup> No constituyendo ningún secreto que de las cinco asociaciones profesionales de la Carrera Judicial existentes en España a virtud del art. 127.1 de la CE –Asociación Profesional de la Magistratura (APM), Jueces para la Democracia (JpD), Asociación Francisco de Vitoria (AJFV), Asociación Nacional de Jueces (ANJ) y Foro Judicial Independiente (FJI)–, las dos primeras son las más numerosas y representativas de los dos principales partidos políticos españoles, el conservador y el progresista respectivamente, *vid.* [www.forojudicial.com](http://www.forojudicial.com)>Inicio>Acerca de nosotros, consultado el pasado 14/III/2008, y sobre las asociaciones profesionales judiciales españolas véase [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)>Inicio>Organización Judicial>Asociaciones profesionales, visualizado en igual fecha; una muestra más de la politización asociativa de la justicia española.

<sup>36</sup> Disponiendo certeramente la Ley VIII, Tít. XXXI, Partida II que "La ciencia de las leyes es como fuente de justicia, y aprovéchase de ella el mundo más que de las otras ciencias", véase DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, nota 1, p. 19.

sedes judiciales, por lo general las más longevas).<sup>37</sup> En tal sentido cabe mantener que, en cuanto a la vocación y sacrificio conciernen, se contempla a muchos opositores a la carrera judicial más entusiasmados por las expectativas económicas y el logro de un próspero estatus social que por la auténtica inclinación de prestar un servicio de calidad al ciudadano que la propia función judicial presupone y demanda. En la praxis, al igual que en otras profesiones, sucede que el ejercicio de una función tan próxima al sacerdocio –y recordemos que originariamente el juzgador constituía una figura muy cercana al sacerdote– requiere condiciones extraordinarias de humanidad, sacrificio, discreción, dedicación y, en particular, deseo de servir al ciudadano y resolver pronta y justamente sus conflictos no siendo racionalmente esperable que la totalidad del colectivo judicial –al igual que otros muchos, docentes incluidos desde luego– se halle compuesto por personas idénticas en vocación y dignidad<sup>38</sup> debiéndose recalcar el incisivo protagonismo que la «praxis tiene sobre el devenir de la ciencia

---

<sup>37</sup> Sin ir muy lejos los pronunciamientos segundo a cuarto de la citada asociación FJI indican "...2. Se rechaza la concepción productivista de la Justicia que inspira la vinculación del sueldo con el número de resoluciones dictadas. 3. Se rechaza la intención de solucionar el atraso en la tramitación de asuntos a través de incentivos económicos a quien más resoluciones dicte, rehuyendo la única solución eficaz y acorde con el derecho de tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 de la Constitución Española, como es el aumento del número de órganos judiciales. 4. Se rechaza el incremento insuficiente del sueldo que alcanza a recuperar, apenas, la mitad del poder adquisitivo perdido, fomenta el indeseable mercantilismo-productivista ya indicado y ni inspira ni pretende ser el inicio de la equiparación del sueldo de los jueces españoles con el nivel medio europeo", en [www.forojudicial.com](http://www.forojudicial.com)>Inicio>Pronunciamientos.

<sup>38</sup> Véase DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, nota 1, T. II, pp. 397 a 400; también SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, pp. 50 y 51, apunta que la escisión *ciencia/moral* es la causa de la *enfermedad* profesional cuyo resultado es la «tendencia progresiva a considerar la profesión, como un "cumplimiento", un "penoso trabajo" y la jubilación, como una gran liberación. Es difícil encontrar personas con vocación profesional a no ser subordinada a las ventajas económicas o sociales que reporta», destacando igualmente la relevancia de la deontología profesional, de sus bases éticas, en especial, de su aprendizaje práctico-social. Según VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 13, resulta obvio que la ética que se asuma es totalmente decisiva «respecto a la ética profesional que coherentemente podemos adoptar. Incluso alguna respuesta ética en general torna inviable a cualquier propuesta ética profesional, como también el método de conocimiento o elaboración de ésta última estará absolutamente derivado de la teoría ética que nos inspire».

jurídica».<sup>39</sup> Atinadamente, en general y arrancando del dato relativo a que hoy casi todo el mundo estudia se ha procurado disculpar o justificar el moderno desapego vocacional con el empeño personal de colmar las expectativas económicas dentro de la competitiva sociedad en que vivimos, argumentándose que «no es que seamos más listos que antes; es solo y por desgracia que no hay trabajo... El estudio ya no es sólo un camino de acceso al trabajo sino el antídoto de la holganza. Hay que estudiar para no estar sin hacer nada», resultando entonces que todo lo que debería estar conectado con la vocación, el proyecto o inclinación personal y profesional de cada cual, aquello que queremos ser y aspiremos a obtener o dedicarnos después de estudiar se ha transformado en un recurso, en una barrera o «refugio a la frustración».<sup>40</sup> Pero estos factores o circunstancias distan de ser exclusivas, pudiéndose agregar otras como la sobrevaloración de los derechos del ciudadano en cuanto a usuario del sistema judicial –que *per se* no debería ser perjudicial– propiciando una desmesurada judicialización de la sociedad en todas sus esferas derivada de las transformaciones políticas padecidas y por el uso –y, a veces, abuso– de la formulación de reclamaciones, judiciales o no, de toda índole. Si hasta hace relativamente poco (¿apenas medio siglo?) el español medio recelaba acudir a la vía judicial hoy eso ha cambiado radicalmente y ahora tiene *in mente* que es titular de derechos subjetivos pareciendo repetirse continuamente a sí mismo *tengo derecho a todo*, respaldado en parte por el dictado de numerosas resoluciones indemnizatorias desfavorables o contrarias a los propios juzgadores que fallaron contra él e, igualmente, por la hiperinflación legislativa que caracteriza el momento actual, dando la impresión que se aspira a regular prácticamente todos los aspectos de la convivencia nacional. En la actualidad asistimos a un estadio en el que la persona ostenta una marcada tendencia a reputar que siempre ha

---

<sup>39</sup> GROSSI, *op. cit.*, nota 15, p. 16, aludiendo, *in fine*, a la *vis* «creativa de la praxis».

<sup>40</sup> BOLINCHES, A., *El cambio psicológico*, 3ª ed., Kairós, Barcelona, 1995, p. 82.



de existir otro –alguien, no importando *prima facie* quién– causante o responsable de sus males, disparándose con ello el incremento de demandas y de toda clase de denuncias y quejas.<sup>41</sup> El extravío de valores éticos en la sociedad consumista contemporánea subyugada por el peculio, el placer y la extremada horizontalidad en las relaciones interindividuales han convertido, en ciertos casos, el binomio ciudadano-justicia en irreverente e, incluso, hostil. A ello no ayuda, precisamente, el corporativismo latente y caracterizador de la Judicatura que, en más ocasiones de las deseables, se percibe como una inclinación abusiva a la solidaridad interna, a una defensa del cuerpo al que se pertenece por parte de los juzgadores<sup>42</sup> y que pocas veces se admite<sup>43</sup> lo cual dificulta que los ciudadanos

---

<sup>41</sup> Valga subrayar el Reglamento 1/1998, de 02/XII, de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de Juzgados y Tribunales, donde se reconoce la "...necesidad de establecer servicios de atención al ciudadano y cauces mediante los cuales pueda éste formular de manera eficaz las quejas y reclamaciones que estimen convenientes, así como colaborar con la mejor prestación del servicio mediante iniciativas y sugerencias, respondiendo así a la creciente preocupación que en esta materia se aprecia en el conjunto de los poderes y administraciones públicas" (epígrafe I de su preámbulo); debiéndose atender a que el art. 423.2 de la LOPJ dispone que cualquier denuncia "...sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de los jueces y magistrados en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, en el que se podrá proponer el archivo de plano, la apertura de diligencias informativas o la incoación directa de expediente disciplinario", de manera que siendo el CGPJ, nada más y nada menos, que el órgano de gobierno de los jueces y magistrados españoles (art. 122.2 y .3 de la CE) irremediablemente cabe preguntarse: *Quid custodit custodes?*

<sup>42</sup> Corporativismo incluso que se aprecia tímidamente positivizado en ciertos cuerpos éticos, como sucede en el Código mexicano de 2004 cuando establece su Capítulo 4: "Por tanto, el juzgador: ... Se abstiene de emitir opiniones sobre la conducta de sus pares" (4.17).

<sup>43</sup> Una notable excepción la constituye GULLÓN BALLESTEROS al destacar el «problema básico del corporativismo a la hora de las pruebas» por parte de los peritos en materia de responsabilidad médica, agregando que ello constituye «un defecto común no solamente a la profesión médica, sino a otras, incluida la magistratura, por supuesto: Pero hoy se trata de ustedes, mañana se tratará de nosotros, con toda seguridad», véase DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, nota 38, p. 412; en esta línea cabe incluir también a Perfecto Andrés IBÁÑEZ con motivo de la entrevista ya referida –véase nota 11– sosteniendo: «Hay jueces a los que les encantan el oropel, las togas y las medallas. Ese tipo de jueces aspiran a posiciones de poder. Lo importante es que no haya posiciones de poder en la carrera. La cultura de los jueces debe ser una cultura de la discreción. En nuestra profesión sobran liturgias y pantallas que nos separan de la gente, ocultan lo que hacemos y favorecen muchas veces malas actuaciones judiciales, porque todo lo que no es transparencia va en contra de la justicia bien entendida».

puedan configurarse, entre otros aspectos, una imagen clara del sistema judicial español.<sup>44</sup> Así, y por parte de la población usuaria de la Administración de Justicia, los mayores inconvenientes advertidos respecto del funcionamiento judicial han sido<sup>45</sup> la desmedida duración temporal en la sustanciación y resolución de los procedimientos –seis de cada diez usuarios la valoran excesiva y, ya se sabe, una justicia lenta no es verdadera justicia–,<sup>46</sup> la impuntualidad en ser atendidos (56%) y la sensación de que los casos enjuiciados no han sido analizados en profundidad (42%), concluyéndose que la «opacidad, falta de transparencia, el distanciamiento y la incapacidad comunicacional son las principales deficiencias de nuestro sistema de Justicia»,<sup>47</sup> lo cual motiva que se encuentre lejos de «*ratios* exigibles de eficiencia y, sobre todo, tan ayuno de credibilidad y respetabilidad» al precisar una honda reforma que suprima

el tecnicismo semántico en el que se refugia la altanería jurisdiccional;  
reescriba el guión social de jueces y magistrados; reduzca el frondoso

---

<sup>44</sup> Sobre la opacidad del sistema judicial TOHARIA, *op. cit.*, nota 17, pp. 107 a 115, llegándose a preguntar que, ante los «terribles poderes» que posee la Justicia (potestad de encarcelar, incapacitar, conceder o no la custodia de los hijos, multar,...): «¿Cómo no ha de resultar desazonante un órgano misterioso y arcano y capaz de adoptar tamañas decisiones?».

<sup>45</sup> Otra vez *Ibidem*, pp. 124 a 126, con cita de GARCÍA DE LA CRUZ, pero sumando los porcentajes que muestran descontento en aras a evitar aquí subdivisiones.

<sup>46</sup> Véase DE LAS HERAS GARCÍA, "Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv" en *Revista TSJ y AP*, n. 10, Aranzadi, Navarra, octubre 2001, pp. 14 a 19, a semejanza de lo que acontece en otras esferas como, p. ej., en la sanidad donde la 3ª de las conclusiones recogidas en el informe titulado *Confianza en el Sistema Nacional de Salud –Resultados del estudio español–* publicado en [www.diariomedico.com](http://www.diariomedico.com) >"Política sanitaria", de 20/IV/2006, y llevado a cabo por los equipos de investigación del Programa de Opinión Pública y Sistemas Sanitarios de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard (Boston) y de la Fundación Biblioteca Josep Laporte de Barcelona establece, p. 3, que «la espera constituye el principal problema detectado por los ciudadanos españoles, siendo la contratación de más médicos la medida gubernamental más demandada».

<sup>47</sup> Nuevamente TOHARIA, *op. cit.*, nota 17, p. 132, añadiendo que se trata de defectos secundarios porque no se cuestiona la «credibilidad o competencia de los jueces, o su honestidad o imparcialidad, o su independencia o pluralismo interno. La legitimidad social del sistema de Justicia es pues elevada. Pero éste sigue apareciendo como distante, hosco y escasamente acogedor»; sugiriendo al colectivo judicial –con motivo de la entrevista contenida en *La imagen de la Justicia*, p. 4–, un esfuerzo en transmitir a los ciudadanos que éstos «son la razón última de su labor, que su labor es protegerles y que están a su servicio».

árbol competencial, introduzca competitividad en el funcionariado, y asuma que la opinión pública debe percibir que, además de la Justicia formal, los tribunales consiguen también la material.<sup>48</sup>

A tales inconvenientes cabría añadir algunos otros de orden interno entre los que se cuentan, por un lado, el inadecuado trato dispensado en ocasiones a los magistrados suplentes y jueces sustitutos que también ejercen la función jurisdiccional en España " ...sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal" (art. 298.2 de la LOPJ) quienes, entre otras cosas,<sup>49</sup> se han visto a veces obligados a demandar judicialmente su «derecho a la afiliación obligatoria a la Seguridad Social» respecto de la prestación efectiva de sus servicios infundadamente omitidos con vulneración de la legalidad vigente<sup>50</sup> (por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 12/IV/2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Menéndez Rexac y las que cita). De otro, la discriminación laboral afectante a parte del personal de la Administración de Justicia<sup>51</sup> de ciertas comunidades

<sup>48</sup> ZARZALEJOS, J. A., "Los desastres de la Justicia. Cuestión de milímetros" en *Revista del Consejo General de Procuradores*, n. 28, abril-mayo 2000, España, p. 16, añadiendo que «mientras eso no ocurra, los conceptos de justicia y desastre estarán muy próximos».

<sup>49</sup> P. ej., la reciente Instrucción 1/2008, del Pleno del CGPJ, de 12/II/2008, sobre Programa de Actuación por Objetivos para la Retribución de las Sustituciones por Magistrados y Jueces Titulares los alude al señalar que "...la llamada «justicia interina» puede constituir una anomalía pues el estándar constitucional del estatuto judicial, exige una Justicia administrada por jueces y magistrados profesionales, integrados en un Cuerpo único, bajo la garantía del principio de inamovilidad... Lo cierto es que, pese a la excepcionalidad y subsidiariedad de la intervención de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos a que se refiere la citada Instrucción 1/2003, las cifras de intervención de estas figuras en la realidad han ido en constante aumento" (epígrafe II de su Exposición de Motivos).

<sup>50</sup> En concreto, por inobservancia de los arts. 7.1 e) de la Ley General de la Seguridad Social y 3.1.a) de la Ley 29/1975, de 27/VI, que regula la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado (el cual reenvía, a su vez, al art. 1 del Decreto Ley 10/1995, de 23/IX).

<sup>51</sup> Sujeto al régimen de incompatibilidades establecido, con carácter general, en la Ley 53/1984, de 26/XII, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas tal y como dispone el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1985, de 18/I, sobre

autónomas españolas (en contra de la igualdad constitucionalmente consagrada, art. 14 de la CE) que no han asumido todavía las respectivas competencias en la materia, *ad exemplum*, la desigualdad salarial denunciada en febrero del año en curso por los funcionarios de justicia y originadora de una huelga indefinida que, tras más de dos meses de duración, ha provocado la paralización de miles de procedimientos con el consiguiente e indeseable incremento de los atrasos en la tramitación y resolución de los litigios poniéndose de relieve, incluso por parte de algunos juzgadores, que este año judicial «está perdido».<sup>52</sup> En ambas hipótesis cabría traer a colación aquella sabia locución popular que, irónicamente, reza: "En casa de herrero, cuchara de palo".

Un último problema que igualmente convendría dejar apuntado lo suscitan aquellos que se pueden denominar los *otros jueces*, en clara alusión a la descomunal trascendencia judicial que se otorga a determinadas pericias en litigios concretos. En efecto, en ciertos procedimientos como sucede, en la inmensa mayoría de los casos, con las reclamaciones indemnizatorias a causa de lesiones personales producidas en siniestros con motivo de la circulación de vehículos a motor –y salvo ensalzables excepciones– bien por simple desidia, bien por la percepción de determinados fraudes que quedan impunes –y enseguida se generalizan– o bien asimismo por asun-

---

incompatibilidades del personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Administración de Justicia y Consejo de Estado y de componentes del Poder Judicial. En cuanto a su régimen disciplinario véase el Real Decreto 796/2005, de 01/VII, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia.

<sup>52</sup> Véase LINDE, Pablo, "Media España sin justicia" en [www.elpais.com](http://www.elpais.com) de 13/III/2008, subrayando que «será necesario alrededor de un año para recuperar el trabajo perdido... cualquier persona que esté implicada en un proceso judicial puede verse damnificada por el paro. Los servicios mínimos sólo están dando salida a los juicios de lo penal en los que hay conformidad de las partes, o en los que está implicado un preso... Los registros civiles son el problema más visible para la mayoría de los ciudadanos»; pudiéndose agregar –y sin ánimo de impulsar reclamaciones malintencionadas– la anterior dicción del art. 121 de la propia CE, desarrollado por los arts. 292 y ss. de la LOPJ.

ción de ciertas prácticas rutinarias en orden a decidir las controversias<sup>53</sup> ocurre que quienes verdaderamente pronuncian la sentencia, aun de modo mediato, no son los propios juzgadores sino los peritos adscritos al tribunal a quienes, al parecer, se les presume revestidos de una aureola de infalibilidad y precisión ingentes y la parte perjudicada por el dictamen así emitido (que, en realidad, va a ser la *sentencia* misma) se ve desplazada hacia una situación próxima a la indefensión al serle de todo punto inútil perseverar en la acreditación de sus pretensiones (a veces cosas tan triviales como que el fuego quema, el agua moja o que el cuello o el brazo aún le duelen por el accidente padecido) pudiéndose sostener, en tales supuestos, que el fallo judicial ya ha sido predeterminado de antemano con olvido de que la prueba pericial, por definición, se debe valorar siempre libremente o conforme a las reglas de la sana crítica (por todos art. 348 de la LEC) en conexión con la totalidad de las practicadas en el proceso y ante la más mínima duda siempre cabría practicar otra. Pero las prisas nunca han sido buenas (como tampoco lo son las *resoluciones-modelo*, por tarea que ahorren) y, de una parte, el Ministerio Fiscal probablemente tiene más de una decena –o veintena– de señalamientos la misma mañana prevista para el pleito de que se trate y suele adherirse incondicionalmente a aquel dictamen pronunciado por el perito judicial y, de otra, al juzgador tampoco le sobra trabajo y, claro, ya puede intervenir en el proceso el mayor experto mundial en valoración de daño corporal como perito de parte que, de entrada, su informe se va a cuestionar, dudándose de su veracidad y honradez profesionales con los consiguientes perjuicios económicos añadidos al litigante que, quizás ingenuamente, ha osado contradecir con tal medio probatorio el informe distinto del especialista adscrito al tribunal de tur-

---

<sup>53</sup> Como apunta DE URBANO, *op. cit.*, nota 15, p. 443, hay dos males, en particular, que deslegitiman la función judicial, de un lado, la rutina decisional –señalando con CARNELUTTI que «el drama del juez es la soledad... pero sobre todo, el drama del juez es la costumbre». El acostumbramiento que lleva a la inercia, a la rutina y por tanto, a no profundizar en la decisión»– y, de otro, la decisión apodíctica –«La decisión hiperrápida, no contrastada suficientemente, supone una falta de ponderación, que se concreta en decisiones que pueden ser equivocadas, por precipitadas»–.

no que, verdadera y finalmente, es quien *dicta* la resolución correspondiente omitiéndose algo tan obvio como que las profesiones sanitarias, por lo general, lejos de ser exactas constituyen ciencias experimentales.<sup>54</sup> Y lo grave es que, en la práctica, parece bastante la mera transcripción literal del mentado dictamen del perito judicial para considerar motivada suficientemente la resolución que pone fin así al pleito; craso error, humildemente, de muchos de los que imparten justicia al inobservarse, entre otros, el art. 218.2 de la LEC (cuerpo que, según su art. 4, tiene carácter supletorio sobre todas las restantes leyes rituales). De ahí que se sostenga que la actual corriente «de la línea histórica desde el primado de la ley al primado de la praxis toma sustancialidad y hace prever concreciones más acusadas».<sup>55</sup> Al margen ya de otras contrariedades abordemos ahora la necesidad de asumir una concepción ética en las profesiones jurídicas con singular atención a la que tiene lugar en el ámbito judicial.

### **3. Exigencia de una ética *jurídica* y alusión a ciertas experiencias codificadoras respecto de los jueces**

Comparto plenamente la propuesta de aquellos que perciben que los problemas éticos se han de abordar desde una doble vertiente, teórica y

---

<sup>54</sup> Lamentablemente lo propio se puede mantener de otra clase de pleitos, p. ej., respecto de demandas civiles deducidas por padres a raíz de situaciones de crisis matrimonial en solicitud de la guarda y custodia de sus hijos menores de edad y, en estos casos, el dictamen emitido por el psicólogo de turno —apresuradamente también y dado a conocer muchas veces a las partes unos pocos minutos antes del comienzo de la vista— raras veces no favorece a la madre. Y eso tampoco es ético, en particular, porque si en los referidos litigios por accidentes de circulación se barajan, al fin y al cabo, mayores o menores sumas indemnizatorias en estos últimos no; de ahí que no extrañe que los juzgados de familia sean los peor considerados por los usuarios tal y como se desprende de la encuesta contenida en el *Libro Blanco de la Justicia. Anexos*, pp. 184 y 185 aprobado por el Pleno del CGPJ el 08/IX/1997.

<sup>55</sup> GROSSI, *op. cit.*, nota 15, p. 25, aclarando con anterioridad, p. 20, que con el término *praxis* se refiere a la «laboriosidad de jueces, abogados, notarios, llegando a incluir hasta a los simples hombres de negocios... hoy todos en variada medida, relacionados con la producción del derecho».

práctica. De un lado, con la obligatoriedad para los aspirantes a juzgadores de estudiar una disciplina ética de su función que constituiría entonces un deber u obligación *éticos* –valga la redundancia– que les permitiera hacerles meditar o reflexionar sobre lo bueno y lo malo de sus actuaciones y comportamientos, de otro, intentando hacer efectivo un acercamiento práctico a la ética judicial porque, de lo contrario, lógicamente el establecimiento del primer escalón carecería de todo sentido y enseguida sería desviado hacia el olvido. Esta posible solución no es novedosa y ha sido reiteradamente invocada en otros ámbitos profesionales por determinados defensores a ultranza de enseñanzas éticas que aconsejan su estudio incluso en edades tempranas puesto que «la opinión y el conformismo del adulto se esclerotizan literalmente con mucha frecuencia y demasiado pronto. El adulto está poco capacitado para modificar su actitud y su juicio a tenor de los nuevos reconocimientos»<sup>56</sup> mientras que, por contra, el joven adolescente está abierto, ansioso de recibir datos que le permitan elaborar criterios en aras a determinar su conducta, pudiéndose esbozar dos estadios distintos para la enseñanza y análisis de una ética, en principio, *jurídica* y no exclusivamente judicial. En primer término, en sede universitaria y dirigida a los estudiantes de las diferentes ramas jurídicas, mientras que la segunda fase se debería encauzar a la enseñanza de una ética más singular o, si se prefiere, especializada en atención a la parcela profesional u oficio (juez, abogado, secretario judicial, fiscal, procurador o funcionario de justicia, entre otros) previamente seleccio-

---

<sup>56</sup> BERNARD, *op. cit.*, nota 18, pp. 108 y 109, también DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, nota 38, pp. 402 y 403 y a similar conclusión se llega tras la lectura del antepenúltimo párrafo del preámbulo del *Código de Ética del Poder Judicial* mexicano de 2004, precisamente cuando se dispone: «...porque el conocimiento de la ética no es innato, sino por el contrario, es adquirido: lo innato es tan sólo la disposición para adquirirlo». Como indica en su 6ª conclusión SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, p. 91, «Los principios no bastan para obtener una mejora sustancial en el comportamiento profesional de los miembros de la Judicatura. Las reglas que los desarrollan tampoco. Se hace necesaria una formación pedagógica, didáctica, psicológica, antropológica, moral y deontológica que vaya modulando la personalidad de los jueces. No hay jueces bien formados, sino lo está su personalidad. La teoría y la práctica se coimplican».

nado por el alumno; insistiéndose en la necesidad de no caer en el tópico fácil de limitarse a explicar una *ética* de Estado, sino que se trataría más bien de exponer objetivamente datos suficientemente contrastados, describir la naturaleza de los problemas éticos, intentar ponerse idealmente en el lugar del actor, denunciante, imputado, acusado, demandado, procesado, representado o cliente, descartándose de raíz cualquier intento de acoplamiento a una determinada tendencia ideológica o moral; antes al contrario, las diversas actitudes morales deberían explicarse con neutralidad hasta que la ética fuese entonces representativa de un elemento de ese humanismo tan relevante para el jurista y al que tantas veces se ha vuelto la espalda. El aprendizaje de las ramas jurídicas debería fundamentarse tanto en el conocimiento científico (entre otros, historia, filosofía, legislación, doctrina y jurisprudencia) como aliarse –de nuevo– con el humanismo toda vez que, en palabras de Roca Guillamón, «la experiencia es consecuencia directa de la práctica... Por ello, al mismo tiempo que se adquiere la formación... es necesario aprovechar la experiencia ética de los demás, y esa es una labor imprescindible del verdadero maestro».<sup>57</sup> Bajo tal ángulo resultaría conveniente fijar nuestra mirada en algunas de las variadas experiencias codificadoras existentes sobre ética judicial siguiendo, para ello, un cierto orden cronológico sin pretender recopilarlas de modo exhaustivo.

El primer texto supranacional de carácter *ético* que se ocupó –y preocupó– de recoger pautas de conductas éticas para los jueces vino constituido por los *Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, aprobado en agosto de 1985 en el marco del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre "Prevención del delito y Tratamiento del delincuente" (ratificado en septiembre del propio año por la Asamblea General de las Naciones Unidas), el cual representa el primer conato internacional para confec-

---

<sup>57</sup> Al prologar DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, nota 1, pp. XXII y XXIII.



cionar un código universal de estándares de conducta ética para magistrados.<sup>58</sup> Tras el mismo, valga la pena destacar los siguientes:

A) *Código Ético de los Magistrados Ordinarios* italianos (*Codice Etico dei Magistrati Ordinari*), aprobado el 07/V/1994 por el Comité Directivo Central de la Asociación Nacional de Magistrados (A.N.M.) cuyo párr. 2º de su *Premisa* –o introducción– admite que la propia A.N.M.

...aunque considerando de dudosa constitucionalidad a tales normas... ha estimado darle ejecución considerando de todos modos oportuna la individualización de las reglas éticas en las que, según el sentido común de los magistrados, debe inspirarse su comportamiento.

El documento en cuestión abarca dos partes, la primera de ellas principia con una declaración de "Valores y principios fundamentales" (art. 1),<sup>59</sup> ocupándose después de las relaciones *respetuosas* de los magistrados tanto respecto de los ciudadanos y usuarios de justicia (art. 2) como con la prensa y con otros medios de comunicación (art. 6), refiriéndose a ciertos deberes de diligencia, laboriosidad y actualización profesional que deben observar (art. 3), así como a la debida confidencialidad y secreto de las informaciones a las que tengan acceso por ejercicio de su cargo (art. 5) evitando malgastar o derrochar los recursos con que cuentan (art. 4), para

<sup>58</sup> ROOS, S. R. y WOISCHNIK, J., "Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos", traducción de Pérez Barbera, G., en *Códigos de Ética Judicial*, n. 6, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005, pp. 17 y 18, obra que recopila minuciosamente numerosos códigos éticos judiciales de, prácticamente, toda la geografía mundial; véase también SOSPEDRA NAVAS, F., "Análisis comparado de los códigos éticos vigentes" en *Ética del juez y Garantías procesales. Manuales de formación continuada*, núm. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 480 y 481, subrayando que en el siguiente Congreso de las Naciones Unidas (1990) se vinieron a recoger, en análoga sintonía, otras directrices relativas al Ministerio Fiscal.

<sup>59</sup> A cuyo tenor: "En la vida social el magistrado se comporta con dignidad, corrección, sensibilidad al interés público. En el desarrollo de sus funciones y en todo comportamiento profesional el magistrado se inspira en valores de desinterés personal, de independencia y de imparcialidad".

finalizar con la recomendación relativa a que los magistrados no deben integrarse en asociaciones que puedan poner en tela de juicio su imparcialidad o no se rijan por principios democráticos y de transparencia (art. 7). La segunda parte contiene los consabidos principios de independencia e imparcialidad y otros deberes de corrección a observar por los magistrados (arts. 8,<sup>60</sup> 9 y 10), aludiendo expresamente a su puntualidad en los distintos señalamientos, su obligación de ser justos en su actuación debiendo motivar debidamente sus decisiones y guardar discreción en cuanto a la valoración profesional que les merezcan los restantes compañeros y abogados e, incluso, evitar emitir valoraciones innecesarias respecto de los propios litigantes (arts. 11 y 12), para terminar refiriéndose a la conducta a observar por el Ministerio Público (art. 13) y las obligaciones del llamado *magistrado dirigente* del oficio judicial (art. 14). Sin *animus* de restar mérito alguno a tal texto, ciertamente resulta un tanto reiterativo en ciertos aspectos como desordenado en su confección por ausencia de criterios sistemáticos por lo que su mayor mérito –quizás el único– podría reducirse a que constituye el texto ético más longevo «de entre los de su clase en Europa».<sup>61</sup>

B) *Código de Conducta de los Jueces de Estados Unidos* (Norteamérica, edición 1995/96),<sup>62</sup> aprobado por la Conferencia Judicial, comprensivo

---

<sup>60</sup> Indicando el párr. seg. de este precepto la conveniencia de evitar "...cualquier implicación con centros de poder partidarios o de negocios que pueden condicionar el ejercicio de sus funciones o empañar de algún modo la imagen".

<sup>61</sup> ROOS y WOISCHNIK, *op cit.*, nota 58, p. 32. No obstante, tanto la *Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura* como la *Unite Civile* de la Corte Suprema han tenido en este *Codice* una referencia interpretativa, partiendo de que constituye un texto paranormativo (SOSPEDRA NAVAS, *op. cit.*, nota 58, p. 484), de manera que, como se indica en la conclusión general 48ª contenida en la misma obra colectiva *Ética del juez y garantías procesales* (p. 622), en el marco de los códigos sin sanción el caso italiano ha obtenido «especial transcendencia aplicativa, al servir de referencia cierta para la aplicación del tipo abierto de conducta contraria al prestigio de la magistratura, contemplada en el art. 18 de la *llege sulle garantigie* de la magistratura».

<sup>62</sup> Puesto que, desde principios del siglo XX, en el ámbito federal existían ya códigos de conducta motivados por la «tradición judicial norteamericana», conforme con la cual muchos juzgadores son elegidos mediante el voto de los ciudadanos y, por tanto, quedan

de siete *rules*, cánones o disposiciones, de considerable extensión, relativas a heterogéneos deberes y derechos judiciales susceptibles de sintetizarse como sigue: Regla 1ª. Obligación de mantener la integridad e independencia del poder judicial; Regla 2ª. Obligación de evitar la incorrección y la apariencia de incorrección en cualesquiera de sus actividades –lo que recuerda aquél conocido aserto que reza *el juez, además de honrado, debe parecerlo*–,<sup>63</sup> donde se incluye su necesaria imparcialidad y el respeto y cumplimiento debidos de la ley; Regla 3ª. Vuelve a insistir en la necesaria imparcialidad y diligencia del juzgador estableciendo una serie de normas profesionales (bajo las rúbricas "*responsabilidades de adjudicación*" y "*responsabilidades administrativas*") sobre el mantenimiento del orden en los procedimientos, cualidades que debe reunir el juez –paciencia, dignidad, respeto y cortesía– respecto de los sujetos con quienes se relaciona con motivo del desempeño de su cargo, obligación de decidir sin demora los asuntos que le son sometidos, supervisar la correcta actuación del personal bajo su dirección, etc., incorporando asimismo una lista de causas de abstención y posible recusación del juez en la letra c) –titulada "*Descalificación*"– y contemplando la excepcional posibilidad de salvar algunas de ellas –letra d) "*Condonación de la descalificación*"– a través del acuerdo unánime de los litigantes y sus respectivos defensores; Reglas 4ª, 5ª y 6ª. Se ocupan de la posible participación del juez en diversas actividades extrajudiciales, siempre que no sean incompatibles con

---

«expuestos a la influencia de grupos de intereses». Actualmente cohabitan códigos de conducta tanto en el ámbito federal como en los distintos estados de la Unión, rigiendo para los jueces federales el *Code of Conduct for United States Judges*, aprobado en 1973 que, en 1987, mudó su denominación por la de *Code of Conduct for United States Judges*, habiendo sido revisado desde entonces en diversas ocasiones, ROOS y WOISCHNIK, *op cit.*, nota 58, p. 22.

<sup>63</sup> Lo cual se recogía explícitamente en el *Proyecto de Código de Ética del Poder Judicial de Perú* "...El juez debe evitar la incorrección y la apariencia de incorrección, exteriorizando una conducta honorable en todos sus actos", habiendo mudado tal redacción en el actual *Código de Ética del Poder Judicial* peruano, de 12/III/2004, disponiendo ahora: "...El Juez debe evitar la incorrección exteriorizando probidad en todos sus actos" (art. 3, párr. seg.).

su función o puedan influir de alguna manera en la observancia debida de sus deberes, estando aquél obligado a presentar regularmente informes sobre los ingresos económicos obtenidos por "*actividades relacionadas con la ley y extrajudiciales*" y, por último, Regla 7ª. Con carácter general, prohíbe al juez participar en actividades de índole política a no ser que renuncie a su cargo.

En cuanto a la eficacia constitutiva de todas estas normas o pautas, y al contrario de lo que acontece en otros *códigos* de similar naturaleza, la 1ª de las reglas enunciadas expresamente manda al juzgador participar en "el establecimiento, mantenimiento y cumplimiento de altas normas de conducta, y deberá observar personalmente esas normas, para preservar la integridad e independencia del poder judicial", de modo que las contenidas en el presente cuerpo codificado se han de interpretar y aplicar en aras a lograr dicha finalidad. Como se desprende carece tal cuerpo, por tanto, de cualquier eficacia sancionadora.

C) *Carta Europea del Estatuto del Juez*, aprobada unánimemente en el segundo encuentro multilateral, organizado por el Consejo de Europa y celebrado en Estrasburgo los días 8 a 10 de julio de 1998, dedicado al estatuto de los jueces europeos.<sup>64</sup> Abarca hasta siete disposiciones (rubricadas 1. Principios Generales, 2. Selección, reclutamiento y formación inicial, 3. Nombramiento e inamovilidad, 4. Desarrollo de la carrera, 5. Responsabilidad, 6. Remuneración y protección social y 7. Cese) cada una de las cuales se estructura, a su vez, en diversos subapartados, acompañándose, a continuación, de una exposición de motivos explicativa de las mismas,

---

<sup>64</sup> Tras la exposición y ulterior presentación de enmiendas formuladas al borrador original, confeccionado en la primavera del mismo año por tres expertos de Francia, Polonia y Reino Unido, previo encargo de la Dirección de Asuntos Jurídicos, véase el preámbulo de la misma.

estableciendo el párr. sexto del ordinal 1.1 de esta última exposición que "sin llegar a dar a sus disposiciones un carácter propiamente imperativo, la carta las presenta como las mejores para garantizar la consecución de los objetivos precedentemente enunciados".

D) *Estatuto Universal del Juez*, aprobado en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados (U.I.M.)<sup>65</sup> celebrada en Taipei (Taiwán) el 17/XI/1999, declarando el primer párrafo de su preámbulo que en la elaboración preliminar del mismo colaboraron jueces de varios países del mundo<sup>66</sup> constituyendo "el resultado de su trabajo y ha sido consensuado por los miembros de las asociaciones integradas en la Asociación Internacional de Magistrados y representa las normas generales mínimas". Se trata de un escueto texto comprensivo de una quincena de preceptos, declarando el último de ellos que en los países

---

<sup>65</sup> Organización internacional, profesional y *apolítica*, fundada en 1953 en Salzburgo (Austria), compuesta, en la actualidad, por más de medio centenar de asociaciones o grupos representativos nacionales de magistrados procedentes de todo el mundo, cuyo fin principal es la salvaguardia de la independencia del poder judicial. La U.I.M. ostenta una función consultiva ante la Oficina Internacional del Trabajo y Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Oficina Internacional del Trabajo y Consejo Económico y Social), así como ante el Consejo de Europa. Uno de sus últimos documentos oficiales fue el elaborado en Madrid, con motivo de su 44ª Asamblea anual, bajo el título *Recomendación sobre la corrupción*, de 27/IX/2001, cuyo preludio admite que "Ciertos países en efecto deben hacer frente a la corrupción en su sistema judicial, otros reciben acusaciones falsas de corrupción y, finalmente, en algunos otros sorprendería que esto llegase a ocurrir" proponiéndose para su erradicación tres breves recomendaciones del siguiente tenor: "1. La aplicación efectiva de los textos legales que permiten luchar contra la corrupción. 2. El reclutamiento en número suficiente de magistrados del más alto nivel ético y profesional así como la formación profesional continuada. 3. La mejora sustancial y efectiva de la remuneración y de los medios de los magistrados y del personal judicial" –versión francesa traducida por quien suscribe–.

<sup>66</sup> Hasta 42 delegaciones participaron en la citada reunión, concretamente, las de Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Camerún, Canadá, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Estonia, República de Macedonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Israel, Italia, Costa de Marfil, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Noruega, Paraguay, Polonia, Portugal, Taiwán, Rumania, Senegal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Holanda, Túnez, Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica y Uruguay.

en que los miembros del Ministerio Público están asimilados a los jueces "los anteriores principios les son aplicables, en consideración a la naturaleza de su función", con lo cual se aspira a ampliar su ámbito subjetivo de actuación. Se acogen en el mentado Estatuto los consabidos postulados de independencia (arts. 1 y 2), sumisión a la ley (art. 3), autonomía personal (art. 4), imparcialidad y deber de reserva (art. 5), eficacia (art. 6), responsabilidad civil y penal (art. 10) y administración y principios en materia de disciplina (art. 11), los cuales aparecen completados con preceptos relativos a incompatibilidades (bajo el título "*Actividades anexas*", art. 7), protección del estatuto de la función (art. 8, es decir, sobre el principio de inamovilidad), nombramiento (art. 9), derecho a asociarse profesionalmente (art. 12 titulado "*Asociaciones*"), remuneración y jubilación (art. 13) y medios materiales (art. 14).<sup>67</sup> En cualquier caso, este documento igualmente guarda silencio absoluto sobre si resulta o no vinculante para sus destinatarios.

E) *Estatuto del Juez Iberoamericano*, aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia (Santa Cruz de Tenerife, 23 a 25 de mayo de 2001), cuyos ocho últimos preceptos integran el bloque expresamente dedicado a la ética judicial versando sobre el servicio y respeto a las partes (art. 37), obligación de independencia (art. 38), debido proceso (art. 39), limitaciones en la averiguación de la verdad (art. 40), motivación (art. 41), resolución en plazo razonable (art. 42), principio de equidad (art. 43) y, por último, secreto profesional (art. 44). Se trata de un texto de considerable corrección técnica y estructural, precedido de la consabida parte destinada a la independencia (arts. 1 a 6), imparcialidad (arts. 7 a 10), seguidos de las dedicadas a la selección del juez, carrera judicial e inamovilidad (arts.

---

<sup>67</sup> "Corresponde a otros poderes públicos del Estado proporcionar al poder judicial los recursos necesarios para su actuación...".

11 a 18), responsabilidad, inspección y evaluación del juez (arts. 19 a 23), capacitación (arts. 24 a 31), retribución, seguridad social y medios materiales (arts. 32 a 35) y, finalmente, derecho de asociación profesional (art. 36). Se omite cualquier indicación sobre una eventual obligatoriedad de su articulado.

F) *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial* de la ONU –o borrador del *Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial de 2001*–, aprobados por el llamado Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial después de su revisión en la reunión de presidentes de Tribunales Superiores celebrado en La Haya los días 25 y 26 de noviembre de 2002, que tras referir en los dos primeros *considerandos* de su preámbulo el art. 10<sup>68</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10/XII/1948, y, parcialmente, el art. 14.1<sup>69</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19/XII/1966 (en similar dirección a los ya mentados arts. 117 CE, 1 y 2 LOPJ en íntima conexión con el art. 24.1 CE), tipifican con vocación de universalidad hasta seis postulados o *valores*<sup>70</sup> (1. Independencia, 2. Imparcialidad, 3. Integridad, 4. Correc-

---

<sup>68</sup> A cuyo tenor "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

<sup>69</sup> En concreto cuando dispone que "...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...".

<sup>70</sup> Atendiendo a las principales pautas recogidas en los heterogéneos códigos de ética judicial de variadas culturas (entre otros, el de Filipinas de 1989, Austria de 1997, Canadá de 1998, Bangladesh de 2000, Kenia de 1999, etc.), lo que ha provocado su incorporación en otros países –como, p. ej., en Bolivia en 2004–, SOSPEDRA NAVAS, *op. cit.*, nota 58, pp. 481 y 482, para el cual este *Código de Bangalore* puede ser «de especial trascendencia por su carácter compilador de los diversos códigos vigentes y por el procedimiento de elaboración seguido, que ha determinado una notable calidad del texto aprobado», aunque advierte ausencia o escasez de regulación en aspectos concretos como relaciones entre juzgadores y medios de comunicación, libertad de asociación o vida social y privada del juez.

ción, 5. Igualdad y, por último, 6. Competencia y diligencia) cada uno de los cuales viene acompañado de su respectiva *aplicación* para finalizar con cuatro *definiciones* o conceptos (Personal de los tribunales, Juez, Familia del Juez y Cónyuge del juez), identificándose el segundo con "...toda persona que ejerce el poder judicial, sea designado con el nombre que fuere". Los destinatarios de tales valores o "estándares para la conducta ética de los jueces" son los propios juzgadores y su declaración se encauza a "servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la conducta judicial", presuponiendo que aquellos son "responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes" (último párr. de su prefacio). Nada se dice tampoco sobre las hipotéticas consecuencias que acarrearía la vulneración de dichos principios evidenciando, en cierta medida, una reiteración prolija de los anteriores Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985 y la escasa operatividad práctica de los mismos.

G) *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación* (México), aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en agosto de 2004, el cual se encuentra dividido en cinco capítulos, los primeros relativos a la independencia, imparcialidad, objetividad y profesionalismo (abarcando éste 19 reglas y siendo definido como "...disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación"), mientras que el último viene dedicado a la excelencia, contando con hasta 17 subapartados. En cuanto a la imperatividad de sus disposiciones el mentado Código establece en su presentación que en él

...se recogen los principios, reglas y virtudes judiciales, que se consideran idóneos para constituir un referente deontológico, que pueda no sólo guiar la conducta de los juzgadores federales y sus auxiliares, sino facilitar la reflexión ética sobre los diversos aspectos de la función



que desempeñan; consecuentemente, tales principios y reglas no son elaborados con la finalidad de complementar o reglamentar la legislación vigente en materia de cualquier tipo de responsabilidad jurídica de los miembros del propio Poder Judicial de la Federación (epígrafe VII.3),

viniendo a agregarse *in fine* que su texto "constituirá un referente objetivo para la valoración de la conducta personal de cada uno de quienes tenemos el honor de servir a nuestra Patria en la judicatura". Y esto es decir mucho pues cabe asimilar entonces el contenido codificado a una de las más relevantes funciones de la llamada *lex artis* a observar en el desempeño de la función jurisdiccional como más adelante se verá.

Para terminar con este sucinto vistazo a las codificaciones existentes cabe indicar que en la Declaración de 2004, confeccionada en Copán-San Salvador, los presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia y de Consejos de la Judicatura pertenecientes a los países iberoamericanos acordaron, entre otros extremos:

Primera: Reiterar como principios éticos básicos para los juzgadores iberoamericanos los ya establecidos en la Segunda Cumbre Iberoamericana de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, que tiene su reflejo en el Estatuto del Juez Iberoamericano y en la Carta de Derechos del Ciudadano frente a la justicia. Segunda: Realizar todos los esfuerzos necesarios para que se aprueben e implanten dichos principios en la normativa de todos los países de Iberoamérica, en particular en aquellos donde todavía no existe un Código de Ética, promoviendo su creación... Sexta: Impulsar la elaboración de un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial,

fruto de esta última previsión fue aprobado en el marco de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Santo Domingo –junio de 2006– un extenso Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, comprensivo de 95 arts., cuya Parte I, bajo el título "Principios de la Ética Judicial Iberoamericana" engloba los capítulos I (Independencia, arts. 1 a 8), II

(Imparcialidad, arts. 9 a 17), III (Motivación, arts. 18 a 27), IV (Conocimiento y capacitación, arts. 28 a 34), V (Justicia y equidad, arts. 35 a 40), VI (Responsabilidad institucional, arts. 41 a 47), VII (Cortesía, arts. 48 a 52), VIII (Integridad, arts. 53 a 55), IX (Transparencia, arts. 56 a 60), X (Secreto profesional, arts. 61 a 67), XI (Prudencia, arts. 68 a 72), XII (Diligencia, arts. 73 a 78) y XIII (Honestidad profesional, arts. 79 a 82); mientras que su Parte II, prescindiendo de la anterior división en capítulos, prevé la creación de una Comisión Iberoamericana de Ética Judicial<sup>71</sup> cuyos pronunciamientos no serían, al menos en principio, vinculantes (art. 95). Señala la exposición de motivos de tal codificación-prototipo de ética judicial que pretende buscar "la adhesión voluntaria de los distintos jueces iberoamericanos atentos a la conciencia profesional que exigen los tiempos actuales..." (epígrafe XI), sin embargo parece contradecirse con el comienzo de su epígrafe XIV cuando, revelando quizás otra intencionalidad, establece "Con independencia de que se estime conveniente alentar y procurar que las exigencias de los Códigos Éticos no queden libradas a la sola voluntad de los destinatarios..."

#### **4. Sobre una ética de mínimos (nivel jurídico) y de máximos (nivel ético) y de la eventual obligatoriedad de las disposiciones éticas: la *lex artis***

En mi intento de discriminar el Derecho *–ars boni et aequi–* de la Moral no oculté cierta inclinación por una determinada tesis, de naturaleza

---

<sup>71</sup> Al objeto de "a) Asesorar a los diferentes Poderes Judiciales y Consejos de la Judicatura Iberoamericanos o a la propia Cumbre Judicial cuando lo soliciten sus representantes. b) Facilitar la discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial a través de publicaciones o de la realización de cursos, seminarios, diplomados y demás encuentros académicos. c) Fortalecer la conciencia ética judicial de los impartidores de justicia iberoamericanos" (art. 83). Un adalid de la instauración de un Tribunal de Ética Judicial y de comisiones consultivas es VIGO, *op. cit.*, nota 1, pp. 22, 23 y 25, pero considero que recuerdan en demasía a los diversos Comités de Ética (nacionales, de investigación clínica o asistenciales) reglamentados para la profesión médica que, en último término,

iusnaturalista, conforme con la cual<sup>72</sup> cuando se aplica la ley natural a los distintos seres la misma se diversifica en dos grandes bloques, de una parte, en normas cósmicas que gobiernan la materia y vinculan a todos los seres y, de otra, en normas psíquicas que rigen el espíritu y sólo afectan a las personas físicas por estar dotadas de inteligencia y voluntad pudiéndose subdividir estas últimas disposiciones en tres tipos: a) lógicas, cuando presiden la inteligencia humana, b) estéticas, que se ocupan de la sensibilidad y c) morales, que disciplinan la verdad para la consecución de un bien. A su vez, las normas morales se fraccionarían en dos grupos: c1) El compuesto por normas religiosas y morales *strictu sensu*, que disciplinan la vida en todas sus manifestaciones y c2) Aquél integrado por las normas sociales donde se ubicarían tanto las impuestas por meras apreciaciones y usos como las verdaderamente jurídicas, hallándose singularmente caracterizadas estas últimas por su obligatoriedad. Por consiguiente mientras que la norma moral, en sentido estricto, es *natural* y *psíquica*, la norma jurídica sería *natural*, *psíquica*, *moral*, *social* y, además, *obligatoria* de lo cual se desanuda que, en líneas generales, la norma jurídica proviene de la norma moral por cuanto siempre tendrá un sustrato ético, no siendo posible disociar absolutamente los sistemas normativos que el Derecho y la moral representan por existir una «dependencia jerárquica del Derecho positivo, mediata respecto a la Moral e inmediata hacia el Derecho natural». <sup>73</sup> De ahí que el Derecho humano positivo se suela identificar con el llamado nivel jurídico que constituiría un *mínimum* ético,

---

representan una reunión heterogénea y multidisciplinar de expertos o profesionales cualificados en ciertos aspectos bioéticos a fin de dar respuestas a los dilemas éticos suscitados en las distintas áreas de la profesión, siendo instrumentos de los que se vale la sanidad y que están al servicio de la calidad del proceso prestacional sirviendo, a menudo, para crear *bioderecho* por cauce parajurisprudencial.

<sup>72</sup> DE LAS HERAS, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 40 y 41, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS quien, a su vez, cita a ARAMBURO.

<sup>73</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. I, Civitas, Madrid, 1984, p. 21.

contingente y variable, por conformar una mera *ética pública de mínimos* imprescindible para la conservación de la vida en sociedad exigiendo la observancia externa de aquellas pautas morales que resultan necesarias para la convivencia y la paz sociales. Pero claro, en referencia específica al ejercicio profesional, se viene a argumentar ahora que la Judicatura (al igual que otras muchas otras profesiones, pudiendo afirmar que la *ética médica* constituye el paradigma clásico más lúcido de *ética profesional*)<sup>74</sup> se dirige a un nivel superior, a una *ética de máximos* en el desempeño de la función jurisdiccional, en una palabra, a la *excelencia*, voz ésta que se parece importar hoy desde concepciones mercantilistas al encontrarse en íntima conexión con factores económicos, es decir, en último término la *excelencia* alude pura y llanamente a cuestiones pecuniarias o de maximización de beneficios y a la propia *excelencia*, ¡...incluso a sellos europeos de *excelencia*!, no cesan de apelar en la actualidad toda clase de sociedades con fines lucrativos (entre otras, hoteles, restaurantes, compañías aseguradoras, de telefonía, etc.). El esquema de esta última teoría no es complejo: el ejercicio profesional gira en torno a unas obligaciones de mínimos (nivel jurídico) que son, en general, de *ius cogens* y, por tanto, de preceptivo cumplimiento para todos, pero también se mueve entre unos deberes de máximos (nivel ético que aspira a la *excelencia*) voluntariamente asumidos por sus ejercientes porque –se apostilla– el *buen profesional* aspira a más. De ahí que se mantenga que la denominada *ética judicial* tiene como principal objetivo indicar a sus destinatarios «exigencias que lo dirigirán a alcanzar esa plenitud o perfección como

---

<sup>74</sup> DE LAS HERAS, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 51 a 53. Acerca de estos niveles de mínimos y máximos en la profesión médica, p. ej., el epígrafe E-1.02 –titulado *The Relation of Law and Ethics*– de la edición 2002 del *Code of Medical Ethics* de la *American Medical Association* y sobre la *excelencia* profesional el art. 37.1 del Código de Ética y Deontología Médica, de 10/IX/1999, de la Organización Médica Colegial española ("El médico está obligado a promover la calidad y la excelencia de la institución en que trabaja...") o Cap. II del Real Decreto 1231/2001, de 08/XI, que aprueba los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Enfermería de España.

juez, alejándolo tanto de la "maldad" judicial como de la "mediocridad" judicial. La perspectiva ética en el juez apunta a lograr del mismo al "mejor" o "excelente" juez, por eso su pretensión no es como el Derecho de "mínima" sino es de "máxima"». <sup>75</sup> Pero claro cabe plantear a la sazón, y no sin cierto escepticismo crítico, que si no se cuidan a rajatabla los mínimos obligatorios (nivel jurídico) ¿para qué molestarse en fijar unos máximos (nivel ético)? Y, además, si la observancia o asunción de las reglas que podrían conducir a la *excelencia* judicial finalmente quedan exclusivamente a la mera y libre voluntad o conciencia de sus destinatarios –como se desprende de la mayoría de las experiencias codificadoras antes referidas–<sup>76</sup> ¿qué sentido tendría entonces establecer unos mandamientos éticos para los jueces españoles? Esta postura inicial sobre una innecesaria

<sup>75</sup> VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 16.

<sup>76</sup> No obstante matiza DUQUE CORREDOR, R., "El procedimiento administrativo sancionador judicial en la experiencia comparada" en <http://ocma.pj.gob.pe/seminario/duquecorredor.pdf>, consultado el 5 de marzo de 2008, pp. 3 y 4, que en el sistema latinoamericano predomina la coercibilidad o «promulgación de leyes consagratorias de normas de ética judicial cuya violación es sancionable», pudiéndose diferenciar entre normas generales de la función judicial y codificaciones especiales de ética judicial y, a su vez, entre sistemas disciplinarios generales y sistemas disciplinarios especiales, ocupándose los primeros de deberes profesionales y éticos de todos los funcionarios judiciales previendo regímenes disciplinarios, mientras que los segundos son normas o códigos disciplinarios especiales para jueces que establecen órganos específicos para sancionarlos. Hay muestras de «subsistemas generales de ética judicial» en Guatemala (vinculando las Normas Éticas del Organismo Judicial de 2001 a todo el personal), Chile (donde los *Principios de Ética Judicial* de 2003 también se aplican a jueces y funcionarios judiciales), Honduras (Código de Ética para Funcionarios y Empleados Judiciales de 2003), México (Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, aplicable tanto a jueces como a los demás integrantes de los órganos de dicho Poder), Panamá (*Código Judicial* de 2002), Ecuador o, finalmente, Argentina (donde cohabitan códigos de ética judicial en las provincias de Córdoba, Corrientes, Formosa y Santiago del Estero, puesto que el de Santa Fe constituye un «sistema especial» sólo previsto para magistrados judiciales). Ejemplos de «subsistemas especiales de reglas o códigos de ética de jueces» se hallan en Perú (donde su Código de Ética del Poder Judicial de 2004 sirve de «guía u orientación para mejorar el servicio de justicia y para asistir a los jueces ante las dificultades de índole ética y profesional», aunque en el Texto Único Ordenado de su LOPJ se acoge un régimen disciplinario especial para magistrados y extensible a auxiliares jurisdiccionales y otros órganos), Bolivia, Colombia, Venezuela («cuya Constitución contempla un régimen disciplinario de los magistrados y jueces fundado en el Código de Ética del juez venezolano»), Paraguay o, por último, España (LOPJ).

ria positivación o codificación de la ética judicial ha sido reprochada con distinta argumentación,<sup>77</sup> de un lado, se considera equivocada porque la conducta ética no está fijada sólo por normas (un *buen juez*, se dice, es algo más que cumplir unas normas), de otro, que concurrirán supuestos en que el juzgador se enfrente al dilema de llevar a cabo lo que establece el Derecho o lo que le dicta su moral y, en tercer lugar, porque si el juez se limita a obedecer el Derecho (aún implicando ello actos que juzgue moralmente incorrectos) adopta por necesidad una opción moral. Jurídicamente, por supuesto, tales razonamientos favorables a la implantación de una ética judicial –con el debido respeto que merece la *auctoritas* académica de quien provienen– me parecen cuestionables. En principio porque necesariamente todos (integrantes del Poder Judicial incluidos) debemos arrancar de unas reglas del juego comunes, sin exclusión, de manera que

Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... La Constitución garantiza el principio de legalidad... la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. (ordinales 1 y 3 del art. 9 de la CE)

"La dignidad de la persona... el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10 de la CE), la primera función que el art. 124 de la Carta Magna atribuye al Ministerio Fiscal es "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad" y, más concretamente, arts. 117.1 de la CE y 1 de la LOPJ (anteriormente reproducidos) respecto de los juzgadores. Por tanto admitiendo que el estándar del *buen juez* –de otra parte indefinible *a priori*– no se limita en exclusiva al cumplimiento de las normas positivas lo mínimo que puede hacer, *ab initio*, el juzgador es cumplir aquel *mínimum ético*

---

<sup>77</sup> Por todos ATIENZA RODRÍGUEZ, "Ética judicial", p. 18, y "Ética judicial: ¿Por qué...", *op. cit.*, nota 1, p. 44.

que las mismas representan y que, a virtud del *iura novit curia*, presumiblemente conoce o, al menos, debiera conocer.<sup>78</sup> Para la hipótesis de que el juez se viese envuelto en un supuesto donde le pudiera crear algún tipo de dilema la opción entre actuar conforme a Derecho o bien de acuerdo con su conciencia existen diversas soluciones legales: unas iniciales o preventivas (*ad exemplum*, art. 5.2 de la LOPJ),<sup>79</sup> otras lisa y llanamente derivadas de sus deberes profesionales (p. ej., art. 24.1 de la CE *a sensu contrario*,<sup>80</sup> art. 1.7 del Código Civil –CC–<sup>81</sup> o art. 411 LOPJ,<sup>82</sup> sin prescindir de los motivos de abstención o, en su caso, recusación e *iter* procedimental ulterior a seguir, arts. 219 y ss. de la LOPJ) o, finalmente, cabría la posibilidad de recurrir a conceptos jurídicamente indeterminados o elásticos en cuanto las concretas circunstancias fácticas y, desde luego, jurídicas del específico caso enjuiciado lo tolerasen (buena fe, buenas costumbres, equidad, orden público, etc.), todo ello sin omitir tampoco la, muchas veces arrinconada, posible apelación a la objeción de conciencia y, en particular, al dictado literal del art. 741<sup>83</sup> de la vetusta y todavía vigente ley procesal penal española de 14/IX/1882. Huelga decir que de adoptarse esta dirección de observancia estricta del Derecho se estaría abrazando una opción moral, en concreto, la del *mínimum* ético que es,

---

<sup>78</sup> Puesto que el actual *tsunami* normativo experimentado «por su cantidad y complejidad, sustantiva y procesal, convierten en "un mito absolutamente irreal" el postulado clásico del *iura novit curia*», DE URBANO, *op. cit.*, nota 15, p. 439.

<sup>79</sup> "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica".

<sup>80</sup> "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...", por tanto, los juzgadores tienen el deber u obligación de otorgar esta tutela efectiva.

<sup>81</sup> "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido" sucediendo, como se sabe, que la primera fuente es la ley.

<sup>82</sup> "Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa".

<sup>83</sup> Estableciendo su párr. 1º que "El Tribunal, apreciando, SEGÚN SU CONCIENCIA las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley".

justamente, lo mínimo esperable de un juez. Asimismo se señalan como preceptos rectores –o «virtudes básicas»– en orden a cimentar una ética judicial los de independencia, imparcialidad y motivación de las decisiones,<sup>84</sup> los cuales se hallan incardinados en la LOPJ y otras normas, aunque bastará referir aquí sólo la primera en aras a la brevedad. Así sobre la independencia judicial<sup>85</sup> (rúbrica del Tít. II, Lib. IV de la LOPJ, arts. 378 y ss.) resultan muy nítidos sus arts. 12,<sup>86</sup> 13<sup>87</sup> o 14<sup>88</sup> tipificándose como falta muy grave la "intromisión, mediante órdenes o presiones de

<sup>84</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Ética judicial", p. 17 y "Ética judicial: ¿Por qué...", pp. 44 y 45, *op. cit.*, nota 1.

<sup>85</sup> Que se erige, según el epígrafe III del preámbulo de la LOPJ, en el carácter esencial del Poder Judicial y sus exigencias se despliegan mediante "mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley. De la forma en que la Ley Orgánica regula la independencia del Poder Judicial se puede afirmar que posee una característica: Su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del Poder Judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parta de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía –constitucionalmente reconocida– de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del Poder Ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos... La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la Ley dota a la potestad jurisdiccional. Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del Poder Ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un Poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la ley..."

<sup>86</sup> "1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional".

<sup>87</sup> "Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados", difícilmente se puede establecer de manera más clara.

<sup>88</sup> "1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando



cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado" (art. 417.4) y siendo calificable de falta grave "interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado" (art. 418.2), pese a todo ha sido reconocido por parte de algunos que la

...independencia es un valor difícil, que plantea exigencias. El juez que de verdad es independiente es siempre un juez incómodo y con frecuencia deberá tomar decisiones que no son gratas a los centros de poder. Eso hace difícil su existencia. Sobre todo, no es un camino para obtener reconocimientos o premios. Si yo aspiro a ser juez y nada más y mi horizonte es la jurisdicción, porque me gusta y creo en ella, estoy a salvo de estos riesgos. Pero si tengo aspiraciones de carrera política o de reconocimiento institucional, o si quiero que me nombren para alguna instancia judicial internacional, es posible que necesite ser grato a determinados centros de poder. Ahí empieza la pérdida de la independencia.<sup>89</sup>

En cuanto a la imparcialidad concierne, su contraria aparece recogida como causa de abstención o recusación en el art. 219.16<sup>a</sup>, el art. 318 impone a los juzgadores jurar o prometerla antes de posesionarse del primer destino e, igualmente, con antelación a posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la carrera,<sup>90</sup> recogiéndose también dentro de las incompatibilidades previstas que impiden el ejercicio del cargo (art. 393.2)<sup>91</sup> y constituyendo falta muy grave la "inobservancia del deber

---

cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos, las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. 2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial".

<sup>89</sup> Perfecto Andrés IBÁÑEZ con motivo de la entrevista citada, véase nota núm. 11.

<sup>90</sup> Bajo la solemne fórmula: "«Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos»".

<sup>91</sup> "No podrán los Jueces y Magistrados desempeñar su cargo: ...2. En una Audiencia Provincial o Juzgado que comprenda dentro de su circunscripción territorial una población en la que, por poseer él mismo, su cónyuge o parientes de segundo grado de consanguinidad

de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas" (art. 417.8). Por último, respecto de la motivación de las decisiones arts. 138.5 (sobre acuerdos, en general, de los órganos del CGPJ), 206 (respecto del voto particular del magistrado ponente cuando discrepe con la mayoría), 232 (para limitar la publicidad y acordar el secreto, total o parcial, de las actuaciones por motivos de orden público y de protección de los derechos y libertades), 247 (previsto para resoluciones orales), 248 (sobre providencias, autos y sentencias) estableciéndose asimismo como falta muy grave la "absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme..." (art. 417.15). Como se desprende estos tres postulados imprescindibles e inherentes a la función jurisdiccional, junto con otros muchos tales como el de responsabilidad (que rotula el Tít. III, Lib. IV), inamovilidad, deber de guardar el debido secreto de cuanto conozcan por razón de su cargo (art. 396), capacitación y formación, etc.,<sup>92</sup> están perfectamente perfilados en la LOPJ y, por ello, además de constituir su cumplimiento el primordial deber *ex officio* suponen también obligaciones ético-jurídicas positivadas no pudiendo siquiera los jueces "corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción" (falta grave del art. 418.4). Pero

---

intereses económicos, tengan arraigo que pueda obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Se exceptúan las poblaciones superiores a cien mil habitantes en los que radique la sede del órgano jurisdiccional".

<sup>92</sup> Así para VACAS GARCÍA-ALÓS, L., "Ética pública, deontología judicial y responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados" en *Ética del juez y Garantías procesales. Manuales de formación continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 157 y 158, de la lectura de los códigos y normas deontológicas profesionales de jueces y magistrados se pueden extraer como más significativos hasta 10 principios que son, además de los tres referidos, los de responsabilidad, legalidad, integridad y honestidad, equidad y proporcionalidad, espíritu de servicio y respeto a las partes litigantes, sometimiento al proceso debido y resolución en plazo razonable y, por último, obligación de guardar secreto profesional, lo cual reitera en p. 185; mientras que SOSPEDRA NAVAS, *op. cit.*, nota 58, p. 489, señala como principios rectores los de imparcialidad, independencia y diligencia para construir el «edificio de la ética judicial».

tampoco sería pertinente transcribir aquí la totalidad de la LOPJ, de modo singular su Lib. IV, y además parece incuestionable que de la teoría a la práctica siempre media un dilatado camino que transitar y cosa distinta es que la LOPJ –que, como casi todas las normas, es mejorable– se observe efectivamente. De ahí que no resulte en absoluto baladí el interés mostrado por parte del colectivo judicial español para configurar una ética de su función,<sup>93</sup> pero que lo más coherente es, en principio, acatar y cumplir el *mínimum* que las normas exigen parece innegable. Además, como se ha dicho, pretender que la ética profesional quede

librada a la conciencia de su destinatario y que sólo debe ser el Derecho el que pueda establecer deberes eficaces en la prestación de su servicio, resulta una tesis apoyada reductivamente en el interés del profesional y totalmente despreocupada en el cliente y la sociedad.<sup>94</sup>

En cuanto a *quiénes* deberían asumir en España la confección de un eventual cuerpo ético judicial resulta obvio que sería tarea de los propios juzgadores a virtud del principio de autorregulación profesional que se advierte en otros tantos colectivos (p. ej., en el de los médicos, quienes gozan de una enorme tradición ético-deontológica que no convendría perder de vista)<sup>95</sup> lo cual, encima, aparece plasmado en el seg. párr., *in fine*, del epí-

---

<sup>93</sup> Por todas, las conclusiones generales 1ª, 2ª, 9ª y 12ª, pp. 602, 603, 605 y 606, así como la ulterior propuesta de un código ético, pp. 624 y 625, contenidas en la referida obra colectiva *Ética del juez y garantías procesales*.

<sup>94</sup> VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 21, insistiendo en su conclusión, p. 25, que «El Derecho y sus exigencias resultan insuficientes a los fines de alcanzar el "mejor" juez posible para la sociedad en la que históricamente presta su servicio».

<sup>95</sup> De manera diáfana dispone, p. ej., el apdo. 3 de la Declaración sobre Autonomía y Autorregulación Profesional de la Asociación Médica Mundial (Madrid, 1987): "la profesión médica asume la responsabilidad permanente de autorregularse. Y, aunque existan otros reglamentos que se imponen a los médicos, la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales de sus miembros". Además, como subraya SOSPEDRA NAVAS, *op. cit.*, nota 58, p. 510, en la totalidad de los casos «los códigos internos son instrumentos de autorregulación del propio colectivo

grafe III de la Exposición de Motivos de la LOPJ<sup>96</sup> y, precisamente por ello, si llegase a ver la luz algún día un documento de carácter ético hecho *por y para* los jueces españoles no cabe duda que vendría a conformar parte de su *lex artis*. Por ello, aunque se concluya que en España, conforme con el cuadro normativo vigente, se debería elaborar un código de ética sin sanción puesto que, de lo contrario, se precisaría reformar la LOPJ<sup>97</sup> me atrevería a predecir que, transcurrido poco tiempo desde su hipotética aprobación, el mismo sería de observancia preceptiva para los juzgadores al integrar, aún parcialmente, las reglas del *arte* o de la profesión judicial.

En efecto, bajo la anchurosa fórmula *lex artis, leges artium, legis artis* o, sencillamente, reglas del arte<sup>98</sup> se abarca el contenido de la libre y diligente actuación profesional encontrando cobijo todo el elenco de actitudes, conocimientos y conductas aplicables a su ejercicio cuya obtención y práctica implica que el *profesional* (médico, juez, arquitecto, abogado, etc.) sea socialmente reconocido como tal,<sup>99</sup> siendo denominador común de la generalidad de las profesiones calificadas *fuertes* la autonomía e independencia en su ejercicio con subordinación, como criterio rector, a esa *lex artis* con carácter prácticamente exclusivo. En última instancia

---

judicial», señalando por su parte DUQUE CORREDOR, *op. cit.*, nota 76, p. 6, que «la elaboración de los proyectos por el propio Poder Judicial garantiza que las normas éticas que se recojan legislativamente se ajusten a la naturaleza propia de la función judicial».

<sup>96</sup> "En lo sucesivo, pues, la carrera profesional de Jueces y Magistrados estará plena y reglamentamente gobernada por la norma o dependerá, con exclusividad absoluta, de las decisiones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial".

<sup>97</sup> SOSPEDRA NAVAS, *op. cit.*, nota 58, p. 513, también la conclusión general 48ª comprendida en la misma obra colectiva, pp. 622 y 623.

<sup>98</sup> Vid. DE LAS HERAS GARCÍA, "Lex artis, onus probandi y responsabilidad médica" en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n. 36, 2005, pp. 17 a 40, también *Estaduto...*, *op. cit.*, nota 1, T. I, pp. 82 a 108, pudiéndose proyectar la propia teoría a los jueces.

<sup>99</sup> Señala VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 20, que el mismo término *profesión*, al margen de su sentido etimológico, «quedó vinculado con una actividad promotora de cierto bien humano, y, por eso, si constatamos que el servicio que se presta conlleva el debilitamiento o la pérdida de uno de esos bienes, no estaríamos dispuestos a reconocerlo como una profesión».

la *lex artis* viene referida al ámbito de autonomía profesional cuya ordenación únicamente incumbe a sus miembros (considerados, por ello, *artífices* o *profesionales*) que, a la sazón, son quienes han de encarnar un modelo de conducta representado por las reglas específicas de un concreto arte u oficio,<sup>100</sup> correspondiendo, en consecuencia, el establecimiento de tal *lex* en la esfera judicial a los propios juzgadores. Esta *lex artis* es, justamente, la que gobierna la actuación de los profesionales que consideremos porque el clásico y genérico modelo o estándar de conducta del *bonus paterfamilias* se caracteriza, desde su raíz, por la negación de todo conocimiento técnico-científico, por su naturaleza no profesional o especializada.<sup>101</sup> De acuerdo con la concepción que se sigue, *latu sensu*, la *lex artis* comprendería dos grandes significaciones:

1º) Como fuente de la cual manan reglas y criterios que rigen la actividad del profesional (en este caso, normas de conducta judiciales) aunque cabría objetar que esta *lex* no se amolda al tradicional esquema de la norma jurídica puesto que, aún estando escrita –como ocurre con los códigos o principios de ética judicial ya referidos u otros cuerpos deontológicos– la mayoría de las veces no conforma un texto legal y no podría presumirse su publicidad para los extraños a la profesión (art. 6.1 CC).<sup>102</sup> Sin embargo, ello no es así<sup>103</sup> desde el momento en que pueden catalo-

---

<sup>100</sup> Como pone de relieve BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 121 y 122, nota núm. 41, la «vinculación de la pericia a la noción de artífice, experto o profesional en un arte ("*quippe ut artifex conduxit*") tiene su raíz en el Dig. 19, II, 9,5» y en el propio Dig. 50, XVII,132, así como en la Inst. 4, III, § 7, se establece el principio *imperitia culpa annumeretur*, aplicando la Glossa (Gl. *imperitia* a Dig., 50, XVII, 132) tal postulado a todo artífice, incluido al juzgador y al médico.

<sup>101</sup> *Ibidem.*, p. 50, desgranando la expresión *buen padre de familia* en p. 79.

<sup>102</sup> "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", al igual que establece el art. 21 del CC mexicano.

<sup>103</sup> Como expresa la STS de 27/XII/1993, Sala 3ª, Sección 6ª, PECES MORATE, FD 4º, el TC tiene declarado (por todas STC de 21/XII/1989) que los cuerpos deontológicos «no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues, al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento».

garse, p. ej., los mandatos y abstenciones ético-deontológicas de costumbre (art. 1.1 CC) y, por tanto, invocarlos como tal<sup>104</sup> al contar con el consenso o beneplácito, expreso o tácito, del respectivo colectivo judicial quedando plasmada dicha *lex* en textos de heterogénea denominación (declaraciones, cartas, postulados, códigos, etc.) y viniendo a reflejar tanto las buenas costumbres (moral profesional, *bona fide*) como los usos profesionales que se incluyen en tal dilatada expresión,<sup>105</sup> permitiendo valorar si la labor ejecutada por un profesional es o no correcta o se atempera o no a aquello que debe hacerse (obrar diligente), de manera que si la actuación observada se adecua a las reglas pertinentes se habla de *buen profesional* o, en este caso, *buen juez* y, al fin y al cabo, de una buena (diligente) *praxis* en el ejercicio de la profesión. Así entendida, la *lex artis* se halla compuesta por aquellos usos, costumbres y prácticas profesionales de obligatoria observancia en toda actividad profesional que conforman una general reglamentación perfectamente compatible con el principio de legalidad consagrado en el art. 25 de la CE (art. 14 Constitución mexicana) y a la que una cláusula general o en blanco (p. ej., el actuar conforme a las

---

<sup>104</sup> Pudiéndose recordar las Leyes 4, 5 y 6, Tít. 2, Part. 1, cuando identificaban la costumbre con la «práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley. Para que la costumbre sea legítima y no corruptela, se requiere: que se haya introducido con el consentimiento tácito del legislador; que sea conforme a la utilidad general...» surtiendo tal costumbre «legítima» los efectos de la ley, ESCRICHE, J., *Elementos de Derecho Patrio*, Librería de la Sra. viuda de Calleja é hijos, 2ª edición, 1840, pp. 13 y 14.

<sup>105</sup> Para FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Actualidad editorial, 1995, p. 43, las normas de comportamiento social o ético «carecen de la fuerza coactiva que caracteriza a las de Derecho, pero su violación acarrea con frecuencia efectos muy sensibles para quien la comete y en su consecuencia pueden señalarse principios jurídicos que emergen en la vida del Derecho a impulsos de valores o concepciones éticas, como buen padre de familia... etc, lo cual conduce a la ética y moralización de las relaciones contractuales y extracontractuales», de manera que las reglas de conducta o de comportamiento profesional incorporadas a códigos de deontología profesional sirven de base para valorar la conducta individual a los efectos de determinar la diligencia, concluyendo que las normas deontológicas y otras directrices profesionales «constituyen una fuente fundamental, incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico, con un valor decisivo en orden a valorar la conducta»..

exigencias de la *bona fide* dentro del orden profesional) podría, en su caso, reenviar.<sup>106</sup>

2º) Como estándar jurídico o arquetipo de conducta (modelo objetivo de diligencia del profesional medio, corolario de la precedente acepción) que sirve para enjuiciar aquellas acciones u omisiones profesionales en orden a determinar una hipotética responsabilidad culposa o, incluso, dolosa del sujeto (extremo de la *lex artis* generalmente aceptado). En este sentido la *lex* define el modelo del profesional al representar reglas específicas de un oficio o *arte* concretos, acudiéndose a ella para subrayar una determinada pauta de apreciación sobre si el trabajo realizado por el profesional se adecua o no a aquello que se debe hacer. La fundamental referencia

---

<sup>106</sup> Y aunque se ha advertido del peligro que podría suponer la *lex artis* como norma en blanco nada obsta a que opere como tal sin perjuicio, además, de actuar como complemento de ésta por cuanto el principio de la *lex artis* se aplica, en general, a las profesiones que plasman, en la práctica, unos resultados empíricos, entre las cuales se hallan, sin duda, la Judicatura. Incluso cabría considerar también la *lex artis* como norma en blanco dada su concreción, su abstracta generalidad, suscitando problemas relativos tanto a la inseguridad jurídica que puede provocar como, en especial, su debida acreditación. Valga reseñar que nuestro TC ha señalado que el principio de legalidad del art. 25 de la CE exige la previa existencia de una norma legal al hecho enjuiciado (prohibiendo cualquier «tentación de *lex ex post facto*»), la cual ha de gozar del suficiente grado de precisión, inteligibilidad y certeza en la configuración de cada tipo penal. De tal manera que ante una conducta imprudente, razona, la reglamentación de la actividad en cuyo desarrollo se produce la negligencia pasa a formar parte del tipo, integrándose en él para completarlo y perfilarlo, mediante la técnica de las denominadas «leyes penales en blanco», constituyendo un elemento normativo que hay que situarlo dentro del perímetro del principio de legalidad a que se refiere el citado art. 25 de la CE, sin perjuicio que, descrito en la demanda el soporte de hecho y el contenido o impacto del agravio sufrido, el órgano judicial competente se pueda mover «con holgura suficiente» merced al principio *iura novit curia*, para no caer en un formalismo propicio de la denegación de justicia. De ahí que no sea siempre admisible una interpretación estricta a la letra del tipo penal, dándose a la palabra *reglamento* una acepción equivalente a producto de la potestad reglamentaria de la Administración, sino que su significado es más amplio y comprende cualquier reglamentación o conjunto de reglas que configuren el ejercicio de una actividad determinada obra del poder o de los ciudadanos (usos, costumbres prácticas profesionales). En suma, concluye el TC, en tal acervo «tiene su asiento la *lex artis*» a la cual puede reenviar explícitamente el juzgador cuando considere que la imprudencia achacable a un profesional infringe una norma que, aún no estando siquiera escrita, existe (en esta línea FJ 2º de la STC de 11/IV/1994, Sala 1ª, DE MENDIZÁBAL ALLENDE).

a la pericia respecto de la figura del profesional, como elemento del modelo que viene a integrar, denota que entre ambos conceptos concurre una conexión paralela a la existente entre la diligencia y el *pater familias*, de manera que, como parámetro objetivo de precaución o patrón de conducta diligente a observar, se llega a concebir la *lex artis* como «modelo de cumplimiento ordinario y regular en contraposición a la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte de que se trate».<sup>107</sup> Entonces tal *lex*, como modelo de cumplimiento ordinario y regular, se conectaría con el principio de la *bona fide*<sup>108</sup> y el actuar diligente trasladado a la esfera profesional en el sentido que se desprende del propio art. 7.1 CC (concepción objetiva de la buena fe). En definitiva, y conforme con esta segunda lectura, la *lex artis* se puede concebir como pauta del comportamiento ético-moral (de acuerdo con la buena fe) y profesional (diligencia) a observar en el ejercicio de la función judicial. Respecto del estándar jurídico que simboliza tal *lex* cabe añadir que derivaría asimismo del concepto de *buen profesional*, *buen artesano*, *buen juez* o *buen científico*, lo que supondría proyectar a la esfera profesional aquél otro de *buen padre de familia* a que alude el CC en distintas ocasiones pero caracterizado por una mayor exigencia, lo cual conlleva asumir una superior diligencia proveniente de su preparación profesional no pudiéndose, por ello, ceñir a la relativa al del *buen pater familias* sin más sino que en su conducta habrá de observar la renombrada *lex*, manteniéndose que ya no es suficiente con la diligencia del ciudadano medio, sino que se necesita actuar conforme a una *diligentia diligentissimi* o nivel de diligencia superior en razón de la naturaleza de los intereses implicados en el desempeño de la función judicial y la presunción de su aptitud (es decir, por el mero

---

<sup>107</sup> Véase STS de 05/V/1989, Sala 2ª, RUIZ VADILLO, FJ 2º, resolución condenatoria respecto de un cirujano.

<sup>108</sup> Al cual se refiere SEGURA NAYA, *op. cit.*, nota 1, p. 89, como principio de *honradez* identificándola con la «disposición habitual de la persona de ser fiel a la palabra dada: La honradez, implica la entereza, la sencillez, la veracidad, entre otras virtudes anejas».



ingreso en la carrera judicial) y es, entonces, cuando se puede declarar que la *lex artis* realmente se halla por encima de normas y disposiciones legales, las cuales no suponen sino un *mínimum*.

A la luz de los dos aspectos enunciados de la *lex artis* se le puede identificar con aquél conjunto de contenidos de naturaleza deontológica, jurídica y técnico-científica<sup>109</sup> cuya observancia resulta exigible en el ejercicio de la actividad y que aparece caracterizado por su variabilidad en atención a su lógica y necesaria acomodación al desarrollo de la ética, la ciencia y la técnica de la profesión a que se refiera, pudiéndose telegráficamente sintetizar sus cometidos en los cuatro siguientes: a) Opera como modelo al cual recurrir para apreciar impericia o negligencia en el ejercicio profesional; b) Como imperativo de conducta o deber principal al que atender por parte del profesional, ubicándose en la misma la totalidad de los restantes deberes profesionales (ya ético-morales, jurídicos o técnico-científicos, tal y como lo concibe la propia jurisprudencia española, sea una u otra cosa lo que entienda en momentos distintos por *lex artis*, subrayándose su carácter mutable);<sup>110</sup> c) Como presupuesto cuya inobservancia dará lugar a la correspondiente responsabilidad (jurídica o moral)<sup>111</sup> del profe-

<sup>109</sup> Como refiere DE URBANO, *op. cit.*, nota 15, pp. 422 y 423, situadas en el ámbito de la profesionalidad «las virtudes del juez se inscriben en el conjunto de saberes, prácticas y exigencias deontológicas, que conforman la actividad jurisdiccional» por lo que, con base en el art. 5.i) de la Ley de Colegios Profesionales, considera que el ejercicio profesional no ha de estar abierto a cualquiera sino únicamente al que posea unos saberes y virtudes «cívicas y profesionales».

<sup>110</sup> Por todas SSTS de 06/VI/1997, Sala 1ª, SIERRA GIL DE LA CUESTA, FJ 3º –«en el presente caso se contempla una posible responsabilidad profesional ... dicha responsabilidad tendrá que ver con una medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados «deberes médicos» –*lex artis ad hoc*–, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un "buen padre de familia"–; de 28/VI/1997, Sala 1ª, MORALES MORALES, 4º FD –estimando el deber profesional de información incluido en tal expresión–; de 19/II/1998, Sala 1ª, MARTÍNEZ CALCERRADA, apdo. 3º de su FD 3º –que identifica igualmente deberes profesionales con *lex artis ad hoc*–; de 26/IX/2000, Sala 1ª, VILLAGÓMEZ RODIL, párr. 10º de su FJ 1º; de 29/V/2003, de la propia Sala y ponente, mismo FD, párr. séptimo, etc.

<sup>111</sup> ROCA JUAN, J. y ATAZ LÓPEZ, J., "Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico" en *Los derechos del enfermo*, Consejería de Sanidad

sional de que se trate y, en el concreto caso del juzgador, también de la Administración de Justicia en la que se adscribe (por el tránsito de la responsabilidad personal a la patrimonial más arriba referida, sin perjuicio de poder interesar ambas) y, finalmente, d) Como norma de complemento a la cual las normas en blanco pueden remitir y simultáneamente (dado su indefinido contenido) como propia normativa en blanco a la que acudir a fin de examinar si la conducta del profesional ha observado tal *lex*, habiéndose mantenido que un «código de ética judicial no solo supone un plus de exigencias para el juez acorde con los tiempos que corren, sino también es un medio de clarificación de conductas y respaldo para el juez que aporta a su tranquilidad y le permite reclamar que se le posibilite el cumplir con aquellas».<sup>112</sup>

En fin que, al menos en España y siguiendo unas líneas jurisprudenciales ya consolidadas, no sería necesario siquiera pronunciarse sobre la obligatoriedad o no de un hipotético cuerpo ético-deontológico relativo a la conducta judicial porque de haberlo, en congruente o justa aplicación de idénticos o similares criterios que se han ido poco a poco conformando, declarando y estableciendo en incontables resoluciones dictadas frente a otros colectivos profesionales (en particular el de los médicos), necesariamente se tendría que admitir su *vis* obligatoria al penetrar entonces un texto de aquel carácter en la *lex artis* judicial cuya contravención sería acreedora de algún tipo de responsabilidad (ya civil, penal o disciplina-

---

y Consumo, Cátedra de Medicina Legal, Murcia, 1987, pp. 4 a 16, diferenciando la responsabilidad moral –en la cual «uno se considera moralmente responsable cuando ante Dios, si se es creyente, o ante la propia conciencia, se debe responder de un acto u omisión»– de la responsabilidad jurídica –apareciendo como «jurídicamente responsable» aquél que origine un daño, exigiendo una acción u omisión productora de un perjuicio que afecta, bien a la sociedad en abstracto, bien a una persona concreta, bien a una y otra simultáneamente–, añadiéndose que de la infracción de tales deberes o de la buena fe emergerá «un derecho subjetivo a la reparación, compensación o a la satisfacción».

<sup>112</sup> VIGO, *op. cit.*, nota 1, p. 24.

ria).<sup>113</sup> En otras palabras, los jueces españoles habrían de comenzar a ingerir entonces su propia medicina.

## **5. A modo de conclusión: empezar desde la base y cumplir las normas jurídicas para allanar el camino ético**

Todo lo relativo al inusitado impulso e interés actuales sobre ética judicial, la conveniencia de confeccionar un texto o código de tal naturaleza en España y, singularmente, la aspiración a procurar alcanzar la *excelencia* en el desempeño de la función jurisdiccional es, como mínimo, plausible y, sin duda, bienintencionado pero ¿para qué sirve ocuparse de unos máximos si no se cumplen debidamente los mínimos?; en otras palabras, ¿de qué serviría positivizar de alguna manera una ética judicial para aspirar a esa excelencia en la profesión si, en más ocasiones de las deseadas, la propia ley se incumple casi por sistema?,<sup>114</sup> sosteniendo la convicción que de observarse el referido nivel jurídico o *mínimo ético* en España sobraría o, al menos, no se echaría en falta una codificación ética para los juzgadores porque, aún prescindiendo del *nomen*, no se puede negar que ya existe *de facto* un código ético –de mínimos si se quiere decir así, pero ético al

---

<sup>113</sup> Nuevamente *Ibidem*, pp. 24 y 25, para el cual una vez aprobado un «código de ética judicial, debe institucionalizarse la responsabilidad respectiva, dado que es irrazonable y desconsiderado de los bienes implicados en el quehacer judicial dejar librado su cumplimiento a la mera voluntad de sus destinatarios».

<sup>114</sup> Resultando significativo, p. ej., que a los profesionales sanitarios españoles, con el gran acervo ético-profesional que la mayoría posee, se les haya tenido que volver a recordar la claridad de los arts. 9.1 y 103.1 de la CE en reciente y redundante normativa, así art. 4.7 de la Ley 44/2003, de 21/XI, de ordenación de las profesiones sanitarias ("El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico...") o art. 4.a) Ley 55/2003, de 16/XII, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud ("La ordenación del régimen del personal estatutario de los Servicios de Salud se rige por los siguientes principios y criterios: a) Sometimiento pleno a la Ley y el derecho...").

fin y al cabo— que no es otro que la LOPJ complementada con otros textos relativos al Poder Judicial. Sin ánimo de ser poco optimista creo modestamente que hay que comenzar a construir el edificio ético-judicial por los cimientos y nunca por el tejado y esta toma de conciencia claro que corresponde a los juzgadores individualmente considerados, pero tanto o más incumbe a su órgano de gobierno.

## 6. Bibliografía

AA VV: "Conclusiones y Propuestas", en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

ALMAGRO NOSETE, José; "La responsabilidad judicial civil (España)", en *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. Moreno Martínez, J. A.), Dykinson, Madrid, 2007.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Ética judicial" en *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. 40, 2001.

\_\_\_\_\_, "Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para los jueces?" en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. 46, 2003.

BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

BERNARD, Jean, *La bioéthique* (trad. Baena, C.), Debate, Madrid, 1994.

BERTONI, Eduardo A., "¿Quién controla a los jueces?" en *Boletín Aportes DPLF*, n. 2, *Due Process of Law Foundation*, Washington, junio 2007.

BOLINCHES, Antonio, *El cambio psicológico*, Kairós, 3ª, Barcelona, 1995.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Argentina, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. I, Civitas (reedición facsimilar), Madrid, 1984.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000" en *Revista del Poder Judicial*, n. 65, Madrid, primer trimestre 2002.

\_\_\_\_\_, *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, dos tomos, Dykinson, Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_, "Lex artis, onus probandi y responsabilidad médica" en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n. 36, 2005.

\_\_\_\_\_, "Procedimiento en reclamación por responsabilidad médica contra hospitales públicos" (*I*, noviembre 2004), (*II*, enero 2005) y (*III*, marzo 2005) en "*Manual de...*", *Revista electrónica* www.njbosch.com.

\_\_\_\_\_, "Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv" en *Revista TSJ y AP*, n. 10, Aranzadi, Navarra, octubre 2001.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "Deontología judicial: El arquetipo de juez, de nuestra época" en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

DUQUE CORREDOR, Román, "El procedimiento administrativo sancionador judicial en la experiencia comparada", consultando el pasado 05/III/2008 en <http://ocma.pj.gob.pe/seminario/duquecorredor.pdf>.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, (nueva edición reformada y considerablemente aumentada por Vicente y Caravantes, J./ Galindo y de Vera, L.), imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

\_\_\_\_\_, *Elementos de Derecho Patrio*, Librería de la Sra. viuda de Calleja é hijos, 2ª, 1840.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Actualidad Editorial, 1995.

FERRER BARQUERO, Ramón, *El castigo del juez injusto: Un estudio de Derecho comparado*, Colección monografías n. 8, Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de la Florida, 2003.

GROSSI, Paolo, "El Derecho entre norma y aplicación. El papel del jurista en la sociedad actual" en *Revista Criterio y Conducta*, n. 2, México, julio-diciembre 2007.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, Instituto Editorial Reus, 7ª (aumentada y arreglada por Dago Sainz, H., y De Molinuevo Junoy, J.), Madrid, T. II, 1953, T. IV, 1955.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, "Prólogo" a *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, t. I, Dykinson, Madrid, 2005.

ROCA JUAN, Juan/ ATAZ LÓPEZ, Joaquín, "Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico" en *Los Derechos del Enfermo*, Consejería de Sanidad y Consumo - Cátedra de Medicina Legal, Murcia, 1987.

ROOS, Stefanie Ricarda/ WOISCHNIK, Jan, *Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos* (trad. Pérez Barberá, G.), Códigos de Ética Judicial n. 6, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005.

SEGURA NAYA, Armando, "Fundamentación ética de la deontología judicial" en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco, "Análisis comparado de los códigos éticos vigentes" en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

TOHARIA, José Juan, "¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?" en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_, Entrevista en "La imagen de la Justicia", *Diario de Noticias*, La Ley, Madrid, Especial mayo 2003.

TORRES DEL MORAL, Antonio/ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, "El pueblo y la nación" en *Derecho Político* (I) (dir. Torres del Moral, A.), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª, Madrid, 1987.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis, "Ética pública, deontología judicial y responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados" en *Ética del juez y garantías procesales, Manuales de Formación Continuada*, n. 24, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

VALERA AUTRÁN, Benigno, *El Consejo General del Poder Judicial y su composición* en [www.iustel.com](http://www.iustel.com) > *Revista de Prensa*, de 08/IV/2008.

VIGO, Rodolfo L., "Ética judicial: Su especificidad y responsabilidad" en *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, jan./mar. 2006.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad., prólogo y notas a la edición española de Daza Martínez, J.), Civitas, Madrid, 1986.

ZARZALEJOS, José Antonio, "Los desastres de la Justicia. Cuestión de milímetros" (resumen del artículo ganador del II apartado de los premios "Enrique Ruiz Vadillo 1999") en *Revista del Consejo General de Procuradores*, España, n. 28, abril-mayo 2000.

Nota: Además de las obras y artículos señalados se contienen en el presente estudio puntuales citas extraídas de diarios y otras fuentes digitales que no se incluyen íntegramente en este apartado bibliográfico, sin perjuicio de su debida identificación y reseña en las siempre útiles notas a pie de página. Las resoluciones referidas han sido extraídas de los distintos repertorios de jurisprudencia y bases de datos de las editoriales Aranzadi y La Ley.



# FORMACIÓN JURÍDICA Y ÉTICA JUDICIAL

Marina del Pilar Olmeda García\*

## 1. Perfil profesional del licenciado en derecho

**E**s incuestionable que la formación integral del abogado excede en mucho del dominio del derecho vigente; es decir, la formación jurídica exige del análisis doctrinal, de la revisión sistemática de la evolución jurídica, del manejo metodológico de las técnicas de interpretación, organización, aplicación y creación del derecho, pero sobre todo, de una sólida formación axiológica.

En la formación jurídica, un asunto que se enfrenta es el deterioro del sistema de justicia, en donde las instituciones formadoras de abogados

---

\* Licenciada en Derecho, Maestra y Doctora en Educación y estudios de doctorado en Derecho Constitucional. Académica de la Universidad Autónoma de Baja California, SNI-1.

tienen una función preponderante para abocarse a las problemáticas lacerantes como: la abogacía de baja calidad; la intolerable lentitud en la administración de justicia; la frivolidad, en algunos casos, de las resoluciones judiciales; la minusrepresentación de los sectores desprotegidos de la población y la práctica deshonestas, entre otros. En ocasiones se siente que los responsables del aprendizaje y la enseñanza jurídica no sabemos qué está sucediendo en la práctica, o no queremos saberlo. ¿Es correcto asumir que los estudiantes de derecho están siendo preparados para servir a la justicia en oposición simplemente a ser leguleyos? en efecto. Esta afirmación parte de asumir que si las facultades de derecho no actúan sobre la problemática expuesta, los recién egresados ni siquiera sabrán las preguntas correctas que deben formular al empezar a ejercer, simplemente serán cautivos del sistema ya existente.

Son muy conocidas las profundas críticas que el ilustre juriconsulto florentino Piero Calamandrei, hizo a la enseñanza verbalista y puramente formal de las escuelas de derecho de los años 20 en Italia, en sus magníficas obras *Demasiado abogados* y *La universidad del mañana*.<sup>1</sup> Al respecto el maestro Héctor Fix-Zamudio, en el mismo sentido, décadas después en referencia a esta obra, expone:

Si esto afirmaba el ilustre florentino respecto de Italia, en la cual los estudios jurídicos han llegado a alcanzar niveles muy destacados, como lo demuestra el gran número de ameritados juriconsultos que han cultivado y cultivan las disciplinas del derecho, en nuestro país, los estudios jurídicos durante mucho tiempo estuvieron abandonados al pragmatismo, y sólo en épocas recientes ha surgido la preocupación por introducir principios técnicos en su enseñanza.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> WITKER, Jorge, *La enseñanza del derecho*, Editora Nacional, México, 1975, p. 14.

<sup>2</sup> FIX-ZAMUDIO, H., *En torno a los problemas de la metodología del derecho*, UNAM, México, 1995, p. 105.

Para formar mejores licenciados en derecho, abogados, juristas, no solamente debe considerarse un sistema más eficaz de transmitir los conocimientos, sino primordialmente, considerar la sustancia y calidad de los conocimientos que deben ser transmitidos. En este sentido, el maestro Eduardo Novoa Monreal, expone:

que una cuestión de fondo que debe centrar la atención de los docentes del derecho, es la revisión del contenido de la enseñanza para que ésta brinde a los estudiantes una formación básica que les permita captar con eficacia la exposición, el estudio y la solución de los fenómenos jurídicos, tal como ellos se presentan en las sociedades actuales y conforme a principios admisibles para mentalidades científicas modernas.<sup>3</sup>

El maestro Héctor Fix-Zamudio, agrega a este respecto:

...claro que el estudio del derecho no se puede concebir sin la obra de los jurisconsultos romanos, de los glosadores y de los postglosadores, de los jusfilósofos racionalistas de los siglos XVII y XVIII, de los clásicos como Savigny, como Ihering y de tantos otros que han aprovechado y al mismo tiempo enriquecido la paulatina, dolorosa y ascendente labor de los juristas. Claro que el derecho no ha sido inspirado exclusivamente en la doctrina, sino que sus fuentes poseen un carácter muy complejo, pues hunde sus raíces en el pueblo mismo y recibe su savia de la misma colectividad, pero se transforma y evoluciona por la contribución que recibe del legislador, la jurisprudencia y la misma doctrina. Si el derecho es un producto de la vida social, si es la vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, tantas riquezas de matices y que se encuentra en continua y constante transformación.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> NOVOA, E. *Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho*, UNAM, México, 1976, p. 55.

<sup>4</sup> FIX-ZAMUDIO, H. *op. cit.*, nota 1, p. 81.

Por su parte, Harry T. Edwards expone: "...desde mi presente y ventajoso punto de vista en la profesión, me temo que la educación jurídica está decayendo en términos de cualquier esfuerzo significativo para reorientarla."<sup>5</sup> En este mismo sentido, en el simposio sobre tribunales federales en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York (1988), que reunió a un número significativo de prominentes profesores de derecho, litigantes, personal administrativo y miembros del Poder Judicial Federal de Estados Unidos, se destacó entre sus conclusiones, que:

...no obstante de estar igualmente preocupados respecto a los sistemas de justicia en ese país, existe un abismo entre los académicos y los practicantes del derecho, y que no se puede seguir alentando la circunstancia de que las escuelas de derecho estén aisladas de un mundo que les pertenece".<sup>6</sup>

Por otra parte, en un informe de la Barra Americana Estadounidense de Abogados titulado "El espíritu del servicio público, un proyecto para la readaptación del profesionalismo en la abogacía", se manifiesta que cualquier recomendación sobre el profesionalismo, debería comenzar por las escuelas de derecho, no sólo porque representan el mayor problema de la profesión, sino porque constituyen nuestras mejores oportunidades.<sup>7</sup>

Más recientemente, Luigi Ferrajoli afirma que:

...el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores

---

<sup>5</sup> HARRY, E., "El papel de la educación en la reorientación de la profesión" en *Revista de Educación Superior ANUIES*, México, 1989, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>7</sup> Barra Americana Estadounidense de Abogados, 1998.

inscritos en sus Constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho... supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.<sup>8</sup>

Las reflexiones expuestas cuestionan la forma de entender y enseñar el derecho, ya que cuando se identifica que las normas vigentes son inválidas deben ser denunciadas por los juristas, particularmente desde las aulas y en última instancia el órgano jurisdiccional debe corregirlas mediante su función jurisprudencial y declarar su anulación.

En consecuencia, el derecho no puede aprenderse sólo como la norma jurídica vigente, sino que se debe iniciar por analizar los principios que sustenta la norma jurídica, el entorno sociopolítico cultural en que fue creada esa norma, sus antecedentes o evolución y naturalmente el marco doctrinal. Esto deberá propiciar la crítica del derecho vigente, como una tarea científica y política de la ciencia jurídica hacia su perfección.

Las consideraciones expuestas permiten ahora también plantear un perfil del licenciado en Derecho, que integre los conocimientos, habilidades, acti-

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed., Trotta, Madrid, España, 1976, p. 20.

tudes y competencias profesionales, que deba adquirir el alumno durante sus estudios jurídicos en las aulas universitarias.

Grande es la preocupación de los juristas y educadores por mejorar la formación de los profesionales de la ciencia jurídica; esta preocupación se ve reflejada en los esfuerzos por actualizar y reformar los planes de estudio, en los que se han ido perfeccionando las metodologías de diseño curricular, con una visión holística, mediante un trabajo científico que se acredita con la aplicación de procedimientos reflexivos, sistemáticos, creativos y críticos.

Entre los objetivos curriculares más importantes de diferentes programas de licenciatura en Derecho de universidades mexicanas, entre ellas, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Autónoma de Baja California, la Universidad de Sonora, entre otras, se encuentran los siguientes:

- Formar juristas capaces de analizar y comprender el sistema jurídico nacional y su vinculación con otros sistemas jurídicos contemporáneos;
- Formar profesionales con una visión integral del estudio y práctica del derecho, con capacidad para intervenir de manera crítica, propositiva, responsable y ética en la solución de los problemas jurídicos.
- Formar expertos en el conocimiento, desarrollo y aplicación de los procedimientos judiciales y alternativas de solución a conflictos.
- Formar profesionales capaces de elaborar preceptos jurídicos para el mejoramiento y avance del orden normativo, que haga más justa la función del sistema jurídico imperante.

- Fomentar en los estudiantes la reflexión teórica para la solución de los problemas reales de los distintos ámbitos de la acción profesional, contribuyendo así al desarrollo de la ciencia jurídica.
- Formar egresados capaces de actuar con sentido ético en su vida personal y en las actividades profesionales, guiados por la realización de la justicia.

Centrados los objetivos curriculares de la licenciatura en derecho, se pasará a la delimitación del perfil profesional de esta carrera, para ello, se seleccionó a una de las instituciones del sector educativo más autorizada en esta materia, el Centro Nacional para la Evaluación de la Educación Superior, CENEVAL, el cual se expone a continuación:

Conforme al Centro Nacional para la Evaluación de la Educación Superior el perfil referencial de validez del recién egresado de la licenciatura en derecho, es el siguiente:

- El egresado en derecho debe comprender el sistema jurídico nacional y sus vinculaciones con otros sistemas jurídicos contemporáneos, ser capaz de aplicarlo en la satisfacción de necesidades de su entorno y asumir frente a él una actitud crítica y creativa en el marco del Estado de derecho, con responsabilidad social y ética profesional.

Los conocimientos que debe adquirir el estudiante durante sus estudios de la licenciatura en derecho son:

- El marco histórico-jurídico.
- Los conceptos jurídicos fundamentales.

- Las principales instituciones jurídicas en sus aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales de las diversas ramas del derecho.
- Las relaciones ante el derecho y otras disciplinas.

Las habilidades y destrezas intelectuales están relacionadas con la capacidad para:

- Interpretar el derecho y aplicar los conocimientos jurídicos en la solución de problemas concretos.
- Vincular los conocimientos de las diversas disciplinas jurídicas y de las ciencias auxiliares.
- Fundamentar y motivar opiniones y decisiones legales.
- Analizar críticamente las normas jurídicas generales e individualizadas.
- Aplicar las herramientas procesales en los conflictos legales.
- Investigar hechos, actos y fuentes del derecho.<sup>9</sup>

Efectivamente, cuando se revisa en las unidades académicas de las diferentes profesiones las prácticas docentes, diseños curriculares y modelos de aprendizaje, se observa que en el área jurídica falta mucho por avanzar para alcanzar los conocimientos, habilidades y competencias que exige el ejercicio de la profesión jurídica en el presente. Es necesario aceptar que los académicos formadores de abogados debemos interiorizarnos más de las herramientas conceptuales y técnicas que permitan de manera cole-

---

<sup>9</sup> <http://www.ceneval.edu.mx>, consultado el 23 de febrero de 2008.



giada diseñar planes de estudio de intervención didáctica, que propicien el desarrollo de competencias, así como evaluaciones que proporcionen evidencia del logro de estas competencias. Se requiere de una mayor comprensión de las ciencias de la educación, para evaluar la influencia de los diferentes factores que inciden en el aprendizaje, desde al ámbito psicológico, sociológico y axiológico.

Se deberá partir del análisis de las funciones profesionales y del perfil de egreso de la licenciatura en derecho, para identificar las competencias subyacentes. Para esto, deben identificarse los principios de la educación aplicables a la planeación de estrategias de intervención didáctica para el logro de competencias, debiendo revisarse las características y funciones de diversas estrategias de aprendizaje y de enseñanza, acordes a los contenidos y enfoques de las asignaturas que integran el plan de estudios.

El licenciado en Derecho debe tener un profundo conocimiento de lo jurídico que le permita la comprensión y aplicación de la legislación, precedentes jurídicos, jurisprudencia, doctrina jurídica, argumentación e interpretación, en sí, todo lo que integra el derecho, no sólo como norma, sino como una realidad social y como ciencia. El licenciado en Derecho debe comprender, también, sobre ciencias auxiliares del derecho como: sicología social y criminal, sociología, política, antropología, medicina forense, economía, entre otras, con el fin de poder abordar los problemas jurídicos con enfoque holístico.

Además del dominio de los dos ámbitos de conocimiento que se exponen, es evidente que no sólo el conocimiento hace al buen licenciado en derecho, es necesario integrar el elemento ético, porque la conciencia moral es la más alta cualidad de un buen juez, de un buen litigante, de un buen notario. Es esta, la conciencia moral, la más elevada de las virtudes del jurista, la más excelsa, la más necesaria, social y científicamente.

## 2. **Ámbito profesional del licenciado en derecho**

Las reflexiones teóricas sobre el campo ocupacional del licenciado en derecho se exponen en torno al interés de profesionalizar la disciplina jurídica con un sentido de mayor compromiso social, de mejoramiento de las responsabilidades profesionales, de incremento en la calidad de los servicios y naturalmente con mayor sustento en la ética profesional. En este sentido, en una reunión reciente de académicos y profesionales del derecho, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al que se le llamó Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, el investigador Luis Pásara, expuso que

...sin nuevos modos de entender y ejercer el derecho no habrá reforma posible, el cambio incluye, pues, a los abogados litigantes, protagonistas silenciosos del sistema de justicia, cuyas limitaciones, ineficacia y malas prácticas son trasladadas cínicamente al aparato estatal de justicia, cuando se rinde cuentas falsamente al cliente...

Trátase de un defensor público o de un abogado privado, predomina en muchos de nuestros países un estilo profesional *chicanero*, se denomina en algunos casos, *leguleyo* en otros, cuyo objetivo principal, distante del juramento que al optar el título obliga a prestar servicios a la justicia, ni siquiera sirve eficazmente al cliente.<sup>10</sup>

Por su parte, el filósofo del derecho Rudolf Von Ihering, citado por el maestro Carlos Arellano García, sostiene que "el abogado es un luchador por el derecho y por la justicia", cuando afirma:

---

<sup>10</sup> PÁSARA, L., *Reformas al sistema de justicia en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 13.

El derecho es una idea práctica. El medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a una lucha contra la injusticia. La paz es el fin del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.... El derecho no es sólo una idea lógica, sino una idea de fuerza: he ahí porqué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo; se complementan recíprocamente; y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.<sup>11</sup>

Sobre estas ideas reflexiona el maestro Carlos Arellano García, en los siguientes términos:

...estas expresiones de valor jurídico, filosófico y hasta literario nos sugieren dos reflexiones: a) Por una parte, nos dan noticia de que se van a forzar voluntades cuando ya con la coercibilidad o con la coactividad se impondrá el deber jurídico. El abogado está dentro de una lucha y debe estar bien preparado para librarla. Será una cualidad que el abogado esté siempre alerta para luchar con la balanza y con la espada. b) Por otra parte, siendo que toda lucha es ardua, constituirá otra cualidad que el abogado esté en forma. Estar en forma significará tener desarrollada bien su habilidad teórico-práctica y haber estudiado detalladamente el asunto que se le encomiende y todos los dispositivos normativos aplicables.<sup>12</sup>

Cuando J. Molierac se refiere a lo que llama disciplina de la abogacía, expone respecto a la tradición:

...así, de siglo en siglo, se perpetuó la tradición de la orden de los abogados, que guarda cada foro como un fuego sagrado; tradición fundada en la observancia de reglas comunes de disciplinas, como el sentido de

---

<sup>11</sup> Citado en ARELLANO GARCÍA, C., *Manual del abogado, práctica jurídica*, Porrúa, México, 2001, p. 106.

<sup>12</sup> *Idem.*

la justicia, de la libertad o del desinterés, que son características constantes de la profesión y que a través de las revoluciones y de los trastornos de todas las cosas, renacen siempre de sí mismas en perenne emulación. Representan para la orden lo que la idea de la patria es para la nación.<sup>13</sup>

Más adelante, al referirse a los deberes de honor del abogado, J. Molierac nos remite a La Roche –Flavin, consejero del parlamento de Burdeos, quien en su *Discours de rentrée* en 1617 expuso:

...es la Probidad, en consecuencia, el principal elemento de la profesión del abogado, pues no ocurre en esta, como en otras funciones; el médico puede ser justo o injusto, con tal de ser sabio en su arte, pues con ello no deja de ser médico; el gramático, cualesquiera que sean las costumbres que tenga, si entiende de hablar correctamente, será siempre gramático; y así ocurre con otras artes; se miden por la ciencia y no se considera la voluntad. En la profesión de abogado, no se toma menos en cuenta la voluntad que la ciencia.<sup>14</sup>

El maestro Héctor Rodríguez Espinoza sostiene, por su parte, que la abogacía y las formas de su ejercicio son experiencias históricas, sus necesidades, aun sus ideales cambian en la medida en que pasa el tiempo y nuevos requerimientos se van haciendo sucesivamente presentes ante el espíritu del hombre.<sup>15</sup>

Efectivamente, las críticas y recomendaciones al ejercicio profesional en general, y particularmente en el campo jurídico, exigen el reforzamiento de la ética profesional, como componente clave en el sistema de justicia.

---

<sup>13</sup> MOLIÉRAC, J., *Iniciación a la abogacía*, trad. de Macedo Pablo, Porrúa, México, 1990, pp. 84-85.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, H., "El día del abogado y el abogado de hoy día" en *Revista del H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora*, México, p. 5.

Se requiere urgentemente de un nuevo modo de ejercicio profesional, que el abogado se decida a litigar con mayor calidad y, sobre todo, con mayores sustentos éticos.

El ámbito profesional del licenciado en derecho es amplio y variado, esto se refleja en el empleo. Los estudios de seguimiento de egresados demuestran que aunque la matrícula y el egreso en esta licenciatura es de las más altas, la capacidad de inserción del egresado también resulta ser de las más altas. En una conferencia dictada por el doctor Julio Rubio Oca, en el Centro de Estudios para la Universidad CESU, de la Universidad Autónoma de Baja California, UABC, el Ex Secretario Ejecutivo de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, ANUIES y Ex Subsecretario de Educación Pública en México, afirmó al referirse al campo ocupacional que "a los abogados se les encuentra en todos lados y regularmente bien ubicados profesionalmente".<sup>16</sup>

Efectivamente, el campo ocupacional del licenciado en derecho es amplio, como amplia es esta disciplina. Por el ámbito disciplinario del derecho, el abogado puede especializarse, por desempeño profesional, en las diferentes áreas, como civil, penal, mercantil, administrativo, fiscal, laboral, agrario, internacional, amparo, electoral, ecológico, entre otras. Por otra parte, existen despachos jurídicos de multiáreas, como sucede con los despachos corporativos.

Por campo ocupacional, el licenciado en derecho, como se desprende de los planes de estudio de esta licenciatura, puede desempeñarse como:

---

<sup>16</sup> RUBIO, J., "La universidad en el futuro inmediato, 2010", Conferencia impartida en el Centro de Estudio Sobre la Universidad, CESU, de la Universidad Autónoma de Baja California, UABC, México, 2003.

**Profesionista independiente:**

- En despachos particulares, realizando asesoría jurídica a favor de las personas e instituciones que soliciten su servicio.

**En el sector público:**

- En el ejercicio de la judicatura en los tribunales del Poder Judicial.
- En el ejercicio de la procuración de justicia en Procuradurías, como agentes del Ministerio Público, secretario de acuerdos y otras responsabilidades del área.
- Como asesor en direcciones o departamentos jurídicos del Gobierno local, estatal y federal.

**Sector privado:**

- Departamentos jurídicos de empresas, industriales y comerciales o de servicios.
- Instituciones y organizaciones auxiliares de crédito.
- Como asesor jurídico en las cámaras de la industria, del comercio y otras organizaciones empresariales.

**Otras actividades:**

- Puede desempeñarse como notario o corredor público.
- Como docente en instituciones de educación superior.
- Como investigador en el campo del derecho.

### 3. La ética en la formación jurídica

Un ámbito que no se puede dejar de lado en toda formación profesional es el de la formación axiológica; en el caso de la profesión jurídica que nos interesa en este trabajo, la ética se centra en las reglas de conductas morales que han de acatarse con motivo del ejercicio profesional del derecho. Trata sobre las normas de conducta que rigen el comportamiento del abogado, en su relación con el cliente, sus deberes para con los tribunales y demás autoridades, su relación con la contraparte y naturalmente su responsabilidad para con la sociedad.

En una obra reciente, Miguel Carbonell expone:

¿Qué es lo que se puede esperar de la enseñanza del derecho en México?, ¿en que contexto deben transmitirse los conocimientos jurídicos?, ¿cuáles son los factores internos y externos que condicionan la docencia y la investigación en materia jurídica?, ¿cuáles son los nuevos retos a los que desde el punto de vista de la pedagogía universitaria, nos vamos a enfrentar en el futuro próximo (o a los que nos estamos enfrentando ya, o incluso sin saberlo)?, ¿qué se espera de los intelectuales en materia jurídica?, ¿qué es lo que pueden o deben aportar los académicos al proceso de cambio político y social que está viviendo México?<sup>17</sup>

Efectivamente, a muchas preguntas mayores respuestas, y una de ellas necesariamente es el reto de la profundización de la formación axiológica en la educación jurídica.

La exigencia del apego a las normas de la ética profesional es asentada en la *Enciclopedia Omeba*:

---

<sup>17</sup> CARBONELL, M, *La enseñanza del derecho*, Porrúa-UNAM, México 2004, p. 1.

Hablar del abogado, implica, forzosamente, hablar de la ética profesional. Por ser tal, el abogado debe ajustarse a normas de conducta ineludibles, que al par que regulan su actuación, enaltecen y dignifican a la profesión... El alto ministerio social que cumple, los intereses de todo orden –la libertad, el patrimonio, la honra– que le son confiados y el respeto que debe guardar a sí mismo y al título universitario que ostenta, exigen del abogado el cumplimiento fiel de las normas de ética consagradas por la tradición.<sup>18</sup>

El ilustre filósofo del Derecho Luis Recaséns Siches, manifestó su preocupación por la actitud en ocasiones denostante que suele emplearse contra la profesión de la abogacía, y expresó:

...desde remotos tiempos circulan por el mundo dos ideas contradictorias sobre la profesión jurídica. Por un lado, la idea de que la profesión de abogado y la de juez constituyen el ejercicio de una nobilísima actividad. Por otra parte, abunda un juicio irónico de acre sátira, contra los juristas.<sup>19</sup>

Luis Jiménez de Asúa, citado en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, considera que "la conducta moral es la primera condición para ejercer la abogacía... nuestra profesión es, ante todo, ética... el abogado debe saber derecho, pero, principalmente, debe ser un hombre recto".<sup>20</sup>

Camus, citado en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, en el siglo XVIII definió al abogado como "un hombre de bien, capaz de aconsejar, defender a sus ciudadanos".<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> *Omeba. Enciclopedia jurídica*, tomo XI, Argentina, 1980, p. 259.

<sup>19</sup> RECASÉNS, L., *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Editorial Nacional, México, 1974, p. 63.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, nota 18, p. 262.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 264



Por su parte Rafael Gómez Pérez, cuando se refiere a una de las actividades más importantes de la profesión jurídica, la función judicial y su trascendencia ética, expone que:

...si es grande la responsabilidad ética de quienes elaboran, aprueban y promulgan las leyes, no es menor la de los jueces, que tienen que aplicarla. La ley en su generalidad, todavía no ha alcanzado al caso concreto, es decir, a los intereses, deseos, expectativas y sentimientos de las personas singulares. El juez hace que entren a los casos concretos en el ámbito de la ley, suponiéndose con esto que realiza la justicia.<sup>22</sup>

Coincidimos en que actualmente es muy difícil sustraerse de la influencia de la moral en los diversos sectores de la vida humana y en el campo del derecho la presencia de la ética cada vez es más actual; por ejemplo, un juez para resolver un caso concreto, no puede apegarse sólo a la norma jurídica, se tiene que ir más allá, porque hay que tomar en cuenta los principios, y por tanto, en la decisión judicial el elemento moral tiene que estar presente.

En este mismo tópico, Javier Saldaña Serrano afirma que:

...una de las más graves omisiones en la investigación jurídica de nuestro país es, sin duda, haber dejado de lado la reflexión teórica sobre la ética jurídica, particularmente la judicial. No es ninguna novedad señalar que en muchas áreas del conocimiento humano, principalmente las disciplinas dedicadas a la experimentación, la preocupación mundial por la ética se ha ido convirtiendo en una constante digna de tomarse en cuenta, de ahí que desde la década de los 60 hasta hoy el argumento ético se haya convertido en referente obligado dentro de estas disciplinas... Este no es el caso de las disciplinas prácticas (excluyendo, por supuesto, la

---

<sup>22</sup> GÓMEZ, R., *Deontología jurídica*, Universidad de Pamplona, España, 1982, p. 114.

propia ética) me refiero a la política, la economía y el derecho, las que en su momento parecieron desestimar tal argumento. Sin embargo, en los últimos años estamos asistiendo a lo que podría calificarse como una "rehabilitación del argumento ético" dentro de estas disciplinas, particularmente las relativas al ámbito jurídico. En este terreno, y concretamente por lo que a la cultura jurídica mexicana reciente se refiere, se habían escrito algunos trabajos concernientes a la administración pública, pero prácticamente nada sobre la tarea legislativa, y bien poco sobre la jurisdiccional.<sup>23</sup>

Las causas del olvido de la relación ética-derecho han sido expuestas con diferentes matices y argumentaciones por la doctrina jurídica: a) Referido a la separación que se dio desde el siglo XIX a las disciplinas prácticas que como en el caso de la ética y el derecho fueron consideradas de manera diferenciada, tanto en el ámbito epistemológico como ontológico; b) Poca exigencia a las cualidades personales del jurista, que en este caso se ha puesto más atención al trabajo científico del derecho que a la formación y desarrollo de las personas que lo aplican, postulantes, jueces, notarios, entre otros, y c) Insuficiencia en el régimen de responsabilidad profesional, donde se identifica que hace falta seguir avanzando en la legislación regulatoria del ejercicio profesional, y de responsabilidades de los servidores públicos, por mencionar dos ejemplos.

Desde el ámbito de la judicatura, Mayra González Solís expone que:

...La falta de crédito en los nuevos esfuerzos para recuperar los valores en la administración de justicia... está relacionada con la ausencia de justificación de las afirmaciones que realizamos desde la judicatura con relación a nuestra visión... Esta ausencia de justificación favorece

---

<sup>23</sup> SALDAÑA, J., *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, SCJN/IIJ-UNAM, México, 2007, pp. 1 y 2.

la confusión del concepto de ética judicial con un conjunto de buenas intenciones, incluso para la comunidad jurídica... Le llamo ausencia de justificación al incipiente desarrollo dogmático de la ética práctica especializada en el ámbito judicial y, como consecuencia, la creencia generalizada de que aquella se agota en la elaboración de códigos de comportamiento, o bien en el discurso persuasivo que emana del interior de los poderes judiciales acerca de las bondades de la ética jurídica... Todo ello tiene explicación si tomamos en consideración que desde las escuelas de derecho... aún no se ha enfatizado en cristalizar la formación axiológica de los funcionarios judiciales, a la par que se ha avanzado en la formación estrictamente intelectual... También, en el plano de nuestra herencia académica, parecería que la teoría no tiene igual relevancia que la práctica...<sup>24</sup>

Lo expuesto por los autores citados, lleva a considerar que no sólo es necesario tener en el ejercicio profesional el constante contacto con la ética profesional, sino que es de interés cotidiano. Por supuesto que ante la posible dificultad que pudiera encontrarse en la determinación de los principios éticos, orientados hacia la realización del bien, es conveniente que se examinen en particular los deberes que se han considerado como integrantes de las reglas de conducta morales que conforman la ética profesional del abogado.

En la actualidad, las barras y colegios de abogados incorporan en sus estatutos el régimen normativo sobre el comportamiento ético o tienen códigos de ética. En el caso de México, La Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., en los estatutos vigentes, en su artículo 2o. fracción III, enuncia como uno de sus objetivos procurar el decoro y la dignidad de la abogacía y que su ejercicio se ajuste estrictamente a las normas de la moral

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ SOLÍS, M., "Justificación del objeto sustancial de la Comisión Iberoamericana de Ética judicial", *Criterio y Conducta. Revista del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, n. 2, Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio-diciembre, México, 2007, pp. 113 y 114.

y el derecho, e imponen a los asociados el deber de cumplir con las normas de ética profesional que establezca la asamblea general, a propuesta de la Junta de Honor.

Asimismo, la Barra aprobó su Código de Ética Profesional, en que se expresa, que:

...en este instrumento los barristas empeñaron solemnemente su honor en la observancia de ciertos principios de moralidad, entre ellos los dos fundamentales: el del honor y de la dignidad profesionales, así como el sincero deseo de cooperar para la buena administración de justicia, que debe estar por encima de toda idea de lucro en el ejercicio de la abogacía y de que el patrocinio de una causa no obliga al abogado a otra cosa que a pedir justicia y no a obtener éxito favorable a todo trance. El Código está estructurado en cuatro secciones que integran 49 artículos, agrupándose las normas éticas en los temas de: Relaciones del abogado con los tribunales y demás autoridades, relaciones del abogado con su cliente y relaciones del abogado con sus colegas y con la contraparte.

Por otra parte, en años recientes han proliferado en el mundo códigos de ética relativos al ejercicio de la judicatura, cuyo objetivo primario es servir de reforzamiento en la tarea moral que se ha propuesto el juez. En este sentido, Javier Saldaña Serrano afirma que:

...los denominados códigos de ética en tiempos relativamente recientes, han proliferado en mi opinión en forma excesiva... un hombre virtuoso no es el que cumple con los deberes reconocidos en tales códigos, sino el que procura cultivarse moralmente practicando las virtudes, con la expectativa de llegar a adquirir los hábitos correspondientes... se ha de partir de un convencimiento personal del agente de que el ejercicio de tales virtudes le ayudará en su desempeño profesional, para ser el mejor juez posible, el mas excelente.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> SALDAÑA, J., *op. cit.*, nota 23, p. 55.

Entre algunos códigos de ética judicial destacan los europeos; un documento que suele mencionarse en primer término es la Carta de los jueces en Europa, de 1993, dada por la Asociación Europea de jueces; en este código se recogen diferentes principios referentes a la ética judicial, dando especial atención al principio de independencia.<sup>26</sup> Otro documento que se destaca en el ámbito europeo es la Carta Europea sobre el Estatuto de los Magistrados, de 1998.

En el ámbito iberoamericano, al igual que en Europa, se ha dado un incremento a la cultura de los códigos de ética, entre los que se encuentran: Costa Rica, con su Código de Ética Judicial, dado por la Corte en 2000; Guatemala, con sus Normas Éticas del Organismo Judicial, de 2001; Honduras, con su Código de Ética para Funcionarios y Empleados Judiciales de Honduras, en 2001; Puerto Rico, con sus Códigos de Ética Judicial del Tribunal Supremo de Puerto Rico, de 2001; Chile, con sus Principios de Ética Judicial de 2003; Venezuela, con su Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, de 2003; Argentina, con distintos códigos de ética correspondientes a distintas provincias; Panamá, que tiene un Código Judicial donde se encuentra una parte relativa a la ética; Perú, con el Código de Ética del Poder Judicial del Perú, de 2004; Paraguay, cuyo Código de Ética para las Funciones de los Magistrados se encuentra aún en proyecto. Mención especial merece el Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en el marco de la XII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Santo Domingo en junio de 2006.

En el ámbito nacional, el Poder Judicial Federal dio a conocer el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación en el año 2004; más reciente-

---

<sup>26</sup> ROOS, R y WOISCHMIK, J., *Códigos de Ética Judicial. Un estudio de derecho comparado para los países Latinoamericanos*, Montevideo, Uruguay, 2005, p. 24.

mente se aprobó el Código Modelo de Ética Judicial para impartidores de justicia de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, las entidades federativas del país se están sumando a esta tendencia, ya que la mayoría ha ido creando sus propios Códigos de Ética para los Poderes Judiciales locales.

En el caso de México, esta proliferación de códigos de ética apunta hacia la necesidad de identificar aquellas mejores prácticas y cualidades, y a partir de ellas, tratar de unificar los cuerpos éticos en busca de que sea un solo cuerpo normativo el que establezca los estándares éticos a que deben apegarse los servidores del sistema de impartición de justicia.

Para restituir el olvido de la relación ética-derecho, la recomendación es reforzar los planes de estudio de la formación jurídica, tanto en licenciatura como en posgrado, mediante contenidos axiológicos en diferentes asignaturas, así como asignaturas diferenciadas, como: formación de valores, ética profesional, ética judicial, ética notarial y responsabilidad de los servidores públicos, entre otros; así se expone en la obra *Ética Profesional en el ejercicio del derecho*.<sup>27</sup>

Con este criterio, en las facultades de derecho de las universidades mexicanas, como en el caso de la Universidad Autónoma de Baja California, desde finales de la década de los 90 se han incorporado al plan de estudios de la licenciatura en derecho las asignaturas de la formación de valores y ética profesional, y en los estudios de posgrado la asignatura de deontología jurídica.

---

<sup>27</sup> OLMEDA, M., *Ética profesional en el ejercicio del derecho*, Porrúa, Mexicali, B. C., México, 2007, p. 54.

## 4. Formación ética para el ejercicio judicial

De la vinculación intrínseca entre formación jurídica y ética judicial se destacan precisamente las exigencias que plantean los códigos de ética expuestos en el punto anterior. En el caso del Código Iberoamericano de Ética Judicial, se delimitan trece principios rectores que deben guiar la ética judicial iberoamericana: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

El otro código de referencia obligada en esta materia, es el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México, en el cual se delimitan en 39 postulados los siguientes principios: independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia. Mucho se podría y nos gustaría analizar sobre estos principios y postulados, con el determinimiento reflexivo que exige cada uno de ellos.<sup>28</sup>

Por otra parte, la importancia de la formación axiológica del funcionario judicial destaca en la orientación que ha estado imprimiendo en los últimos años la Suprema Corte de Justicia, por la supremacía que la función

---

<sup>28</sup> En el número uno de la revista *Criterio y Conducta*, Jorge Higuera Corona, realiza un análisis en el artículo que lleva por título "El Profesionalismo en la Practica Cotidiana dentro de la Judicatura Federal". Asimismo, en el número dos de esta misma revista, Mayra González Solís realiza un análisis de los principios que delimitan el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en el artículo titulado "Justificación del objeto sustancial de la Comisión Iberoamericano de Ética Judicial". También en el mismo número dos, María del Carmen Platas Pacheco realiza un análisis del principio de prudencia en el artículo denominado "Prudencia, Exigencias del Juzgador". Véase *Criterio y Conducta. Revista del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, n. 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación, enero-junio, México, 2007, y *op. cit.*, nota 24.

jurisdiccional ha adquirido en las últimas tres décadas, mediante la estabilidad que ha proporcionado a través de sus criterios jurisprudenciales a las instituciones jurídicas para la consolidación del Estado de derecho.

En este sentido, en un estudio realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que abarca desde el año de 1987 hasta el año 2006, y que quedó sistematizado en una obra que tiene por título *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, se resalta en todas las temáticas abordadas la importancia de la formación valoral del funcionario judicial, incluyendo la de los propios postulantes. Para identificar la magnitud de este estudio, basta decir que de las 11,709 propuestas que fueron presentadas en la consulta nacional para esta investigación, con base en la problemática planteada, quedaron estructurados 40 temas y 247 subtemas; asimismo, fueron referenciadas 263 obras que corresponden a 175 obras generales, 29 sobre la administración de justicia en América Latina y 59 sobre el Poder Judicial mexicano.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la Justicia en México*, SCJN, México 2006. El comité organizador de la Consulta Nacional, integrado por los ministros Mariano Azuela Güitrón, José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo, encomendó a los doctores José Antonio Caballero Juárez (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), Sergio López Ayllón (Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE) y al maestro Alfonso Oñate Laborde (ex Consejero de la Judicatura Federal y consultor independiente) la redacción del *Libro Blanco de la Reforma Judicial*. Su contenido corresponde a la interpretación de los autores de los resultados de la Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de impartición de Justicia en el Estado Mexicano, es de su exclusiva responsabilidad, y no representa la opinión institucional del Comité ni de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su actual integración, es producto de la profunda reforma de 1994-1995. Contrario a lo que pudiera sugerir este dato, la propia Corte no considera esa reforma como una reforma definitiva ni la concibe como un acto fundacional. La percibe como parte importante de un proceso en curso que demanda de consolidación y profundización.

Consciente de que la reforma judicial se encontraba inacabada, la Corte emprendió, a fines de 1999, un esfuerzo por prolongarla. Comprendió que para avanzar, la reforma precisaba de complementarse con una reforma sustancial a la Ley de Amparo. Este impulso la llevó a elaborar un proyecto de una nueva Ley y consiguió que las instancias facultadas para ello la presentaran como iniciativa de ley.



Habiendo sido la que suscribe presentadora del *Libro Blanco*, en el caso de Baja California la crítica que se formula a esta obra en materia de ética judicial, es el hecho de no haber estructurado por separado un apartado específico referido a esta materia. Sin embargo, del análisis y propuestas planteados en esta investigación, sobresalen por su frecuencia los referidos al ámbito axiológico. Estas recomendaciones pueden integrarse en los siguientes ámbitos de análisis.

- a) **Educación jurídica y universidades:** Un aspecto claramente identificado durante la consulta, fue la calidad de la educación jurídica y la mayor vinculación que podría existir entre los poderes judiciales y las universidades. Durante la consulta se expresaron en varias ocasiones serias preocupaciones por impartir una educación jurídica de calidad.

En este campo, se considera que el desarrollo por parte de las autoridades responsables de un mecanismo de certificación parece necesario para mejorar la calidad de la educación jurídica.

---

Imbuida de tal ánimo, la Suprema Corte decidió, hace tres años, iniciar un proceso incluyente de interlocución con la sociedad mexicana para que ella le manifestara las deficiencias y problemas que percibía en el sistema de impartición de justicia. La Corte se abrió a escuchar críticas y otorgó la oportunidad de sugerir las vías para atenderlas y solucionarlas. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte acordó, en agosto de 2003, no sólo a los operadores y especialistas, sino a la población en general. Para tal propósito se integró un comité especializado integrado por tres ministros.

La respuesta ciudadana excedió por mucho nuestras expectativas. Las rebasó en el número de propuestas recibidas, en la variedad de los temas abordados, en la diversidad de enfoques adoptados y en la pluralidad de opciones aportadas. Precisamente la multiplicidad de temas nos condujo a instruir una nueva agrupación temática que permitiera recoger la riqueza de los trabajos recibidos. Los catorce temas sugeridos en la convocatoria de 2003 se ampliaron a treinta y cuatro en la sistematización y clasificación efectuada en 2004 y 2005. La difícil compaginación de soluciones planteadas llevó al comité a procesar las propuestas en mesas de trabajo en las que grupos de expertos y especialistas provenientes de muy variados horizontes profesionales, geográficos y políticos analizaron con la mayor libertad tanto los diagnósticos de percepción ciudadana como las propuestas de solución. De las mesas de trabajo se extrajeron conclusiones que sirvieron de insumo para la elaboración de una agenda judicial.

- b) La profesión jurídica:** Amplia convergencia se da en el sentido de que el ejercicio de la profesión jurídica ante los diversos órganos de impartición de justicia debe asegurar estándares de calidad ética, técnica y responsabilidad profesional; de lo contrario, por más esfuerzos que se realicen en el ámbito de la carrera judicial, si no se ven acompañados por empeños similares de quienes acuden ante los tribunales en representación de las partes, poco habrá de lograrse para mejorar la calidad de la justicia mexicana.

El debate plantea algunas alternativas, mientras hay quienes se inclinan por la colegiación obligatoria, otros sugieren el registro de abogados postulantes ante los tribunales para de ahí pasar a mecanismos de certificación. En este punto, se amplía el abanico de opciones pues algunos se inclinan porque sean las instituciones académicas las encargadas de la certificación, mientras que otros consideran que corresponde a los poderes judiciales y a las agrupaciones profesionales.

- c) Ética y valores:** Los funcionarios jurisdiccionales deben tener no sólo conocimientos técnicos de las reglas y procedimientos, sino también una sólida formación axiológica que les permita orientar su conducta con base en los valores propios de su función, uno de los cuales es la transparencia y la rendición de cuentas.

Se concluye también en la investigación sobre la reforma judicial en México, que aunque en principio la ética se refiere a un comportamiento humano unilateral propio a la conciencia del sujeto, resulta crucial para el desempeño de la función jurisdiccional que los miembros de los poderes judiciales compartan un conjunto de valores y principios de comportamiento que les permita un ejercicio equilibrado con sentido del poder que el Estado deposita en ellos.

En particular, es necesario reconocer que el juez desarrolla su actividad en un entorno complejo que, de muy diversas maneras, ejerce influencia en su conducta. Desde los medios de comunicación, hasta las presiones de las instituciones y las partes, el juez está inmerso en una dinámica de interrelaciones de múltiples intereses que genera con frecuencia conflictos importantes sobre su manera de actuar. Por ello, es crucial dotar a los jueces de los elementos que les permitan discernir los valores que deben orientar su actuación.

Es fundamental destacar que esta orientación debe sustentarse en valores compartidos e interiorizados por parte de los funcionarios judiciales, y no ser una mera imposición externa incapaz de producir un cambio de comportamiento. Se trata de generar un enfoque continuo de autoconocimiento que genere pautas de comportamiento sólidamente fundadas en la conciencia y capacidad crítica del juzgador.

- d) La carrera judicial:** Quizá el más amplio consenso dentro del debate en torno a la reforma judicial sea el que se suscita en torno a la carrera judicial. Existe unanimidad respecto a la necesidad de consolidar y profundizarla, no así respecto de los cargos que forman parte de la misma.

Un aspecto en torno al cual hay grandes coincidencias es el relativo a la necesidad de intercambiar experiencia, establecer el sistema de mejoras prácticas y el poder emprender proyectos conjuntos que involucren a los diversos poderes judiciales, con el concurso de las instituciones de educación superior más prestigiadas.

Sobre este tema, existe el debate relacionado con el ingreso a la carrera judicial mediante concursos abiertos de oposición, la calidad y transparencia de los concursos, así como la confianza en la administración de la carrera judicial al interior del propio Poder Judicial.

- e) **La ética judicial:** Como parte importante de la carrera judicial, se considera también en el estudio de la Suprema Corte de Justicia, la necesidad de incluir de manera preponderante la ética del personal jurisdiccional, en particular, y de todo el personal del sistema de impartición de justicia en general.
  
- f) **Imagen pública del juez:** El juez es el actor central del sistema de impartición de justicia, sin embargo, poco o nada se conoce sobre los jueces: quiénes son, cuál es su educación, cuáles sus actividades y desarrollo profesional. En el estudio se concluye que es importante promover una nueva imagen pública de los jueces, que enfatice sus valores y visión, y que contribuya a generar legitimidad y aprecio social por su función. Es necesario que los usuarios del sistema y la población en general reconozcan la trascendencia de la función jurisdiccional para la sociedad.

De las consideraciones expuestas, se puede concluir que en la relación formación jurídica y ejercicio judicial existe un vínculo que tiene su centro de acción en el ámbito axiológico, por lo cual resulta imprescindible que la formación integral del licenciado en Derecho esté sustentada en los principios fundamentales que rigen la convivencia humana y la ética profesional en el derecho: Independencia, Imparcialidad, Integridad, Objetividad, Transparencia, Prudencia, Diligencia, Profesionalismo y Secreto Profesional, entre otros.

Justificar la formación axiológica para el ejercicio judicial implica una tarea más exhaustiva que la que requiere este modesto ensayo, ya que esta demanda exige el análisis más profundo, sin embargo, estas reflexiones intentan justificar racionalmente el reforzamiento de la ética y la viabilidad de algunas propuestas para concretarlo en la práctica. Por otra parte, se puede afirmar que "fortalecer la conciencia ética" tiene una fuerte

carga retórica, bien intencionada, pero carente de sustento, que necesariamente debe ser justificada con argumentos lógicos y científicos que prueben la viabilidad de esta afirmación.

Se parte de la base de que si bien el ejercicio del derecho está inmerso en prácticas y decisiones que tienen un fundamento axiológico, es precisamente en el ámbito judicial donde con mayor énfasis se identifica esta valoración. Si bien el juzgador debe profundizar permanentemente en el conocimiento de lo jurídico, además de conocer de ciencias auxiliares del derecho, como un atributo indispensable, es indudable que la conciencia moral es la más alta cualidad. Ya se ha afirmado mucho, no sólo por los juristas sino por los justiciables, que el conocimiento y la conciencia recta son los dos ámbitos que integran las exigencias jurídicas, sociales y éticas de la judicatura y que es la conciencia recta la que permite legitimar la actuación del juzgador.

El Poder Judicial en el Estado contemporáneo ha sido instituido con la misión fundamental de restituir el orden social, político y económico, a través de la aplicación del derecho a casos específicos; y, en sentido amplio, si bien le ha sido conferida la función de impartición de justicia, comparte con los Poderes Legislativo y Ejecutivo la responsabilidad del rumbo de una sociedad. En este sentido, el Poder Judicial es responsable, jurídica y moralmente, ante los gobernados y su tarea no se agota en el dictado de sentencias, sino en su actuar diario, permanente, intentando alcanzar los fines del derecho y del Estado.

Así, si en todo el actuar de la vida profesional del licenciado en Derecho subyacen los principios éticos, en el caso de la función judicial éstos resultan más relevantes. En esta primera etapa del siglo XXI, cuando se interactúa en una sociedad global en la que las exigencias del poder público se acentúan por la sociedad que espera que las instituciones cumplan

con la inspiración que condujo a su creación, el compromiso de los servidores públicos se incrementa. En el caso del Poder Judicial, el juzgador deberá actuar como un modelo de conducta que determine el rumbo de la institución.

## 5. Fuentes de consulta

### a. Libros y revistas

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Manual del abogado, práctica jurídica*, Porrúa, México, 2001.

CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

EDWARDS, T. Harry, "El papel de la educación en la reorientación de la profesión" en *Revista de Educación Superior ANUIES*, México, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, España, 1999.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *En torno a los problemas de la metodología del derecho*, UNAM, México, 1976

GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología jurídica*, Universidad de Pamplona, Pamplona, España, 1982.

GONZÁLEZ SOLÍS, Mayra, "Justificación del objeto sustancial de la Comisión Iberoamericana de Ética judicial" en *Criterio y Conducta. Revista del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción*

y *Difusión de la Ética Judicial*, n. 2, Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio-diciembre, México, 2007.

MOLIERAC, J., *Iniciación a la abogacía*, traducción de Pablo Macedo, Porrúa, México, 1990.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho*, UNAM, México, 1976.

OLMEDA GARCÍA, Marina del Pilar, *Ética profesional en el ejercicio del derecho*, UABC-Miguel Ángel Porrúa, Mexicali, Baja California, México, 2007.

PASARA, Luis, "Reformas del sistema de justicia en América Latina: Cuenta y Balance" en *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Editora Nacional, México, 1974.

RODRÍGUEZ ESPINOZA, Héctor, "El día del abogado y el abogado de hoy día" en *Revista del H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora*, México, 1989.

ROOS, R. S., y WOISCHNIK, J., *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2005

SALDAÑA SERRANO, Javier, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Editora Nacional, México, 1974.

WITKER, Jorge, *La enseñanza del derecho*, Editora Nacional, México, 1975.

### **b. Otras fuentes**

Barra Americana Estadounidense de Abogados, 1998

Centro Nacional para la Evaluación de la Educación Superior, CENEVAL,  
<http://www.ceneval.edu.mx>

*Omeba. Enciclopedia jurídica*, t. XI, Argentina, 1980.

RUBIO OCA, Julio, "La universidad en el futuro inmediato, 2010" (Conferencia impartida en el Centro de Estudios sobre la Universidad, CESU, de la Universidad Autónoma de Baja California), UABC, México, 19 de noviembre de 2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro Blanco de la Reforma Judicial en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.



Análisis

Jurisprudencial



# ACERCA DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DE LOS TRIBUNALES MUNICIPALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

Mauricio Yanome Yesaki\*

La Suprema Corte de Justicia, en defensa de la Constitución, para el debido cumplimiento del principio de supremacía de la norma fundamental, al dictar la resolución de la controversia constitucional deberá ordenar al legislador omiso, renuente o negligente a emitir la norma faltante, de acuerdo con el mandato del Constituyente Permanente del propio órgano supremo jurisdiccional.

Carlos Francisco Cisneros Ramos

## 1. Planteamiento del problema

**E**l inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene una obligación inexcusable "de hacer" a los Municipios, consistente en instaurar

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de Monterrey. Maestro en Derecho Fiscal por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Presidente del Capítulo Nuevo León del Foro Mexicano de Derecho Administrativo. Actualmente se

los tribunales municipales de lo contencioso administrativo. Para tal efecto, se requiere la participación del Poder Legislativo de los Estados de la República al exigírseles la expedición de las leyes que, en materia municipal, sean necesarias para su instauración, de conformidad con el espíritu de la reforma municipal de 1999, en el entendido que el plazo que se les otorgó conforme al decreto que contiene la citada reforma feneció el 21 de marzo de 2001. A esta posición doctrinal se llegó en otra ocasión,<sup>1</sup> a pesar de las opiniones pronunciadas en sentido contrario.

Los Municipios –hasta donde se sabe– de Tijuana, Manzanillo, León, Torreón, Querétaro y Tlaxcala ya constituyeron los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo, sin embargo, éstos, a mi juicio, no cumplen con los requisitos de existencia a que se contrae la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis radicada bajo el número 18/97; por tanto, sus sentencias no pueden gozar de la característica de definitividad para los efectos del juicio de amparo directo, al no considerar a dichos órganos jurisdiccionales como verdaderos tribunales.

Es por ello que el presente trabajo tiene por objeto exponer y explicar los referidos requisitos, a fin de facilitar la instauración de los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo que tengan

---

desempeña como Coordinador Jurídico de la Contraloría Municipal de San Pedro Garza García, Nuevo León, como Maestro Titular de la materia de Derecho Administrativo del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, y como Profesor integrante de la Cátedra de Investigación Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública. Sus comentarios son bienvenidos en el email [myanome@gmail.com](mailto:myanome@gmail.com)

<sup>1</sup> YANOME YESAKI, Mauricio, "La facultad jurisdiccional de los municipios en México" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVIII, n. 114, septiembre-diciembre 2005, México, pp. 1235-1273. Visible también en la dirección electrónica siguiente: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/114/el/el11.pdf>

la naturaleza de un verdadero tribunal administrativo; de igual manera se pretende que pueda servir de guía para que en los municipios en donde no se han instaurado, lo hagan de manera correcta; y para aquellos en donde ya existan, se corrijan los vicios o mejoren sus leyes y reglamentos para estar *ad hoc* con la norma fundante en concomitancia con la doctrina y la interpretación constitucional dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## **2. Sobre el concepto de "tribunal" en el sistema jurídico mexicano**

En la Constitución mexicana, si bien no existe una definición formal de "tribunal", sí existen elementos que permiten definirlo y que son esenciales.

Conforme a la Constitución –siguiendo lo sostenido por el distinguido jurista Miguel Bonilla López–,<sup>2</sup> los tribunales son órganos estatales de carácter permanente, dado que se prohíben los especiales y se obliga a que estén previamente establecidos (artículos 13 y 14), con autonomía de decisión (artículos 13, 14 y 17) previstos en la ley, cuya función es resolver –de manera pronta, expedita, completa, imparcial y gratuita (artículo 17)– litigios concretos sobre derechos y obligaciones (artículo 14 y 17) siempre a instancia de parte (artículo 17) mediante resoluciones dotadas de autoridad (artículo 17), fundadas y motivadas (artículo 16), emanadas de procedimientos en los que se cumplan ciertas formalidades (artículo 14).

---

<sup>2</sup> BONILLA LÓPEZ, Miguel, "Sobre el concepto de 'tribunal' en el sistema jurídico mexicano. El caso del Consejo Tutelar de Menores. México" en *Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. I, n. 1, otoño de 2002, p. 136.

La misión de los órganos jurisdiccionales, revistan o no la característica de tribunal, es resolver controversias jurídicas, según lo marcado por la ley.

Sin embargo, las características que distinguen a los tribunales de otros órganos jurisdiccionales estatales, permiten determinar la procedencia ya sea del amparo directo o indirecto en contra de sus resoluciones; lo anterior encuentra su fundamento en los artículos 107, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los numerales 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo y 107, fracción VII, de la norma fundante mexicana y 114, fracción II, de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 del mismo ordenamiento; en consecuencia, la diferencia fundamental entre el amparo directo y el indirecto, obedece al hecho de que la autoridad responsable sea o no considerada como un verdadero "tribunal".

Así se colige, de las hipótesis previstas por los artículos 158, párrafo primero, y 114, fracción II, de la Ley de Amparo, pues el primero hace referencia a tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, como condición de procedencia para la vía directa; y, el segundo, en concordancia con aquél, reserva la vía indirecta para la impugnación de los actos que "no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo".

Miguel Bonilla López, ha enumerado las características que deben reunir los órganos jurisdiccionales denominados propiamente "tribunales" y que son los siguientes:

- a) El órgano en cuestión debe ser de naturaleza pública y estar prefigurado genéricamente en el texto constitucional.
- b) Ha de ser de carácter permanente, y no circunstancial, efímero o especial.

- c) Su existencia, atribuciones y organización han de estar previstas en una norma jurídica general, abstracta e impersonal, expedida por los órganos legislativos federal o locales.
- d) Entre sus funciones ha de estar la de aplicar el derecho para solucionar disputas jurídicas concretas (litigios), seguidos siempre a instancia de parte.
- e) Debe gozar de autonomía, a efectos de resolver la disputa con imparcialidad e independencia.
- f) La solución de tales conflictos ha de hacerse mediante resoluciones en las que se individualicen normas jurídicas (esto es, que se asignen derechos y obligaciones) dotadas de sentido de autoridad (obligatorias y coercibles), con fundamentación y motivación.
- g) Tales resoluciones han de emanar de procedimientos seguidos en forma de juicio, previstos expresamente en leyes emitidas por los órganos legislativos.
- h) En ese procedimiento deben respetarse ciertas garantías procesales a las que se califica de "formalidades esenciales".
- i) Deben actuar expedita, pronta, imparcial y gratuitamente.

En conclusión, se estará en presencia de un "tribunal" propiamente dicho, cuando reúna las características antes apuntadas y contra las resoluciones que emita proceda el amparo directo o uniinstancial.

### **3. Sobre el concepto de "tribunal administrativo" en el sistema jurídico mexicano**

Para conceptualizar la acepción "*tribunal administrativo*", conviene recordar que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tampoco existe una definición formal; no obstante, sí existen elementos que permiten definirlo y que son esenciales.

Tradicionalmente, los tribunales se han identificado como órganos pertenecientes al Poder Judicial. Sin embargo, la propia Carta Magna, en los numerales 73, fracción XXIX-H, 115, fracción II, inciso a), 116, fracción V, y 122, Base Quinta, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, autoriza a los órganos de gobierno, con facultades para legislar, para que puedan crear tribunales administrativos.

Lo anterior es así, pues siguiendo lo resuelto en la sentencia de fecha 25 de agosto de 2004, relativa al Amparo en Revisión número 2444/2003, promovido por José Enrique Corella Gordillo, el Ministro Ponente Juan N. Silva Meza sostuvo, que:

Es verdad que en términos del artículo 17 de la Carta Magna, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes. Empero, de este precepto no se desprende que los órganos pertenecientes al Poder Judicial son los únicos encargados de administrar e impartir justicia, ni que los organismos que formalmente son integrantes del Poder Ejecutivo tienen impedimento para sustanciar procedimientos administrativos y emitir resoluciones o fallos.

Tanto es así que en el artículo 73, fracción XXIX-H de la propia Constitución, se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, que no pertenecen al



Poder Judicial, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para establecer las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

En esas condiciones, es incuestionable que la garantía de la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Carta Magna, que radica en el derecho público subjetivo que todo gobernado tiene en los términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a obtener el servicio público de administración e impartición de justicia, está a cargo del Poder Público del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, mas no únicamente a cargo de este último, como una correlativa obligación de instituir la administración de justicia con el carácter de servicio público, para lo cual debe crear tanto los tribunales como los demás organismos que por razones de economía, prontitud y especialización material, coadyuven en la tarea de administrar justicia.

Es por ello que aun cuando no forman parte del Poder Judicial Federal existen en el sistema jurídico nacional varios organismos que participan en tareas jurisdiccionales, tales como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Superior Agrario, el Supremo Tribunal Militar, entre otros.

De lo expuesto en los párrafos que anteceden se deduce que la administración e impartición de justicia que tutela el artículo 17 de la Constitución Federal, puede llevarse a cabo por órganos del Estado que aunque no son formalmente integrantes del Poder Judicial, están en aptitud de realizar actos en sentido material e intrínsecamente jurisdiccionales, sin importar que el órgano estatal que los realice pertenezca al Poder Legislativo, al Poder Judicial, o al Poder Ejecutivo, siempre y cuando la ley les autorice la realización de esta actividad.

En síntesis, el artículo 17 en armonía con los numerales 73, fracción XXIX-H, 115, fracción II, inciso a), 116, fracción V, y 122, Base Quinta, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permiten el establecimiento de los órganos jurisdiccionales denominados "tribunales administrativos" los cuales deberán reunir las mismas características apuntadas en el apartado que antecede para los "tribunales". Sin embargo, se exige, entratándose de *"tribunales administrativos municipales"*, además de los requisitos anteriores, el que las legislaturas locales en las leyes que en materia municipal expidan, establezcan las bases generales para su existencia, es decir, bastará con que dicha ley previera su existencia, sin necesidad de que se detallara su estructura y organización, puesto que el funcionamiento de tales tribunales, será regulado mediante la aprobación del reglamento municipal respectivo.

A esta conclusión, se llega de la lectura de la interpretación realizada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al contenido del inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la sentencia fallada en sesión del 22 de octubre del 2004, al resolver la contradicción de tesis 147/2004 entre las suscitadas entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del mismo Circuito con residencia en la Ciudad de Tijuana Baja California, la cual en la parte conducente señaló:

De lo que se infiere, que las Legislaturas de los Estados tienen la obligación de expedir leyes con el objeto de establecer:

- Las bases generales de la administración pública municipal; y,
- Las bases generales *"del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las contro-*

*versias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad".*

Resultando importante destacar, que el precepto en cuestión no hace referencia específica a recursos administrativos, ni a autoridades competentes para conocer de ellos, sino que alude expresamente a la existencia de órganos específicos encargados, no de revisar la legalidad de los actos de la administración, sino de dirimir controversias entre la administración y los particulares, que es la nota característica del contencioso administrativo, por lo que el texto constitucional puede entenderse referido tanto al recurso como al juicio contencioso administrativo, lo que corresponderá determinar a cada legislatura en las bases generales que al efecto emita.

En efecto, si las leyes expedidas por las Legislaturas Locales en materia municipal pueden válidamente establecer las bases generales relativas a los órganos encargados de dirimir controversias entre la administración pública municipal y los particulares, debe necesariamente entenderse que no existe impedimento alguno para que tales "*órganos*" tengan carácter de tribunales administrativos.

Debiendo quedar precisado, que el Legislador al modificar el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Federal de la República, tuvo la intención de otorgar a los ayuntamientos, facultades amplias para normar en forma directa y espontánea las materias de su competencia, así como los procedimientos y servicios necesarios para ello, esto es, como "*el procedimiento contencioso administrativo*", como se infiere de la exposición de motivos relativa, que en lo conducente, dice:

"a).- Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir bandos de policía y buen gobierno, reglamentos que regulen la organización de la administración pública municipal, el funcionamiento de sus órganos administrativos, desconcentrados y descentralizados, la distribución de competencias y facultades entre las dependencias y el nombramiento de sus titulares; así como aquellos que sean necesarios para normar las

materias, procedimientos y servicios de su competencia; circulares y disposiciones de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

b).- Las legislaturas expedirán las bases normativas conforme a las cuales los municipios ejercerán las facultades que esta constitución les confiere, limitándose al establecimiento de principios generales de procedimiento administrativo, garantizando los principios de igualdad, transparencia, audiencia y defensa y de legalidad, de acuerdo con la ley que para tal efecto deberán establecer las legislaturas de los estados.

c).- Las bases normativas municipales a que se refiere la fracción anterior, no podrán en ningún caso, establecer procedimientos de nombramiento o designación de servidores públicos municipales que no sean miembros del ayuntamiento; ni podrán establecer la organización administrativa interna, ni constituir a la propia legislatura ni algún otro órgano distinto a los ayuntamientos como instancia de decisión o resolución administrativa por encima del propio ayuntamiento."

Establecido lo anterior, es importante establecer que el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Federal, únicamente faculta a las Legislaturas Locales para expedir leyes en materia municipal en las que se contengan "*bases generales*", lo que significa que, en caso de que la Legislatura Local decidiera depositar en tribunales de lo contencioso-administrativo la función de dirimir controversias entre la administración pública municipal y los particulares, bastaría con que la ley previera su existencia y diera las bases, sin necesidad de que se detallara su estructura y organización.

En tales condiciones, debe concluirse que, en términos de lo dispuesto por el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Legislaturas Locales pueden válidamente consagrar, en las leyes en materia municipal que expidan, las bases generales para la existencia de tribunales municipales de lo contencioso-administrativo, encargados de dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, lo que se traduce, a su

vez, en que los ayuntamientos tienen facultades para aprobar reglamentos en los que se regule el funcionamiento de tales tribunales.

Ahora bien, para que los tribunales así concebidos puedan considerarse como verdaderos "tribunales de lo contencioso administrativo" para efectos de procedencia del amparo directo, será necesario que ejerzan una verdadera función jurisdiccional, la cual se caracteriza porque a través de ella se dirimen controversias por un órgano dotado de plena autonomía e independencia.

#### **4. Los requisitos de existencia de los tribunales municipales de lo contencioso administrativo**

Lo expuesto en la parte final del apartado anterior, en concomitancia con la interpretación constitucional realizada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 18/97 sustentada entre los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Noveno Circuito con residencia en la Ciudad de Victoria, Tamaulipas, dictada en fecha 04 de noviembre de 1997, mediante la cual estableció las notas distintivas de los tribunales de lo contencioso administrativo, permite conocer todos y cada uno de los requisitos de existencia que deben contener los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo en México, para que las sentencias que dichos tribunales emitan sean revisadas en alzada a través del amparo directo o uniinstancial. Para una mejor comprensión, se estima oportuno transcribir la jurisprudencia, nacida con motivo de aquella contradicción, la cual señala a la letra, lo siguiente:

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO.** Los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V, y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultan al Congreso

de la Unión, a las Legislaturas Locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respectivamente, para crear tribunales de lo contencioso-administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos. De conformidad con esas normas supremas, para que una autoridad administrativa, al realizar funciones jurisdiccionales, tenga la naturaleza de tribunal administrativo y, por ende, sus resoluciones sean susceptibles de reclamarse en amparo uniinstancial, se requiere: a) Que sea creado, estructurado y organizado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares. **No. Registro: 196,515. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa, Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VII, Abril de 1998. Tesis: P./J. 26/98. Página: 20.**

Contradicción de tesis 18/97. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Noveno Circuito. 4 de noviembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Juan José Franco Luna.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta de marzo en curso, aprobó, con el número 26/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

En mérito de todo lo antes expuesto, para los efectos de este estudio, primeramente se distinguirán entre el tipo de requisitos que deben reunir los tribunales municipales de lo contencioso administrativo, según la perspectiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo éstos los constitucionales y complementarios, es decir, se consideran los primeros a las características que deben reunir los órganos jurisdiccionales

encargados de impartir la justicia administrativa municipal para que sean considerados verdaderos tribunales, entre los cuales se encuentran: *a)* que sea creado, estructurado y organizado por las constituciones locales y las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados; *b)* que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía para fallar y *c)* que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares; en tanto que se reputan requisitos complementarios en el ámbito de su actuación, aquéllos que si bien no son indispensables para que el órgano jurisdiccional que se constituya pueda funcionar, también lo es que resultan necesarios para que dicho tribunal revista tal denominación y son los que a continuación se apuntan: *a)* que se garantice su autonomía, independencia e imparcialidad; *b)* que se constituya en forma permanente para el fin que fue creado; *c)* que tenga un lugar o sede específico de funcionamiento; *d)* que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada, y *e)* que esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por autoridades designadas en la ley respectiva.

Ahora bien, administrando la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los requisitos que la doctrina aporta para considerar que un órgano jurisdiccional revista la característica de tribunal administrativo, se reputan requisitos constitucionales los siguientes: *a)* el órgano en cuestión debe ser de naturaleza pública y estar prefigurado genéricamente en el texto constitucional; *b)* su existencia, atribuciones y organización han de estar previstas en una norma jurídica general, abstracta e impersonal, expedida por los órganos legislativos federal o locales; *c)* entre sus funciones ha de estar la de aplicar el derecho para solucionar disputas jurídicas concretas (litigios), seguidos siempre a instancia de parte; *d)* sus resoluciones han de emanar de procedimientos seguidos en forma de juicio, previstos expresamente en leyes emitidas por los órganos legislativos, y *e)* en ese procedimiento deben respetarse ciertas garantías procesales a las que se califica de "formalidades esenciales". En cambio se consideran requi-

sitos complementarios los que a continuación se señalan: *a)* ha de ser de carácter permanente, y no circunstancial, efímero o especial; *b)* debe gozar de autonomía, a efectos de resolver la disputa con imparcialidad e independencia; *c)* la solución de los conflictos ha de hacerse mediante resoluciones en las que se individualicen normas jurídicas (esto es, que se asignen derechos y obligaciones) dotadas de sentido de autoridad (obligatorias y coercibles), con fundamentación y motivación, y *d)* deben actuar expedita, pronta, imparcial y gratuitamente. Por tanto, se pasará a analizar cada uno de ellos de manera detallada.

Por cuanto hace al primer requisito constitucional consistente en que *sea estructurado y organizado por las constituciones locales y las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados*, tiene por objeto establecer las bases generales del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, dejándole a los Municipios la facultad de emitir reglamentos, que, entre otras cosas, organicen la administración pública municipal y regulen sus procedimientos de conformidad con las leyes que para tal efecto expida la legislatura local a la cual pertenecen.

En consecuencia, del análisis realizado a la legislación de los municipios de Tijuana, Manzanillo, León, Torreón, Querétaro y Tlaxcala, se advierte *grosso modo* que ninguno de los Municipios antes mencionados a pesar de contar con órganos jurisdiccionales municipales, éstos no se pueden estimar que sean verdaderos tribunales y mucho menos que puedan comprenderse bajo la denominación de "tribunales administrativos" puesto que sus sentencias, resultan ser simplemente resoluciones, es decir, son procedimientos en forma de juicio seguidos por autoridades distintas de los tribunales a que se refiere el artículo 158 de la Ley de Amparo.



Lo anterior, es así, pues para normar el criterio de los lectores, cabe resaltar lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia correspondiente a la contradicción de tesis 26/2003, dictada en fecha 25 de abril de 2003, en la cual se exponen y desarrollan los fundamentos, motivos y circunstancias por las cuales no puede ser considerado el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila, como un verdadero tribunal administrativo. Igualmente, mediante diversa sentencia de fecha 22 de octubre de 2004, dictada dentro de los autos que integran la contradicción de tesis número 147/2004, la Segunda Sala del más Alto Tribunal de Justicia, arribó a la misma conclusión, entrándose del Tribunal Municipal de Tijuana.

A fin de dejar claramente establecida la posición interpretativa de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este punto que se analiza, a continuación, se transcriben las jurisprudencias que derivaron de las citadas contradicciones de tesis, las cuales son al tenor siguiente:

**TRIBUNAL DE JUSTICIA MUNICIPAL DE TORREÓN, COAHUILA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS (COLEGIADAS O UNITARIAS) SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO.**

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 26/98, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, página 20, determinó que de conformidad con los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que facultan al Congreso de la Unión, a las Legislaturas Locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respectivamente, para crear tribunales de lo contencioso-administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos, para que una autoridad administrativa, al realizar funciones jurisdiccionales, tenga la naturaleza de tribunal administrativo y, por ende, sus resoluciones sean susceptibles de reclamarse en amparo uniinstancial, se requiere: a) Que sea

creado, estructurado y organizado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y, c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares. En congruencia con lo antes expuesto, y del análisis de las disposiciones relativas de la Constitución Política del Estado de Coahuila y Código Municipal de esa entidad federativa, así como del Reglamento de Justicia Municipal de Torreón, se concluye que el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila (integrado por el Juzgado Colegiado Municipal y los Juzgados Unitarios Municipales), reviste la característica de autoridad para efectos del amparo, en virtud de que sus resoluciones gozan de unilateralidad, por las que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado, pero no tiene el carácter de "tribunal administrativo" para la procedencia del amparo directo en contra de sus resoluciones, pues si bien es cierto que su función es la de dirimir conflictos entre el Municipio o sus funcionarios y los particulares, también lo es que aun cuando su creación deriva del Código Municipal, su estructura y organización no están previstas en ley, sino en un reglamento expedido por el Ayuntamiento de Torreón en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Carta Magna, en correlación con el artículo 67, fracción XXX, de la Constitución Local y el Código Municipal aludido; en su integración y funcionamiento no es autónomo, pues el Juzgado Colegiado, que hace las veces de segunda instancia, está integrado por funcionarios del Ayuntamiento, que originariamente tienen asignadas funciones específicas dentro del gobierno, por las que reciben un salario, lo cual genera un nexo de dependencia con aquél, además de que el Presidente del Tribunal y los Jueces Unitarios son designados por el Ayuntamiento, a propuesta del Presidente Municipal; tampoco se encuentra garantizada la permanencia de los Jueces municipales, ya que durarán en el cargo el tiempo que constitucionalmente permanezca el Ayuntamiento que los nombró, aunque el Presidente del Tribunal pueda ser ratificado, ya que no existe garantía objetiva de ello. En consecuencia, en términos del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, debe

reconocerse a los Juzgados Colegiados o Unitarios, que conforman el Tribunal de Justicia Municipal, el carácter de autoridad distinta de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y los procedimientos que observan en los conflictos que dirimen por disposición legal –resueltos en forma definitiva–, se pueden reconocer como procedimientos seguidos en forma de juicio a que alude el dispositivo citado, pues los preceptos que los regulan prevén la presentación de una demanda, su contestación, la posibilidad de ofrecer pruebas y rendir alegatos, y el dictado de un fallo, los cuales constituyen elementos similares a los de un juicio; por tanto, sea que las violaciones se hayan cometido en el procedimiento o en la propia resolución, el amparo promovido contra los fallos definitivos dictados por dicho órgano municipal de manera colegiada o unitaria debe tramitarse en la vía indirecta ante el Juez de Distrito. **Registro No. 184256. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XVII, Mayo de 2003. Página: 258. Tesis: 2a./J. 38/2003. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.**

Contradicción de tesis 26/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Segundo y Tercero, todos del Octavo Circuito. 25 de abril de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Óscar Rodríguez Álvarez.

Tesis de jurisprudencia 38/2003. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de abril de dos mil tres.

Nota: La tesis P./J. 26/98 citada aparece publicada con el rubro: "TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO."

**TRIBUNAL UNITARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL DE TIJUANA, BAJA CALIFORNIA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO.** Para que las sentencias de los tribunales municipales

de lo contencioso administrativo, cuya existencia prevé el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puedan ser reclamables en amparo directo, es necesario que la función jurisdiccional que aquellos ejerzan al dirimir las controversias de su competencia se lleve a cabo con plena autonomía e independencia, características de que carece el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, ya que si bien es cierto que el artículo 46 de la Ley del Régimen Municipal para el Estado de Baja California, estatuye como regla general que los Ayuntamientos instituirán en su reglamento un órgano de lo contencioso administrativo con autonomía y definitividad en sus resoluciones, también lo es que conforme al artículo 6o. del Reglamento de Justicia para el Municipio de Tijuana, Baja California, dicho tribunal no tiene la función de dirimir conflictos entre la administración pública municipal y los particulares, con plena autonomía, sino la de conocer del recurso de revisión respecto de las resoluciones que las dependencias emitan con motivo del recurso de reconsideración y que, asimismo, conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Jueces Municipales respecto del recurso de inconformidad; además, según el artículo 33 del ordenamiento últimamente citado, sus resoluciones favorables a los particulares son impugnables a través del procedimiento de lesividad ante el Ayuntamiento, el cual adoptará la resolución definitiva que corresponda. A lo anterior debe agregarse que el titular del tribunal es nombrado por el propio Ayuntamiento a propuesta del Presidente Municipal, ocupará el cargo por el mismo periodo que aquél y podrá ser removido en cualquier momento por causa justificada. En consecuencia, en términos del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, debe concluirse que el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, carece de autonomía e independencia y, por tanto, sus resoluciones, ya sea por violaciones cometidas en el procedimiento o en la propia resolución, deben ser impugnadas en amparo indirecto. **Registro No. 179149. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXI, Febrero de 2005. Página: 323. Tesis: 2a./J. 4/2005. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.**

Contradicción de tesis 147/2004-SS. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del mismo circuito. 22 de octubre de 2004. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Roberto Martín Cordero Carrera.

Tesis de jurisprudencia 4/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintiuno de enero de dos mil cinco.

Siguiendo los criterios sustentados por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes apuntados, en concomitancia con lo resuelto en la controversia constitucional 46/2002, promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Poder Legislativo del mismo Estado, por la omisión en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases de procedimientos administrativos, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias la administración pública municipal y los particulares, el suscrito, en fecha 09 de marzo de 2006 y ratificadas el día 10 del mismo mes y año, presentó dos iniciativas de ley, ante la Oficialía de Partes del H. Congreso del Estado de Nuevo León, consistentes la primera, en reformar la fracción XLV del artículo 63 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León y los artículos 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León y la segunda, referente a la Ley de Justicia Contencioso Administrativa para los Municipios del Estado de Nuevo León, para permitir el establecimiento de los tribunales municipales de lo contencioso administrativo que cumplan con los requisitos de existencia a fin de que sean dichos órganos jurisdiccionales municipales considerados verdaderos tribunales para los efectos del amparo directo y que sus sentencias sean revisadas en alzada a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, asimismo, que dichos órganos jurisdiccionales sean considerados como órganos constitucionales autónomos estatales.

Las anteriores iniciativas se presentaron con el objetivo de que el Poder Legislativo del Estado de Nuevo León realizara las adecuaciones pertinen-

tes a la Constitución Estatal, así como a los ordenamientos secundarios en concordancia con el espíritu de la reforma al inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en consecuencia, lograr una verdadera autonomía municipal que contenga tanto las funciones como las atribuciones que le otorga y concede la norma fundante mexicana.

Como consecuencia de ello, la LXXI Legislatura del Congreso del Estado, a través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales convocó el pasado 14 de septiembre del 2007 a destacados especialistas en materia municipal para celebrar el Foro denominado "Municipio, Hacia un Gobierno Autónomo y Responsable", de cuyas conclusiones en concordancia con las iniciativas antes señaladas, se establece la base jurídica para la instauración de un Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo para el Estado de Nuevo León, a fin de cumplir con el espíritu de la referida reforma constitucional y acatar lo resuelto en la sentencia de la controversia constitucional 46/2002.

Con relación al segundo requisito constitucional referente a que *el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía para fallar*, es importante señalar que, a diferencia de los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V y 122, Base Quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que imponen expresamente la obligación de instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, en el ámbito federal, como estadual y del Distrito Federal, el artículo 115, fracción II, inciso a) del mismo Magno Ordenamiento, simplemente encomienda a las legislaturas estatales a otorgar las bases generales del procedimiento administrativo municipal, incluyendo medios de impugnación y órganos para dirimir controversias entre la administración y los particulares pero, se insiste, no se refiere de manera expresa el requisito de plena autonomía para dictar sus fallos, como una característica *sine*

*qua non* que deban gozar los tribunales municipales de lo contencioso administrativo para que sean considerados verdaderos tribunales.

Cabe agregar que del contenido del artículo 115 constitucional, se desprende que la justicia municipal sólo está sujeta a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, mas nunca se señala, como sí lo hacen los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V, y 122, Base Quinta, de la Carta Magna, tratándose de los tribunales contencioso administrativos, el requisito de autonomía plena para fallar.

Pero, como ya ha quedado apuntado, ese requisito de autonomía plena para fallar, si bien no es obligatorio en términos constitucionales para que se pueda considerar como un verdadero tribunal municipal de lo contencioso administrativo, también lo es que dicho requisito es indispensable para que sus sentencias puedan ser ejecutadas, lo que hace que concatenados dichos requisitos, se impone obligatorio el mismo para el efecto de hacer cumplir las sentencias dictadas por dicho órgano jurisdiccional.

Finalmente, como tercer requisito constitucional se tiene que, *su función sea exclusivamente la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares*, característica que se refiere a que el objeto del proceso administrativo que se lleve a cabo por los órganos jurisdiccionales administrativo municipales es el de resolver las controversias y los conflictos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares exclusivamente, es decir, es uno de los medios de defensa con que cuenta el gobernado para defenderse de un acto lesivo de la autoridad municipal.

Luego entonces, la competencia de dichos órganos jurisdiccionales municipales, no puede ser como acontece en el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila, en el cual a *grosso modo* se le otorga la facultad a

los Juzgados Unitarios de conocer de las quejas contra servidores públicos municipales, o bien como sucede en el Tribunal Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California y el del Municipio de León, en Guanajuato, los cuales conocen de la revisión de los recursos administrativos.

Consecuentemente, deberá otorgarse a los tribunales municipales de lo contencioso administrativo la competencia exclusiva para conocer de los asuntos relativos a la materia municipal como se expuso en otra ocasión,<sup>3</sup> a través de las leyes que al efecto tiene la obligación de expedir la Legislatura Estatal a la que pertenezcan los Ayuntamientos, para que se encuentren *ad hoc* con la interpretación dada al contenido de la fracción II inciso a) del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en definitiva en sesión del día 10 de marzo de 2005 la controversia constitucional 46/2002 promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León. Igualmente, es de hacer notar que, en fecha 09 de marzo de 2006 se presentó otra iniciativa en el mismo sentido, con el único propósito de ampliar la competencia del referido órgano jurisdiccional municipal a fin de permitir el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de los Municipios del Estado de Nuevo León.

Para concluir esta intervención, solo resta abordar *los requisitos complementarios* que deben tener los tribunales municipales de lo contencioso administrativo en el ámbito de su actuación, si bien no son indispensables para que el órgano jurisdiccional que se constituya pueda funcionar tal, también lo es que, resultan necesarios para que revista la denominación de un verdadero "tribunal". Dichos requisitos complementarios son a saber

---

<sup>3</sup> YANOME YESAKI, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 1267-1271.



los siguientes: primero, que se garantice su autonomía, independencia e imparcialidad; segundo, que se constituya en forma permanente para el fin que fue creado; tercero, que tenga un lugar o sede específica de funcionamiento; cuarto, que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada; y quinto, que esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por las autoridades designadas en la ley respectiva.

Por cuanto hace al primer requisito, éste se refiere a la autonomía e independencia que debe existir entre el tribunal municipal de lo contencioso administrativo frente a la administración pública municipal activa, es decir, deben de ser constituidos de manera preferente como órganos constitucionales autónomos,<sup>4</sup> con el objeto de evitar la dependencia jerárquica entre el titular del citado órgano jurisdiccional con el Presidente Municipal y lograr a la vez una mayor independencia al resolver los asuntos de su competencia.

Siguiendo el mismo orden de ideas, para que exista verdaderamente independencia e imparcialidad en el órgano jurisdiccional municipal, necesario será que dicho órgano se integre por personal calificado distinto de la administración pública municipal activa. Inclusive para el nombramiento de sus funcionarios se estima conveniente crear un Instituto de Capacitación, el cual tenga como una de sus funciones principales seleccionar al mejor de los candidatos para ocupar los puestos vacantes, así como su renovación periódica.

Es de hacer notar que, el requisito de autonomía del tribunal municipal de lo contencioso administrativo frente a la administración pública muni-

---

<sup>4</sup> Sobre este particular, véase el artículo YANOME YESAKI, M., "Fundamentos para transformar a los tribunales administrativos en órganos constitucionales autónomos en México. Propuestas y justificación para su consecución" en *Revista Iustitia*, n. 14, abril 2006, Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Sede Monterrey, pp. 229-289.

cial activa, no es exigido constitucionalmente para la impartición de la Justicia Municipal, ya que se debe partir de la idea de la limitación presupuestal que tienen los municipios (por regla general), lo que materialmente les impide asignar una partida monetaria que les permita contar con órganos jurisdiccionales autónomos.

Por ello, si el Reglamento en cuestión señala que la Justicia Municipal, será ejercida por el Ayuntamiento a través de los Juzgados Municipales, o bien por un Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo y éste depende administrativamente del Presidente Municipal genera la ausencia del requisito complementario de autonomía, situación que pudiese generar un escenario similar al del entonces denominado Tribunal Fiscal de la Federación, cuando éste fue constituido allá por el año de 1936, por lo que deberá procurarse que dicho órgano jurisdiccional municipal, sea constituido como un órgano constitucional autónomo –siguiendo la definición apuntada por Yasbe Manuel Carrillo Cervantes<sup>5</sup> para evitar las suspicacias que en su momento generó la instauración del ahora denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En consecuencia, se estima conveniente que los tribunales de lo contencioso administrativo municipales sean creados como órganos constitucionales-jurisdiccionales autónomos e independientes del Presidente Municipal a fin de garantizar de manera eficiente el requisito de autonomía orgánica que debe contener todo tribunal administrativo.

---

<sup>5</sup> A decir de Yasbe Manuel Carrillo Cervantes, los órganos constitucionales autónomos son aquellos: "órganos públicos con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se buscan despolitizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y hacer más transparentes ante la sociedad, teniendo la misma igualdad constitucional ante los otros tres depositarios tradicionales del poder público y, por tanto, deben ser considerados como órganos inmediatos del Estado." CARRILLO CERVANTES, Y. M., *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado*, disponible en línea: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>

Finalmente, los requisitos de autonomía e independencia deben considerarse atributos que garanticen la seguridad jurídica que persigue la división de poderes y el sistema jurídico que rige la vida de la nación mexicana, de modo que, si el órgano jurisdiccional que se constituya, no los reúne, entonces ha de ubicarse a dicho órgano como una autoridad administrativa y no como tribunal, para efectos del amparo.

En relación con el segundo requisito complementario, consistente en que *se constituya en forma permanente para el fin que fue creado*, dicha característica se colma cuando los funcionarios nombrados duren en su encargo un período mayor a aquél que ocupará el funcionario que los designe, particularmente el Presidente Municipal.

Lo anterior, impide que los funcionarios del órgano jurisdiccional municipal sean nombrados para ejercer el cargo, únicamente el periodo constitucional que dure el Ayuntamiento que los nombró, sin ser suficiente que dichos funcionarios puedan ser ratificados, ya que no existe ninguna garantía objetiva de ello para asegurar el requisito de imparcialidad que toda sentencia debe contener.

Por otra parte, el nombramiento de los integrantes designados para laborar en el órgano jurisdiccional, deberá ser exclusivamente para ocupar ese cargo, salvo el de la docencia.

El tercer requisito complementario se refiere a que *se tenga un lugar o sede específico de funcionamiento*, el cual consiste en que exista un lugar cierto donde se realice la actividad jurisdiccional municipal. Lo que se pretende evitar es que exista incertidumbre para los ciudadanos del lugar físico a donde puedan asistir a interponer sus demandas.

Además, se estima que se trata de impedir que dicho Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, funcione como un tribunal especial,

de los prohibidos por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que sólo se erige cuando tiene que resolver ciertos asuntos puestos a su consideración.

Por lo que se refiere al cuarto requisito complementario, relativo a que *sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada*, es de referir, que una condición indispensable para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales es la obligatoriedad de sus decisiones plasmadas en las sentencias y otras clases de resoluciones judiciales. En esta ocasión, la atención se centrará en el primer tipo de decisión apuntado, por ser la sentencia por antonomasia, "el acto jurisdiccional en el cual se expresa la manera más característica la esencia de la *jurisdictio*: el acto de juzgar."<sup>6</sup>

Una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional sea judicial o administrativo, contiene —escribe Carlos Báez Silva— una decisión que obliga a quienes intervinieron en el proceso y aun a quienes no lo hayan hecho. Se dice que una sentencia obliga en virtud de que tiene que ser obedecida. ¿Por qué tiene que ser obedecida una sentencia? La respuesta nos la da el propio Carlos Báez Silva, en los siguientes términos:

Debido a su naturaleza de decisión estatal, la sentencia presupone la existencia de un monopolio de la violencia legítima; el juzgador tiene tras de sí todo el aparato coercitivo del Estado para obligar a que sus decisiones se acaten. Las decisiones judiciales, pueden hacerse acatar sólo por la fuerza legítima. La legitimidad de la fuerza de la que puede disponer el juzgador para hacer obedecer sus decisiones deriva, en primer lugar de la legalidad de la misma, y en segunda instancia de las razones que justifican la existencia de tal fuerza; pero esto no es sufi-

---

<sup>6</sup> Citado por OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 2001, p. 186.

ciente para tornar obligatoria una decisión judicial, pues es preciso que se particularice la legitimidad de la decisión concreta que se ha tomado en un caso específico...

Si se afirma que las sentencias judiciales se obedecen normalmente debido a la posibilidad de coacción, se sigue que la validez de la decisión judicial descansa en el temor a la coacción y a la posible sanción. Por validez de la norma jurídica entiendo la aceptación interna por parte del individuo de la obligatoriedad de la norma jurídica...

Una de las características básicas de las normas jurídicas consiste en que "son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor"; solo cuando esta característica se pierde, las normas jurídicas son objeto de un cálculo racional maximizador por parte de los individuos, pues son percibidas como meras expresiones de puro poder, de pura fuerza, desnudas de cualquier valor.

De los varios significados del concepto de validez del derecho sólo el sentido ético puede generar en el ámbito interno de los destinatarios de la misma, ese sentimiento de obligatoriedad de la norma. Sólo de esta forma es posible sostener que "el derecho vale" en virtud de su obligatoriedad, su fuerza obligante interiormente aceptada.

Una norma jurídica individualizada, tal como una sentencia, es eficaz, es decir, acatada, debido a que se considera válida, es decir, obligatoria, independientemente de la amenaza de coacción que le subyace.

La validez de la decisión judicial...tiene su origen en las razones que justifiquen tal decisión; de aquí se puede desprender que no es la legalidad, sino la justificabilidad lo que es esencial para la validez de las decisiones judiciales en particular y del resto de normas jurídicas en general.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> BÁEZ SILVA, Carlos, "La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n. 13, año 2003, pp. 113-114.

Una vez expuesto desde el punto de vista ético, el contenido del requisito consistente en que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada, desde la óptica jurídica, ésta característica consiste en que no exista medio de defensa alguno en contra de dichas sentencias al menos en la misma instancia que dictó la resolución o sentencia en cuestión.

Explicado con otras palabras, significa atendiendo al federalismo judicial imperante en el país, que el requisito de fuerza de cosa juzgada de que gozan las resoluciones y sentencias dictadas por un tribunal, solamente se circunscribe a la instancia judicial en la cual se actúa, es decir, que no exista medio de defensa legal alguno ante la referida instancia jurisdiccional, por lo que sí es factible la interposición del juicio de amparo en contra de dichas resoluciones y sentencias, con la única salvedad de que dependiendo si es considerado un tribunal propiamente dicho o un procedimiento seguido en forma de juicio, lo que hace la distinción entre el amparo directo o el indirecto.

Finalmente, el quinto requisito complementario, establece que *esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por autoridades designadas en la ley respectiva*. Este requisito es de suma importancia porque frecuentemente se presenta una resistencia de la autoridad demandada a cumplir con una obligación de hacer, de no hacer o de dar, que se le impuso en una sentencia, como puede ser, el otorgamiento de un permiso o una devolución de impuestos, en ambos casos, una vez que haya causado ejecutoria la sentencia, la Sala del conocimiento del Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, de oficio o a petición de parte, según se establezca en la ley y reglamento respectivo, deberá aplicar los medios de apremio en caso de incumplimiento a lo ordenado en la referida sentencia.

Para cumplir con las determinaciones dictadas por el Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, éste deberá contar con medios de apremio

para imponer el orden durante las actuaciones, así como para hacer cumplir las sentencias que dicta.

Los medios de apremio son:

... el conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales el juez o tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus determinaciones. En el ordenamiento mexicano no existe un criterio uniforme para regular las medidas de apremio que puede utilizar el juzgador, pues si bien algunos preceptos las fijan con precisión en otros las dejan a la discreción del Tribunal.<sup>8</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la aplicación de los medios de apremio ha de ser gradual, y que se haga uso de aquellos que resulten suficientes para la finalidad perseguida; en consecuencia, la aplicación del arresto como medida de apremio, sin agotar antes los otros medios coactivos legalmente establecidos constituye una violación del artículo 16 Constitucional. Por último, el auxilio de la fuerza pública es el acudir en apoyo de las instituciones competentes, como la policía, para que el particular o la autoridad cumplan con lo establecido por el Tribunal.

Ahora bien, en la iniciativa de Ley de Justicia Contencioso Administrativo Municipal presentada por el suscrito ante el H. Congreso del Estado de Nuevo León en fecha 09 de marzo de 2006, se expusieron como medidas de apremio, las siguientes: amonestación, multa, arresto hasta por veinticuatro horas y auxilio de la fuerza pública, las cuales podrán ser utilizadas de manera indistinta al arbitrio del juzgador.

En consecuencia, la amonestación en este sentido, se define como una reprensión para que no se reitere un comportamiento que se considera

---

<sup>8</sup> CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA, Rafael, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1985, p. 53.

indebido dentro de un procedimiento. Por otro lado, la pena pecuniaria consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero es la multa, mientras que el arresto se define como la detención, con carácter de provisional, de una persona culpable o sospechosa, en nombre de la ley o de la autoridad. Finalmente, el auxilio de la fuerza pública consiste precisamente en que en ocasiones para hacer cumplir las determinaciones dictadas por los juzgadores de lo contencioso administrativo municipal, se requiere el auxilio de la fuerza pública para cumplir a cabalidad tales resoluciones, pues la insistencia en la negativa de la parte pedidora así lo requiere.

## 5. Reflexiones finales

**PRIMERA.** Para cumplir con el espíritu de la reforma municipal de 1999, específicamente el inciso a), fracción II, del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no basta con crear órganos jurisdiccionales bajo la denominación de Tribunales Municipales, Juzgado de lo Contencioso Administrativo, entre otros, para que éstos se estime que cumplen con lo ordenado por la norma fundante, se requiere además, independientemente de su denominación, que se encarguen precisamente de conocer de las controversias y conflictos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares y que reúnan las características a que se alude a lo largo del presente ensayo.

**SEGUNDA.** La importancia de este opúsculo, radica en que en ocasiones, los encargados de elaborar leyes y/o reglamentos no tienen al alcance la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a ciertos artículos de la Carta Magna; sin que esto suponga que impere un jurisprudencialismo, sino simplemente que al ser el legislador el socio del poder judicial, éstos deberían estar en armonía para el mejor desempeño de sus funciones y redunden en beneficio de la sociedad en la que vivimos.



**TERCERA.** Las reflexiones que se esbozan en esta monografía pretenden ser la base de un estudio superior del tema que permita el establecimiento de tribunales municipales de lo contencioso administrativo que reúnan las características de verdaderos tribunales.

## 6. Bibliografía

BÁEZ SILVA, Carlos, "La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n. 13, año 2003.

BONILLA LÓPEZ, Miguel, "Sobre el concepto de 'tribunal' en el sistema jurídico mexicano. El caso del Consejo Tutelar de Menores. México" en *Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. I, n. 1, otoño de 2002.

CARRILLO CERVANTES, Yasbe Manuel, *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado*, disponible en línea: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 2001.

YANOME YESAKI, Mauricio, "Fundamentos para transformar a los tribunales administrativos en órganos constitucionales autónomos en México. Propuestas y justificación para su consecución" en *Revista Iustitia*, n. 14, abril de 2006, Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Sede Monterrey, pp. 229-289.

\_\_\_\_\_, "La facultad jurisdiccional de los municipios en México" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVIII, n. 114, México, septiembre-diciembre 2005.



Reseñas  
Bibliográficas



**Guastini, Ricardo**  
***Estudios sobre la interpretación jurídica,***  
**Séptima edición, Porrúa, México, 2006**

**L**a interpretación dentro del mundo jurídico es sin duda una actividad trascendental en la realización de la materia misma del derecho. En este sentido, la actividad del juez se ve comprometida por el deber de juzgar conforme a las normas que marca el sistema jurídico, logrando con ello en última instancia la determinación de lo justo en el caso concreto. Es aquí donde convergen los juegos de significado, de intenciones y de "voluntad", en teorías que tratan de desentrañar los procesos e implicaciones de la interpretación jurídica.

Ricardo Guastini, a lo largo de siete ensayos que han sido integrados en una obra conjunta, logra un acercamiento a las teorías sobre la interpretación jurídica en general y las técnicas de interpretación en particular, así como a los problemas que se desprenden de ellas, analizando temas como la creación de lagunas y la subsanación de las mismas a través de la integración del derecho, en un análisis teórico-práctico que ofrece un panorama general al lector, constituyendo además una propuesta teórica

respecto de los momentos en la interpretación y aplicación del derecho como alternativa a la teoría imperante del *open texture*.

En el capítulo primero, el autor trata de clarificar los usos del término interpretación, así como las teorías en que se circunscribe su comprensión jurídica, y de manera especial los objetos en que ésta recae. Así pues, la interpretación en sentido general, puede denotar o una actividad, o bien el resultado o producto de esa actividad, distingo que a menos de ser banal resulta clave para la construcción teórica de los capítulos siguientes. Respecto del concepto de interpretación, se dirá que éste se refiere a la atribución de significado, que dependiendo a la teoría a que nos suscribamos podrá ser uno y concreto, o bien múltiple y variado, lo que implica que se reconozca ya sea como una actividad cognoscitiva, por la cual únicamente se descubre el significado preexistente de un texto, o como una actividad de averiguación o de decisión, postura a la cual se adhiere el propio Guastini.

En el ámbito jurídico, se realiza un análisis similar ya que la interpretación puede ser entendida bajo dos ópticas distintas. En sentido estricto, la interpretación puede entenderse como la atribución de significado a una formulación normativa, siempre que se presenten dudas o controversias respecto de su campo de aplicación, o en sentido amplio, cuando se produce dicha atribución de sentido en presencia de cualquier caso, sea "claro" u "oscuro". Una posición intermedia, subraya la «textura abierta», esto es la vaguedad e indeterminación de casi todos los textos normativos que son formulados en lenguaje natural, de ahí que se desprendan situaciones entendidas como casos "fáciles", que serán identificados por el autor como marginales en donde la aplicación cae dentro del seno de un "núcleo esencial" luminoso, y casos "difíciles" en donde la aplicabilidad de la norma es controvertida.

Por otro lado, también puede entenderse la interpretación según los usos que la práctica jurídica le ha señalado. La distinción de estos usos, sirve de plataforma al autor para distinguir los enunciados interpretativos, de las disposiciones y las "normas", atendiendo a la primera diferenciación realizada respecto de la interpretación, esto es, como actividad o producto de dicha actividad. Así, la interpretación se analiza no como una actividad mental regida por la lógica, sino como una actividad discursiva, de la cual será examinada su producto literario. De esta forma, el "enunciado normativo", se refiere a los enunciados que adscriben significado a un texto normativo; "disposición", por su parte, se llamará a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho, constituyendo el objeto de la actividad interpretativa; y por "norma" se aludirá al contenido de sentido de la disposición o significado, esto es, el resultado.

Finalmente cabe resaltar los objetos, sujetos e intenciones que Guastini contempla en la actividad interpretativa de los diversos operadores jurídicos. En relación con los objetos, el autor habla de una interpretación de textos normativos (derecho, ley, documentos normativos), pero también de intenciones, ya que en ocasiones se trata de dilucidar aquello que al autor quería decir; en el ámbito personal por la figura de los intérpretes, se habla de interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal; respecto de las intenciones, se trata sobre la variedad de juegos interpretativos, que obedecen a su vez a los sujetos que los realizan, como el juez devoto a la ley que busca su "verdadero" significado o la "verdadera" intención del legislador, o el abogado que busca manipular las formulaciones normativas para que beneficien a su cliente.

El capítulo segundo está destinado a tratar las técnicas interpretativas; aquí el autor sistematiza y describe su funcionamiento, para tratar más adelante los problemas que surgen de su aplicación. De esta manera, en dicho apartado se distinguen a grandes rasgos dos tipos fundamentales de

interpretación, a saber: la literal o declarativa, y la correctora. La interpretación literal, atribuye a una disposición su significado *prima facie*, es decir, aquél que se desprende del uso común de las palabras y las reglas sintácticas. Esto es algo subjetivo para el autor, ya que hablar del "sentido propio" de las palabras es una idea falaz e ingenua, así que el significado literal es considerado como una variable dependiente de la competencia y de la intención lingüística de cada uno. Dentro de esta categoría resulta importante la distinción realizada entre interpretación literal y declarativa, que aunque se colocan en una misma posición de inicio, posteriormente se les reconoce un objetivo diferente, de la primera se acotará, que se ciñe al significado exactamente literal, mientras que la segunda hace hincapié en el significado querido, o que se supone querido por el legislador, asumiendo de acuerdo con el autor que "el legislador interpretara lo que dijo «al pie de la letra»" (p. 26).

Con el objeto de hablar de los argumentos a favor y en contra de la interpretación declarativa, se desestima en primer término el significado ordinario de las palabras y de las reglas gramaticales generalmente aceptadas, por considerar, como ya se ha dicho antes, al lenguaje como algo impreciso y subjetivo, así como a las reglas gramaticales elásticas, y se introduce el análisis del argumento *a contrario*.

Tratado de manera relevante en otros capítulos debido a la dualidad de uso que reviste, dicho argumento es analizado en sus extremos, bien como método de interpretación restrictivo o bien en su faceta productora de normas. La primera se identifica con la idea de que "el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir y es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo", por ello no se podrá añadir ningún supuesto a aquello que se encuentre inmerso en el texto. Del segundo modo de empleo se distingue su identidad, ya que resulta claro que por vía de interpretación se atribuye un significado, mientras que por este camino se formula una norma



inédita. En este sentido, el autor refiere que el argumento *a contrario* puede entenderse como un argumento productor de una "norma implícita" de contenido negativo, teniendo el efecto de colmar una laguna, situación que en el caso contrario, dada su función interpretativa, no hace sino poner de manifiesto una laguna, abriendo la posibilidad de que se resuelva a través de diversos mecanismos. No sobra decir que dicho asunto es tratado de manera más amplia en el capítulo cuarto relativo a las antinomias y lagunas del ordenamiento jurídico.

La interpretación correctora, por su parte, se desvía del significado propio de las palabras y se aduce como corrección de la voluntad del legislador, si es que se asume que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende. Si no se está en acuerdo con esto, como es el caso del autor, se alude entonces al hecho de que cualquier interpretación atribuye a un texto normativo, no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto. En este punto se introduce una alusión que parece fundamental, pues llegamos al momento en que se requiere de la argumentación en virtud de que debe sostenerse la desacreditación de la interpretación literal y en su caso la restricción o extensión de significado, elementos que figuran como las dos grandes categorías dentro de esta clase de interpretación.

Así, como herramientas de la interpretación extensiva se incluyen el argumento analógico, al cual le dedicará el estudio del capítulo quinto, y el argumento *a fortiori* en sus dos variantes; mientras que en el campo de la interpretación restrictiva se habla del argumento de la disociación. Existen no obstante, otras técnicas de interpretación correctoras, tal como la interpretación sistemática y la interpretación adecuadora. Fuera de los dos grandes rubros iniciales quedan la interpretación histórica y la evolutiva, esenciales en la actualización y contextualización de las normas de un sistema jurídico particular.

En el capítulo tercero, relativo a los problemas de la interpretación, se afirma que estos nacen de la indeterminación del lenguaje natural, y como se había planteado al inicio, de las intenciones de los diversos operadores jurídicos, como los abogados o los jueces. Aunado a ello, se da cabida al rol que juegan las construcciones dogmáticas y teorías, así como a las razones de oportunidad política como componentes importantes en la determinación de sentido dentro de la interpretación jurídica.

Acerca de los problemas derivados de la estructura del lenguaje, Guastini estudia lo relativo a la vaguedad y a la ambigüedad. De la primera dice, es una propiedad de la referencia de los predicados en la que oscilan matices o variaciones de un término, y por el cual dadas las "zonas de penumbra" se abre a la discrecionalidad del intérprete la decisión sobre el campo de aplicación de una norma. De la segunda afirma, es una propiedad del sentido mismo de los predicados, de la cual pueden distinguirse distintas clases, como la vaguedad semántica, sintáctica o pragmática. A final de cuentas, tanto la ambigüedad como la vaguedad requieren de decisiones interpretativas para la determinación de un sentido, ya que "la ambigüedad requiere una decisión entre dos o más significados en competencia; y la vaguedad de una decisión sobre los confines del significado" (p. 69).

Siguiendo en la temática de los problemas de la interpretación, en el capítulo cuarto se habla de las lagunas y las antinomias, contraviniendo la opinión consolidada de que los problemas que nacen de éstas no son problemas interpretativos propiamente, ya que ambas son propiedades del sistema jurídico, entendiendo a las normas que lo integran en el sentido aludido en el primer apartado, esto es, como resultado de la interpretación. Por tanto, las antinomias y lagunas se presentan como resultado de las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos.

Bajo este contexto y de manera relevante, el autor pone de manifiesto la diferenciación en los momentos en que interviene la interpretación y sus

resultados, elementos que dan pie a la distinción que realiza entre los procedimientos interpretativos idóneos para prevenir las antinomias y las técnicas para resolverlas, así como en el caso de las lagunas, en donde traza una línea igual entre los procedimientos interpretativos idóneos para prevenirlas, los procedimientos interpretativos idóneos para crearlas y las técnicas de integración del derecho idóneas para colmarlas.

En el capítulo quinto, se revisa precisamente una de las técnicas señaladas para la integración del derecho, siendo esta la analogía. Por analogía se entiende, la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma. El autor realiza un análisis especial a esta figura en virtud de la problemática que encierra tanto su determinación como sus efectos. En este sentido, se alude a la argumentación que debe registrarse ante su manejo, ya que deben justificarse no sólo las premisas, esto es la existencia de una laguna, sino la imposibilidad de resolverla de otro modo y la semejanza existente entre los dos supuestos de hecho. Ahora bien, este resulta un punto de contacto importante que merece ser resaltado, pues se concibe de manera muy cercana la interacción entre la analogía, el argumento *a contrario* y los principios generales del derecho como herramientas para integrar el derecho.

Una vez analizados los temas concernientes a la interpretación jurídica general, a las técnicas reconocidas para su implementación y los problemas que se generan con estas, se incluye como siguiente capítulo un ensayo relativo a las peculiaridades de la interpretación constitucional, refiriéndose de manera más específica a los agentes de dicha interpretación, a las técnicas de interpretación y a los problemas de la interpretación de rango constitucional. Cabe destacar en este título, además de la explicación sistemática de los problemas teóricos que representa la adopción de determinadas posturas teóricas y filosóficas respecto de la Constitu-

ción, el apartado relativo a las lagunas en la jurisprudencia constitucional italiana, que aporta experiencias de dicho sistema constitucional, develando el funcionamiento de las instituciones y la interacción de poderes frente a problemas específicos para la integración del derecho.

Así, encontramos relevante el procedimiento de referéndum, la declaración de ilegitimidad y en especial las sentencias aditivas, las cuales en caso de una laguna axiológica, esto es, cuando falta una norma justa, y en particular una norma cuya creación es necesitada por otra, la Corte Constitucional Italiana está facultada para declarar constitucionalmente ilegítima la laguna (si "F2 entonces no G", que está implícita en la norma "si F1, entonces G", entendida en el sentido de que "sólo si F1, entonces G"), produciendo con ello que la conducta no regulada pueda entenderse introducida en el ordenamiento (si F2 entonces G). No obstante el paradójico efecto de dicho procedimiento, el fin y el efecto de tal acción, es colmar una laguna que en grado deja de considerarse como una norma cualquiera.

Finalmente en el capítulo séptimo, Guastini revisa los argumentos y objeciones que presentan las teorías escépticas y cognitivas dentro de la teoría de la interpretación jurídica. La tesis escéptica debe entenderse en el sentido de que todo texto normativo expresa potencialmente más de un significado (*No right answer*), aludiendo a que estos casos son los más frecuentes en comparación con aquellos que nadie controvierte. La teoría de la interpretación se funda y tiene por objetivo el estudio de estos fenómenos macroscópicos, no de los otros, pues desde un inicio se planteó la duda como premisa para la realización de la interpretación.

En el análisis del escepticismo extremo (*anything goes*) bajo los seis postulados que Guastini identifica dentro de la doctrina Kelseniana, el autor encuentra un desfase de momentos interpretativos dentro de la sexta proposición, por lo que marca la diferencia entre el momento de individua-

lización de la norma, y el de aplicación. Así, deja de sostener que todas las interpretaciones son equivalentes desde el punto de vista de la interpretación, cambiando la afirmación a, todas las tesis son equivalentes desde el punto de vista del derecho positivo.

La crítica a la teoría del *open texture* encuentra su base en este punto y será tachada de neoformalista, en virtud de tres situaciones: la primera porque niega que los intérpretes tengan siempre discrecionalidad; porque demuestra creer que no todos los casos son dudosos, y por ende sólo son marginales; y en tercera porque afirma que los problemas para determinar los casos claros de los dudosos, se derivan de la vaguedad propia del lenguaje en que se formulan las normas jurídicas. Sin embargo, la vaguedad, para el autor, es una propiedad de los significados, no de los enunciados, por tanto, es una propiedad de las normas en cuanto resultado de la interpretación, no de las disposiciones. Así, la teoría en comento equivoca los momentos de la interpretación, cuando acepta que esta se resuelve en última instancia en la aplicación de las normas al caso concreto.

Frente a estos problemas Guastini formula una tipología de la interpretación respetando los momentos de identificación de la norma y de aplicación. La interpretación por antonomasia será aquella que se realice en abstracto, ya sea que plantee los diversos significados posibles (*interpretación cognitiva*), que decida el significado de un enunciado normativo (*interpretación decisoria*), o bien que le atribuya un significado nuevo (*interpretación creativa*). La interpretación en concreto –o subsunción–, en cambio, constituye más bien el momento de aplicación del derecho, esto es, la aplicación al caso concreto de la norma previamente individualizada (decidida), en el proceso de interpretación en abstracto.

El estudio sistemático y analítico, así como la ejemplificación práctica que realiza Ricardo Guastini de cada uno de los temas, hace que su lectura

sirva de reflexión y de instrucción para iniciados y avanzados en la materia. Por ello, resulta una lectura completa y necesaria para seguir construyendo el debate actual.

Cynthia Rebeca Sánchez Pérez\*

---

\* Becaria adscrita a la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

**Olmeda García, Marina del Pilar,**  
***Ética profesional en el ejercicio del derecho,***  
**Segunda edición, UABC-Miguel Ángel Porrúa, México, 2007**

**D**ice la profesora Victoria Camps que la fortuna de un libro depende de la calidad de su contenido y de la oportunidad del mismo. En mi opinión, la fortuna que acompaña a *Ética profesional en el ejercicio del derecho* de la profesora Olmeda García se debe precisamente a la reunión de estos dos requisitos. De la rigurosidad académica creo que no cabe ninguna duda, y de la oportunidad de su aparición tampoco; baste recordar que el libro está ya en su segunda edición, apenas dos años después de la primera. Sobre el contenido y la oportunidad del trabajo me permitiré hacer algunos breves comentarios.

En primer lugar he de decir que el libro reúne los argumentos obligatorios para abordar un tema tan complejo y relativamente novedoso en la cultura jurídica mexicana como es el de la ética profesional, en este caso, al ejercicio del derecho. En primer lugar, se encuentra la parte eminentemente teórica, aquella que abarca desde el primer capítulo y llega hasta la página 156, aproximadamente. En ella encontramos cuestiones tan

significativas como el marco conceptual de la ética; la relación que guarda ésta con otras ciencias, así como los problemas relativos a la teoría de los valores y sus principales exponentes. Desde esta primera parte se puede percibir el dominio que la profesora Olmeda tiene de la filosofía clásica, y es a partir de este conocimiento desde donde aborda las cuestiones más relevantes de la argumentación conceptual de la ética. Yo voy a permitirme mencionar sólo algunos de estos.

En la página 15, por ejemplo, señala la profesora Olmeda: "Las personas que no reconocen la importancia de las normas morales en su vida viven como si éstas no existieran, e incluso algunas se jactan de que con normas morales o sin ellas viven como les place. Debe considerarse que aun estas personas reconocen su existencia, desde el momento en que declaran ser ajenas a ellas". Efectivamente, los seres humanos somos, querámoslo o no, constitutivamente éticos, constitutivamente morales, o para emplear la expresión de Zubiri y Aranguren somos "estructuralmente morales", esto es, que incluso aquellas personas que niegan que se conduzcan con parámetros morales, asumen de manera inconsciente en cada una de sus actuaciones ciertos lineamientos de carácter moral que los condicionan de algún modo, asumiendo de esta manera, se quiera o no, un modelo ético. En este sentido dice la profesora Adela Cortina que "todas las personas nos vemos obligadas a lo largo de nuestra vida ante los estímulos que recibimos a tener que tomar decisiones, a elegir desde unos valores –sea cuales fueren–, a justificar nuestras elecciones desde esos valores y hacernos responsables de ellas".<sup>1</sup> Por eso no podemos decir que la moral no nos interesa, o que vivimos en la amoralidad. Necesariamente somos morales o inmorales, dependerá en última instancia de nosotros que nos coloquemos

---

<sup>1</sup> CORTINA, A., *Viabilidad de la ética en el mundo actual*, Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 7.



mos en uno u otro espacio pero todas nuestras actuaciones estarán siempre dentro del mundo moral.

Avanzando un poco más quiero recoger otro argumento que se expresa en la página 20 del libro: "La ética como disciplina tiene un carácter científico, porque responde a la necesidad de un tratamiento científico de los problemas morales. Conforme a este tratamiento, la ética tiene como objeto propio el área de la realidad humana que integra la moral, constituida por actos humanos". Este párrafo encierra el clásico problema de la distinción conceptual entre la ética y la moral, problema en apariencia sencillo pero que encierra una enorme dificultad. La distinción, como todos sabemos, proviene del mundo clásico, para los griegos la expresión *ethikós* procede de *ethos*, que significa morada, residencia, carácter o modo de ser. Aristóteles llega a emplearla incluso como costumbre o hábito. Moral, por su parte, es de origen latino *Mos* y viene a significar lo mismo que ética en los griegos

En el mundo moderno la distinción ya no sólo fue genealógica sino de fondo. Para la mentalidad moderna, la ética es la ciencia que estudia a la moral; su objeto de estudio, por tanto, son las prácticas sociales que representan una moral positiva, intentando hacer ver con esto el eminente papel puramente descriptivo de la ética y el relativo de la moral. El mejor ejemplo de dicha diferenciación es Kelsen. Pero esta distinción responde a una posición epistemológica inconfesa, la de creer que sólo hay principios relativos en una realidad cambiante, esto es, la renuncia implícita o explícita a reconocer que existan principios y prácticas morales objetivos y generalizables. Por más que se tome la primera acepción que empleó Aristóteles de ética, esto es, costumbre, para descalificar la objetividad de ésta y el acceso de su conocimiento, nada hay más alejado de lo que trató de decir el Estagirita. Para él, la costumbre como hábito es un requisito indispensable en la adquisición de la virtud. De ahí que el propio

Aristóteles habría de reconocer que la ética es una disciplina eminentemente práctica, no teórica o especulativa como falsamente se cree; "estudiamos ética no para conocer sino para hacer",<sup>2</sup> "estudiamos ética no para saber qué es la virtud sino para hacernos virtuosos".<sup>3</sup> En este sentido la ética nunca puede ser meramente descriptiva sino eminentemente práctica; se trata, en definitiva, de saber cuáles son las acciones concretas que el hombre ha de poner en práctica para lograr su realización moral.

Lo anterior lo tiene perfectamente claro la profesora Olmeda al señalar en la propia página 20 que "(...) la ética como ciencia, no se mantiene al nivel de una simple descripción o registro de hechos, sino que los trasciende con sus conceptos, hipótesis y teorías". Y más adelante, en la página 24 dejará sentado que "La ética, como toda teoría, es explicación de lo que ha sido o es, y no simple descripción".

Otro argumento que comparto plenamente con la profesora Olmeda es la necesaria distinción entre los actos humanos y los actos del hombre, distinción que por otra parte es de clara ascendencia tomista, cuando en la *Summa theologiae I-II q.6 a.1* señala el doctor angélico dicha diferenciación, atribuyendo la voluntariedad del acto sólo a las acciones humanas. Tal distinción, como la autora hace ver, es fundamental para hablar de ética práctica, de modo que sin esta previa distinción nunca podríamos referirnos con cierta autoridad a ningún tipo de ética.

Lo anterior tiene su razón de ser, y es que, como lo señala la profesora Olmeda, "El valor moral se encuentra en los actos humanos, más no en los actos del hombre" (p. 60). Fundamentalmente, porque sólo en este tipo

---

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1103a 32.

<sup>3</sup> *Idem*.

de actos podemos reconocer el fin o la intención por la que fueron hechos. Entra aquí otro argumento igual de importante que la distinción anterior y también de clara ascendencia aristotélica tomista: el tema del fin de la acción humana. Dice Aristóteles al principio de la *Ética a Nicómaco*: "Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden". Es precisamente la búsqueda del fin (recordemos que en el ámbito de la metafísica fin y bien son intercambiables) en todo acto humano lo que le da la relevancia moral al mismo. Esto lo tiene muy claro la autora, y traslada tal argumento de manera clara y precisa al terreno de las profesiones al señalar: "El ejercicio de una profesión tiene una finalidad originada en la misma naturaleza de la profesión, la persona que ejerce una profesión sin tomar en cuenta esos fines intrínsecos puede pervertir o rebajar esa conducta hasta el grado de llegar a acciones ilícitas (p. 62). Por eso es verdad que en cada acción puede encontrarse ese fin grabado en su propia naturaleza".

No puedo detenerme en la serie de interesantes reflexiones que la Dra. Olmeda hace de la libertad y la felicidad las cuales comparto plenamente, sólo quisiera enunciar el pensamiento de la autora por lo que a la libertad se refiere en la siguiente afirmación que en mi opinión no tiene pierda. Dice nuestra autora en la página 67: "Sólo seremos más libres entre más cerca estemos del bien, de la bondad, de las virtudes. Se debe identificar la libertad no como un producto de la naturaleza ni de las circunstancias, la libertad es una conquista del hombre, de cada ser humano".

Otro argumento que me parece especialmente interesante es el análisis que la profesora Olmeda ofrece de la teoría de los valores y de sus principales representantes; por ejemplo, la explicación que hace entre el objetivismo y el subjetivismo axiológico. En términos generales comparto dicha descripción, y he de señalar que desde la posición del realismo metafísico,

posición que siempre he defendido, hago plenamente mía la afirmación que nuestra autora establece en la página 89 cuando señala:

Los valores, en síntesis, no existen en sí y por sí, al margen de los objetos reales cuyas propiedades objetivas se dan como propiedades valiosas, humanas, sociales, ni tampoco al margen de la relación con una persona; existen tanto objetivamente, como con una objetividad social. Los valores, por tanto, únicamente se dan en el mundo social, es decir, por y para el ser humano.

Efectivamente, los valores humanos requieren de una participación, de la concurrencia de sujeto-objeto contextualizados, es decir, atentos a las circunstancias históricas.

Por otra parte, es verdad, como lo dice la autora, que los valores gozan de una cierta objetividad, que no es la misma que la de las cosas materiales del mundo físico, sino que es una objetividad práctica, es decir, una objetividad fundada en el ente realmente existente y en sus estructuras descubiertas cognoscitivamente por el entendimiento y constituidas por los principios de la razón práctica, para emplear la expresión de John Finnis.

Al tratar las diferentes doctrinas éticas en el capítulo V, la profesora Olmeda hace una referencia a la escuela de los sofistas y en ella establece una crítica importante al relativismo moral. Aceptando que es la conciencia humana la norma de moralidad, critica a tal relativismo señalando que éste

... es una forma de soberbia humana. Es la proclamación del hombre como absoluto entre los demás seres, es la sobrevaloración de sus facultades, conocimientos y criterios. Lo que necesita el relativista es una buena dosis de humildad, que lo capacite para someter su razón al imperio de la verdad, basada en lo real y lo absoluto, que es independiente de la medida humana (p. 103).

Comparto plenamente dicha afirmación, y quisiera decir algo más, cara a la ética jurídica. En rigor, desde una posición relativista uno se encuentra imposibilitado para hablar de ética de las profesiones, particularmente de la profesión jurídica. No hay que olvidar que el cliente del abogado, el del notario, o las partes en un juicio, etcétera, acuden precisamente ante estos profesionistas confiando no sólo en sus conocimientos técnicos o científicos, sino sobre todo en su autoridad moral, en los principios éticos que identifican la profesión y al sujeto que la ejerce. Sería contraintuitivo pensar que la defensa de bienes tan importantes como la libertad, propiedad, o hasta la vida, dependen de una persona cuyos criterios morales fueran tan laxos que podría incluso faltar a los deberes éticos que como profesionista debe a su cliente. Por eso creo que es acertada la crítica que la profesora Olmeda hace al relativismo moral, no sólo como expresión de la soberbia humana, sino también, y sobre todo, como una postura que imposibilita hablar de ética de las profesiones jurídicas.

En este sentido también hago mías las observaciones críticas que hace al pragmatismo en la página 130, y como en el anterior argumento me gustaría hacer un breve comentario. El pragmatismo es, como lo señala la profesora Olmeda, la corriente que admite como verdadero aquello que produce éxito en la práctica, dicho en otras palabras, que el conocimiento humano no tiene valor en sí, sino en la medida en que éste produce resultados cuantificables. Esto, cara a la ética jurídica acarrea problemas especialmente delicados, porque para este modelo "no existe mejor profesionista que aquel que domina a la perfección la técnica de su trabajo y que, al mismo tiempo, produce los rendimientos más elevados. (...) llega a considerarse bueno o lícito, no aquello que respeta determinados parámetros éticos, sino lo que produce los resultados deseados".<sup>4</sup> Parece claro que desde esta posición no podría esperarse ningún compromiso con el dere-

---

<sup>4</sup> APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 47-48.

cho ni con la justicia. Desde el pragmatismo estamos suscribiendo inconscientemente la vieja sentencia de Maquiavelo de que el fin justifica los medios. ¿Qué podría esperarse de aquel abogado que por la ambición del dinero, del reconocimiento social, o el poder, es capaz de llevar a efecto cualquier acción con tal de conseguir el fin deseado?

La segunda parte del libro estaría constituida por el Régimen jurídico del ejercicio profesional del derecho. Dicho régimen jurídico no sólo abarca el ámbito federal sino alguno local como es el caso del Distrito Federal. Vale la pena señalar, como lo hace la doctora Olmeda, un tema que para muchos es olvidado, incluso para aquellos que nos dedicamos a trabajar la ética jurídica; éste tiene que ver con no olvidar que muchos de los deberes éticos del profesionista se encuentran ya establecidos en la legislación positiva, esto es, que si bien es verdad que no debemos juridizar la ética profesional, en este caso la del ejercicio del derecho, no hay que perder de vista que gran parte de los principios y deberes éticos ya se encuentran recogidos en la leyes respectivas. Es el caso de la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, recogido prácticamente en cualquier legislación. Allí se establecen principios como el de "Prestar el servicio en la forma, en el tiempo y en el lugar convenidos, o en la forma, tiempo y lugar que se requieran técnicamente conforme a la naturaleza del negocio, utilizando todos los conocimientos en el desempeño de su actividad y es responsable, por tanto, de su negligencia, impericia o dolo" según lo determina el artículo 2615 del Código civil para el Distrito Federal.

En el sentido anterior, se encuentra igualmente el deber moral que el profesionista tiene de guardar reserva y el secreto en relación a los negocios y a la información que tenga del cliente. La Ley de Profesiones reconoce este tema en su artículo 36, y la doctrina ha establecido algunos lineamientos generales a través de los cuales se resguarde este secreto profesional en el caso del abogado postulante. Así por ejemplo se dice:

i) no comentar en lugares públicos asuntos donde la información del cliente pueda surgir; ii) mantener un control estricto de los archivos donde pueda estar información documental reservada; iii) cuidar que los documentos donde se encuentra la información confidencial puedan estar sólo al alcance de las personas que deben trabajar con ellos; iv) una vez finalizado el proceso, el abogado tendrá que destruir todos aquellos documentos donde se guarde información del cliente; etcétera.<sup>5</sup>

En resumen, con lo anterior, de lo que se trata es hacer ver que en más de una ocasión se puede encontrar una estrecha relación entre la ley positiva y el deber de ética judicial. Y que tal legislación puede incluso venir a reforzar el argumento ético.

En la tercera parte del libro, la profesora Olmeda trata ya algunos temas específicos concernientes a la ética jurídica, como son, por ejemplo, el tema de las asociaciones de profesionistas, o el perfil del licenciado en derecho que queremos. Sobre el primer punto la profesora Olmeda parece sostener la idea de que exista una colegiación obligatoria para los que deseen ejercer la abogacía. Esto lo deduzco de la ventajas que la propia autora reseña en la página 197 al señalar que:

Si tomamos en cuenta las recomendaciones expuestas en los puntos anteriores y las orientaciones en la materia es aconsejable que las asociaciones profesionales considerarán como criterios de su propia superación y la de sus agremiados, los siguientes puntos: i) Procedimientos exigentes de ingreso y promoción; ii) una vida colegiada activa; iii) un programa permanente de capacitación y desarrollo profesional; iv) formar parte activa de las comisiones de trabajo; v) aplicación del código de ética y sistemas de evaluación; vi) pagar oportunamente sus cuotas (pp. 198-199).

---

<sup>5</sup> *Idem.*, p. 265.

Por lo que al perfil del licenciado en derecho se refiere he de señalar que comparto plenamente la afirmación que la profesora Olmeda hace en la página 233 cuando afirma: "La docencia y la investigación de la ciencia jurídica tienen un papel fundamental que jugar en la preocupación y administración de la justicia, en el servicio público, en la amplitud de la vida democrática y, en sí, en el fortalecimiento de los valores supremos de la convivencia humana, libertad, igualdad, justicia y seguridad jurídica". Aquí me gustaría hacer sólo una reflexión breve, a propósito del papel que les corresponde a las universidades, y es que en el compromiso con la ética del jurista, del futuro licenciado en derecho, tales instituciones académicas han asumido un rol dubitativo, casi podríamos decir que han sufrido el efecto cangrejo. Para muestra basta un botón. En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México la materia de ética jurídica es impartida sólo en un semestre y, lo que es más frustrante, compartiendo créditos con la de derechos humanos, como si una y otra pudieran ser suficientemente bien tratadas en tan corto tiempo. Por eso creo que hemos de alzar la voz para hacer ver a las autoridades universitarias que la deficiencia en los planes de estudio de esta materia será, mañana, la deficiencia moral de nuestros profesionistas. La propia doctora Olmeda lo señala al establecer que sin ética las relaciones económicas internacionales se desbocarían. Recordemos que gran parte de la población mundial vive en la más extrema de las pobreza. Que sólo el 20% de la población mundial puede llegar a tener trabajo, el otro 80% no. Pero también la falta de ética afecta al medio ambiente, el calentamiento global, la devastación de grandes extensiones del planeta; la eliminación de especies completas de animales, etcétera. Del mismo modo se encuentran el tema de los avances genéticos y médicos, apostando, sobre todo nuestros vecinos del norte, por una eugenesia liberal a través de la cual los más poderosos económicamente hablando podrán determinar las caracterís-



ticas físicas e intelectuales de sus futuros hijos.<sup>6</sup> Estos son los mejores ejemplos de hacia dónde nos encaminamos sin ética en el mundo.

Por eso es importante el libro de la doctora Marina del Pilar Olmeda García, porque pone sobre la mesa la urgente necesidad del argumento ético en el ejercicio profesional, en este caso, en el ejercicio del derecho, bajo el riesgo de perder el fin para el que fue pensado. Creo que la profesora Olmeda suscribiría la afirmación que G. Lipovezki advertiría en su interesante libro *El crepúsculo del deber*, al sentenciar que el siglo XXI será ético o simplemente no será.

Javier Saldaña

---

<sup>6</sup> CORTINA, A., *op. cit.*, nota 1, p. 9-11.



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en junio de 2008 en los talleres de Gama Sucesores, S.A. de C.V., Ingenieros Civiles núm. 94, Col. Nueva Rosita, Delegación Iztapalapa, C.P. 09420, México, D.F. Se utilizaron tipos Times New Roman de 8, 9 y 10 puntos, IQE Hlv Cond de 10, 11, 13 y 15 puntos, Amphion de 24 puntos y Windings de 10 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

