

# CURSO DE ÉTICA JUDICIAL

Diego J. Duquelsky Gómez



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura

**JUS  
BAI  
RES**  
EDITORIAL

# **Curso de Ética Judicial**



**www.editorial.jusbaire.gob.ar**  
editorial@jusbaire.gob.ar  
fb: /editorialjusbaire  
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]  
+5411 4011-1320



Sello  
**Buen  
Diseño**  
argentino

Duquelsky Gómez, Diego  
Curso de ética judicial / Diego Duquelsky Gómez. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2020.

Libro digital, PDF Archivo  
Digital: descarga y online

ISBN 978-987-768-156-7

1. Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título.  
CDD 340.112

© Editorial Jusbaire, 2020

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

### **Consejo Editorial**

Presidenta:

Ana Salvatelli

Miembros:

Alberto Maques

Francisco Quintana

Fabiana Haydeé Schafrik

Mariana Díaz

Sergio Delgado

Alejandra García

### **Editorial Jusbaire**

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Analía V. Córdoba

Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoz, Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González y Carla Famá

Colaboración en ilustración de tapa: Facundo Broto

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type* y *Alegreya* de la fundidora argentina *Huerta Tipográfica*.



**Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires**  
Consejo de la Magistratura

## **Autoridades**

### **Presidente**

Alberto Maques

### **Vicepresidente 1°**

Francisco Quintana

### **Vicepresidenta 2ª**

Fabiana Haydeé Schafrik

### **Consejeros**

Raúl Alfonsín

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rúa

Ana Salvatelli

### **Secretaria de Administración General y Presupuesto**

Genoveva Ferrero

# ÍNDICE

Prólogo	
<b>Alicia E. C. Ruiz</b> .....	6
Presentación	
<b>Diego J. Duquelsky Gómez</b> .....	9
Unidad 1. Elementos de filosofía moral.....	11
Unidad 2. Concepciones morales y teorías de la justicia....	22
Unidad 3. El papel del juez.....	37
Unidad 4. La ética judicial y sus principios.....	58
Anexo I. Acordada Tribunal Superior de Justicia de la CABA N° 18/2017.....	81
Anexo II. Código Iberoamericano de Ética Judicial.....	83
Anexo III. Actividades.....	107
Unidad 1.....	107
Unidad 2.....	109
Unidad 3.....	111
Unidad 4.....	113
Anexo IV. Respuestas.....	120
Unidad 1.....	120
Unidad 2.....	121
Unidad 3.....	123
Unidad 4.....	125
Bibliografía.....	127

# Prólogo

El tema de la ética judicial me parece una vía (regia por cierto) para acceder a la cuestión de cómo se construye un poder judicial acorde con la radicalización del sistema democrático y el afianzamiento del estado de derecho. Estoy pensando en la ética judicial como ética pública.

La institución judicial, de modo altamente eficaz, elude el carácter social y político de la magistratura, en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes. De ahí que muchos jueces sirvan a fines e intereses que desconocen. Esta distancia entre lo que “creen que hacen” y lo que “hacen en realidad” tiene efectos terriblemente perversos en el afianzamiento de modelos democráticos de organización social y política. Y como es el producto de muchas décadas de prácticas autoritarias al interior del poder judicial, reemplazarlas exigirá no pocos esfuerzos.

En las democracias modernas la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por los principios positivos de naturaleza garantista que, en las sociedades actuales, se encuentran consagrados constitucionalmente. Hay un tránsito del estado de derecho al estado constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también.

Los jueces tenemos sobre nuestras espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa los principios constitucionales a los que refiero. Y debemos cumplir con este deber, cada día, en cada acto concreto que realizamos, porque tales derechos no son valores inmutables ni transhistóricos. Son el resultado de largas luchas sociales, el sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso que no merecen ser traicionados, y una esperanza para las generaciones por venir que deberán continuar dando batalla.

Productos humanos, como la democracia y la Constitución, necesitan de esfuerzo, compromiso y atención constantes. No pueden ser descuidados ni postergados. Sabemos que no basta declararlos, y que tornarlos efectivos no es tarea sencilla. Si la magistratura asume la parte que le corresponde estaremos más cerca de lograrlo.

Los jueces debemos comprender que seremos más independientes cuanto más directa y manifiestamente nos involucremos en hacer de la Constitución una parte sustancial de nuestra “cultura”, cuando asumamos, por fin, que “decir el derecho” y “resolver las causas” es tanto como aplicar, día tras día, las cláusulas constitucionales. Cuando aprendamos que el orden jurídico se lee desde la “Constitución”, que cada ley, cada decreto, cada resolución sólo podrán utilizarse como marco para la decisión concreta, luego de haberlas sometido al test de constitucionalidad.

La supremacía de la Constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales.

De aquí que el poder judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia del pacto de sociabilidad que la Constitución expresa.

El juez está obligado a aplicar la ley, pero —está claro ahora— que la obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento ese juez ha meditado previamente acerca de la adecuación de esa norma a la Constitución. No se trata entonces de una “aplicación mecánica”, sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales cuyo sentido se renueva y se profundiza cuando el Poder Judicial asume la responsabilidad que le cabe, responsabilidad ética y política sin duda alguna.

Allí radica, sustancialmente, el fundamento de legitimidad de la jurisdicción. Una legitimación no equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de derechos fundamentales consagrados sobre los que se asienta la democracia sustancial. Precisamente —afirma Ferrajoli— por estar garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que estos ostentan su propia participación democrática.

Estoy convencida de que las escuelas de derecho y las instituciones judiciales son imprescindibles para dar un debate amplio, plural y sin dogmatismos acerca de la ética judicial. Este texto que tengo el placer y el honor de presentar es, en mi opinión, una contribución valiosa para hacerlo posible.

Quiero felicitar a Diego Duquelsky Gómez por el trabajo realizado. A lo largo de muchos años compartimos la docencia universitaria, una postura iusfilosófica crítica, muchas actividades, batallas y desafíos académicos, y hemos construido una entrañable amistad. Ahora la invitación de Diego a escribir estas líneas me honra y me emociona.

**Alicia E. C. Ruiz**

Ciudad de Buenos Aires, marzo de 2020



# Presentación

No es sencillo escribir las palabras preliminares de presentación de un libro sin caer en una serie de lugares comunes. Sin embargo, eso tampoco debería ser objeto de mayor preocupación. Desde hace más de dos mil años –y hasta las más modernas teorías sobre el discurso y la argumentación– muchos pensadores han concebido a los debates políticos, morales y jurídicos como propios del mundo de la retórica y la dialéctica, pero también de la tópica. Vale decir, del estudio de los *topoi*, esos lugares comunes sobre los que giran y en los que se basan nuestros argumentos.

El primer tópico en el que caeré, entonces, será el de la satisfacción por la publicación de estas páginas. Satisfacción que se ve aumentada por la editorial que la ha hecho posible. Mi compromiso profesional y afectivo con la justicia de la Ciudad, de la que formo parte desde el 1° de enero de 1999, sumado a casi tres décadas de docencia en el ámbito de la educación pública, me llevan a considerar a la Editorial Jusbaire como el canal ideal para la publicación de esta obra, por la difusión abierta de los textos en formato digital y los accesibles precios de las obras en formato papel.

Tampoco puede faltar en una presentación de esta naturaleza la explicitación de los propósitos perseguidos por el autor. Desde hace muchos años mi actividad académica se ha desarrollado en el ámbito de la filosofía del derecho y se ha orientado profesionalmente al campo de la formación y capacitación de magistrados, funcionarios y agentes del Poder Judicial. En particular, desde hace bastante más de una década dicto regularmente cursos de Ética Judicial, tanto en el Centro de Formación Judicial de la CABA como en la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires. También lo he hecho en reiteradas ocasiones en la Escuela del Servicio de Justicia del Ministerio Público de la Nación y como docente invitado en diversas universidades y escuelas judiciales del interior del país.

En el ejercicio de esa práctica docente me he encontrado con la falta de material bibliográfico pensado específicamente para cursos de esa naturaleza, lo que me llevó a elaborar textos diseñados con un

propósito pedagógico que permita, en unos pocos encuentros, acercar a los participantes a la temática y mostrar sus diversas aristas. Ese material, hasta ahora utilizado a modo de “apuntes”, ha sido sistematizado y reunido bajo la forma de una suerte de “manual”.

No se trata entonces de un trabajo de alto vuelo filosófico, sino que se sitúa más bien en el plano de lo que se podría denominar genéricamente “divulgación”, como un modo de acercar dos mundos que muchas veces parecen distantes: el del sentido común y el de la reflexión teórica.

A su vez, la adopción por parte del Tribunal Superior de Justicia del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial –al que se le dedica una de las unidades del trabajo– como norma rectora en la materia, aporta un valor agregado y una cuota de particular interés.

Finalmente, no puede faltar el espacio dedicado a los agradecimientos, tópico que es difícil transitar sin cometer alguna injusticia u omisión.

En primer lugar, debo agradecer a Carlos Cárcova, artífice al mismo tiempo de mi desarrollo académico y profesional, con quien inicié mi camino docente en la Universidad de Buenos Aires y quien me convocó para formar parte de la aventura de poner en marcha la justicia de la Ciudad, como su secretario letrado en la conformación original del Consejo de la Magistratura de la Ciudad.

En segundo término, a las autoridades del Centro de Formación Judicial, quienes hace muchísimo tiempo ya tuvieron la idea de “amortizar” mi doble condición de funcionario y profesor de filosofía del derecho y pedirme que comenzara a dictar los cursos de ética judicial para los agentes de la justicia local.

Tampoco puedo dejar de hacer explícito mi agradecimiento a la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires, ya que mucho del material que compone este libro fue escrito originalmente pensando en los cursos virtuales que desde hace tiempo vienen llevándose a cabo en esa jurisdicción.

Por último, un agradecimiento especial a Alicia Ruiz, no sólo por haber accedido a escribir el prólogo de este volumen, sino por su permanente afecto, apoyo, generosidad y ejemplo.

**Diego J. Duquelsky Gómez**

# Unidad 1

## Elementos de filosofía moral

### Presentación

En nuestra vida cotidiana, incluso profesional, utilizamos frecuentemente palabras de fuerte contenido valorativo sin reflexionar demasiado sobre su alcance y significado. También es común verse involucrado en extensas discusiones que posiblemente se superarían si nos pusieramos de acuerdo en el sentido asignado a las palabras y advirtiéramos que no se trata más que de “pseudo-disputas”. Por tal motivo resulta conveniente iniciar un curso de “ética judicial”, repasando algunas cuestiones elementales de filosofía moral, aunque tangencialmente también de teoría del derecho y análisis del lenguaje.

### Objetivos

Se espera que a través de la presente unidad el lector logre:

1. Advertir los distintos sentidos que en el lenguaje cotidiano se asigna a expresiones como “justicia”, “ética” y “moral”.
2. Distinguir los distintos niveles en que es posible analizar la problemática de los valores morales y jurídicos.
3. Reflexionar sobre el nexo entre el análisis del lenguaje y las reflexiones iusfilosóficas.

### Temario

1. Ética, moral, religión y derecho. Relaciones y diferencias.
2. Ética descriptiva, normativa y metaética.
3. Algunas consideraciones sobre las funciones del lenguaje.
4. Principales clasificaciones: Descriptivismo-No descriptivismo-Naturalismo-NoNaturalismo-Objetivismo-Subjetivismo-Prescriptivismo-Emotivismo.

## Desarrollo

### 1. Ética, moral, religión y derecho. Relaciones y diferencias

#### a) La distinción entre “ética” y “moral”

Tal como señalamos en la presentación de la Unidad, en nuestro lenguaje cotidiano utilizamos muy frecuentemente palabras de fuerte contenido valorativo sin reflexionar demasiado sobre su alcance y significado. Entre las palabras que solemos utilizar indistintamente se encuentran “ética” y “moral”.

Así, es muy común escuchar gente indignada frente a algún suceso policial, político y hasta deportivo diciendo cosas tales como “*¡Qué inmoralidad!*”, “*¡Fulanito no tiene ética!*”, “*los inmorales nos han igualao...*”, “*esto no es ético*”, etcétera.

Y no es extraño que esto suceda, ya que desde su origen etimológico ambas palabras significan lo mismo. Moral proviene del latín *mos*, *moris* que significa hábito o costumbre, idéntico significado al de la palabra griega *ethos*, de la que proviene la voz “ética”.

Este uso indistinto no tiene por qué preocuparnos ni debería generar inconvenientes en la comunicación ordinaria ya que como sabemos todo lenguaje es una construcción artificial y el significado de las palabras no es más que una convención.

Pero también es cierto que a fin de evitar ciertas patologías de los lenguajes naturales (como la ambigüedad, la vaguedad, la textura abierta o la carga emotiva), las distintas áreas del conocimiento desarrollan sus propios lenguajes específicos, llamados lenguajes artificiales (que pueden a su vez ser técnicos o formales). Es en ese marco donde suele asignarse a las palabras “ética” y “moral” significados más específicos.

La filosofía jurídica, moral y política suele reservar la palabra “moral” para referirse al conjunto de principios, criterios, normas y valores que dirigen el comportamiento social. Como tal, la moral es un “hecho real”, un producto cultural que encontramos en todas las sociedades. Se trata de normas que se transmiten de generación en generación y que evolucionan a lo largo del tiempo.

La palabra “ética”, en cambio, se utiliza para referirse a la reflexión teórica sobre la moral. La ética es la encargada de discutir y fundamentar

reflexivamente ese conjunto de principios o normas que constituyen la moral. Esa reflexión puede ser concebida tanto desde el plano teórico-filosófico como desde el punto de vista individual, vale decir, cuando el sujeto se pregunta sobre las razones que subyacen a las normas morales.

#### b) Derecho, moral y religión

Si caracterizamos la moral como un conjunto de principios, criterios, normas y valores que rigen en una cierta sociedad, sería lógico preguntarse de qué modo podríamos distinguirla de otros órdenes normativos que también regulan nuestra vida social, como el derecho o la religión.

El criterio que adoptemos para ello tampoco será nunca “inocente” o “neutral” ya que buena parte de las discusiones *iusfilosóficas* sobre el propio concepto de derecho, protagonizadas básicamente por las prototípicas figuras de “positivistas” y “iusnaturalistas” han girado sobre este tópico.

Simplificando desmesuradamente la cuestión, podría afirmarse que el iusnaturalismo subordina el derecho a la moral (y esta a la religión en el caso de su versión teológica).

En el extremo opuesto, el llamado positivismo ideológico subordina la moral al derecho, al considerar moralmente correcto todo accionar que se ajuste al derecho positivo, tan solo por esta razón.

Frente a estas dos posiciones extremas, el llamado positivismo metodológico o conceptual caracterizado por autores como Kelsen, Hart o Ross han propuesto distinguir estos distintos órdenes normativos, a los fines analíticos, sin pretender establecer entre ellos relaciones de dependencia o subordinación.

A los fines de nuestro análisis utilizaremos tres criterios clasificatorios para distinguir entre derecho, moral y religión: técnica de motivación de conducta; origen de las normas; características de la sanción.

Si derecho, moral y religión son órdenes de la conducta humana, habrán de utilizar ciertas técnicas para lograr que la gente se comporte de la manera pretendida. Podemos distinguir dos tipos de técnicas de motivación de conducta: las directas y las indirectas. Decimos que la técnica de motivación de conducta es directa cuando lo que se busca es la representación de la norma en la psiquis del sujeto, mientras que será indirecta cuando la herramienta motivacional es un castigo o una recompensa.

De este modo, se afirma que la moral utiliza técnica de motivación de conducta directa, ya que frente a determinada situación al sujeto se le representa la norma moral que le indica cómo actuar (*“eso no se hace”, “no debes comportarte de tal manera”, etc.*).

Por el contrario, tanto el derecho como la religión utilizan técnicas de motivación de conducta indirectas, el primero a través de la sanción, la segunda mediante la amenaza del cielo o el infierno.

En cuanto al origen de las normas, suele distinguirse dos tipos de ordenamientos: los autónomos y los heterónomos. Un sistema normativo será autónomo cuando las normas son dadas por el propio sujeto destinatario, mientras que será heterónimo cuando las normas vengan dadas de afuera. En tal sentido, derecho y religión son órdenes heterónomos, ya que el primero es sancionado por órganos estatales mientras que el segundo es dictado por un dios o un profeta. La moral en cambio es caracterizada como un orden autónomo ya que, más allá de ser un producto social o cultural, cada uno es dueño de sus propias normas morales.

Finalmente, cabe señalar que tanto las sanciones jurídicas como las religiosas son centralizadas, en tanto que las sanciones morales, en caso de existir, son siempre descentralizadas ya que no existe un órgano específico encargado de aplicarlas.

Llegados a este punto deberíamos preguntarnos cómo diferenciar el derecho de la religión, ya que todas las características señaladas resultan comunes. Y será nuevamente la sanción la clave para distinguir un sistema del otro. Las sanciones religiosas son trascendentes, es decir que se aplican en el “más allá”. Por el contrario, las sanciones jurídicas son inmanentes, se aplican “aquí y ahora”.

## 2. Ética descriptiva, normativa y metaética

Otra clasificación muy útil a la hora de distinguir los distintos niveles en que es posible analizar la problemática de los valores morales es la distinción entre ética descriptiva, ética normativa y metaética.

### a) Ética descriptiva

La ética descriptiva es el estudio de las prácticas, normas y valores morales efectivamente vigentes en las distintas comunidades, razón por la cual también se la denomina “ética sociológica”. Es un tipo de

conocimiento que no pretende discutir sobre el significado de los términos éticos, ni sobre la justicia o injusticia de ciertas instituciones o prácticas, sino que se limita a describir los valores predominantes en una sociedad en determinada época.

#### b) Ética normativa

La ética normativa, también llamada prescriptiva, trata de establecer normas o criterios para determinar qué conductas, valores, normas, instituciones, etcétera, pueden ser considerados correctos o justos desde el punto de vista moral. Es decir que su objetivo principal consiste en formular juicios morales y encontrar la forma de justificarlos.

La máxima utilitarista de “la mayor utilidad para el mayor número” o el imperativo categórico kantiano son algunos ejemplos en tal sentido. La Unidad 2 de este curso estará dedicada precisamente al estudio de las principales corrientes o escuelas de ética normativa.

#### c) Metaética

La metaética –ética teórica o ética analítica– se sitúa en un plano de análisis distinto a las anteriores. Es más, podría afirmarse que presupone los otros dos.

Su objetivo es analizar el significado de los términos éticos, tales como “justo”, “deber”, “juicio de valor”, “correcto”, etcétera. Es decir que no pretende saber qué es lo bueno o lo malo, ni conocer qué le parece bueno a malo a tal o cual sociedad sino “qué quiere decir X cuando dice bueno o malo”, ¿se trata de un juicio descriptivo o prescriptivo?, ¿describe cualidades naturales o estados mentales?, etcétera.

La última parte de esta Unidad está dedicada a este tipo de análisis, pero para ello debemos repasar preliminarmente algunas cuestiones básicas sobre el lenguaje.

### 3. Algunas consideraciones sobre las funciones del lenguaje

Como señalamos en el apartado anterior, la metaética tiene por objeto reflexionar sobre el sentido con el que se utilizan los términos morales. Por ello no habrá de sorprendernos que también se la conozca como ética analítica, ya que precisamente las corrientes de la

denominada “filosofía analítica” asignan un papel preponderante en la actividad filosófica a las cuestiones del lenguaje.

Con el objetivo de evitar presupuestos y equívocos, consideramos necesario en esta instancia recordar brevemente algunas cuestiones vinculadas al análisis del lenguaje, particularmente desde la pragmática, que nos resultarán indispensables para comprender los puntos subsiguientes.

Una definición mínima de lenguaje podría ser la de un sistema de símbolos que sirve para la comunicación. Esta definición, si bien elemental, contiene los elementos básicos de los que se ocupan las tres ramas de la semiótica: sintaxis, semántica y pragmática.

Se sostiene que el lenguaje es un sistema, toda vez que no se trata de una mera acumulación o conjunto de símbolos. La sintaxis estudia, precisamente, los elementos que componen un lenguaje y las reglas que los organizan.

Se trata de un sistema de símbolos, es decir signos artificiales o intencionales. El significado de un término no es otra cosa que la relación convencional entre los símbolos y aquello que estos representan y de ello se ocupa la semántica.

La pragmática, en cambio, se ocupa de los usos o funciones del lenguaje. Si bien es cierto que los lenguajes sirven para la comunicación, esta comunicación puede tener diversos propósitos: describir, mandar, transmitir emociones, etcétera.

Una clasificación bastante difundida de los usos o funciones del lenguaje, que nos será muy útil para nuestro trabajo metaético, distingue entre:

- i. Función informativa o descriptiva: cuando utilizamos el lenguaje para poner en conocimiento del receptor una serie de datos, un cierto estado de cosas del mundo. Así, cuando decimos “el día está nublado”, “Lucía es hermana de Joaquín” o “el empacho se cura tirando el cuerito” hacemos un uso informativo o descriptivo del lenguaje. Solo cuando el lenguaje es utilizado con esta función podemos afirmar que nuestras proposiciones son verdaderas o falsas.
- ii. Función expresiva o emotiva: se da cuando utilizamos el lenguaje para manifestar o generar una emoción o sentimiento. Expresiones como “¡Ay, caramba!” o “¡Vida mía!” correspon-



den a esta función. A diferencia del caso anterior, no es posible predicar verdad o falsedad de este tipo de enunciado.

- iii. Función prescriptiva o directiva: se trata del caso en el que el lenguaje es utilizado para dar órdenes, para lograr ciertos comportamientos en otra persona o influir en su voluntad. Las normas, pero también los pedidos y hasta las súplicas, cumplen esta función. Al igual que en la función expresiva, estos juicios carecen de valor de verdad.
- iv. Función performativa u operativa: cuando el lenguaje opera una transformación, un cambio en la realidad a partir de su uso. En ciertas ceremonias o actos formales, pronunciar ciertas palabras hace que se produzca un efecto especial. De este modo, el pecador queda absuelto luego del *ego te absolvo* del discurso del clérigo o los contrayentes pasan de “solteros” a “casados” tras pronunciar el “sí, quiero”. Tampoco puede predicarse verdad o falsedad de este tipo de enunciado.

Como veremos a continuación el eje central de la distinción entre las distintas concepciones metaéticas pasará por la asignación a los juicios morales de cualidades descriptivas, emotivas o prescriptivas.

#### 4. Principales clasificaciones metaéticas

A continuación veremos sumariamente cómo distintas teorías han pretendido explicar el alcance de los términos morales y el carácter lógico de los juicios de valor.

No está de más en esta instancia recordar que, así como todo lenguaje es convencional, toda clasificación es arbitraria. El lector interesado podrá encontrar muchas variantes a la aquí expuesta, que sigue a la clásica propuesta de Carlos Nino.

La primera gran clasificación a que haremos referencia distingue entre teorías descriptivistas y no descriptivistas.

##### a) Teorías descriptivistas

Las teorías descriptivistas son aquellas que presuponen o admiten expresamente que cuando realizamos juicios de valor se hace un uso descriptivo o informativo del lenguaje. En consecuencia tales juicios serán susceptibles de verdad o falsedad.

Los términos morales básicos como “justo”, “bueno”, “correcto”, etcétera, serán términos con significado cognoscitivo. Un juicio del tipo “matar está mal” sería de la misma naturaleza que “el elefante es más grande que el mosquito”.

Por supuesto que la cuestión no es tan sencilla. Hay grandes desacuerdos entre los propios descriptivistas sobre dos puntos: por un lado, a qué tipo de hechos se refieren los juicios morales; por otro, la forma de determinar su verdad o falsedad.

Las teorías descriptivistas se dividen entonces en dos tipos: naturalistas y no-naturalistas, también llamadas transnaturalistas.

#### i) Teorías naturalistas

Dentro de las teorías descriptivistas, se denomina teorías naturalistas a aquellas que mantienen que los términos morales básicos hacen referencia a propiedades observables y, por lo tanto, los juicios de valor son verificables a través de la experiencia o percepción sensibles.

Resta definir qué tipo de hechos observables empíricamente son los que describen estos juicios morales y esto abrirá una nueva subclasificación: los objetivistas y los subjetivistas.

- **Objetivismo:** el objetivismo sostiene que las cualidades que describen los juicios morales son cualidades externas de naturaleza semejante a las cognoscibles en otros ámbitos de conocimiento.

El ejemplo clásico de este tipo de corriente es el utilitarismo que identifica linealmente el significado de términos como “bueno” o “justo” con aquello que provoca placer o utilidad.

- **Subjetivismo:** el subjetivismo, por el contrario, considera que el fenómeno natural descrito por los términos morales no es otra cosa que una referencia a los sentimientos o actitudes que determinados actos generan en los individuos. Así, en primera instancia, podríamos decir que el juicio “matar es malo” sería equivalente a decir “desapruebo matar”.

Esta primera versión del subjetivismo, de naturaleza individual, genera muchas dificultades y ha recibido infinidad de críticas, ya que parece no contribuir a la solución de conflictos éticos de ninguna índole.

Otras concepciones subjetivistas abandonan la posición individual y la reemplazan por un entendimiento colectivo. Así, “matar es malo” pasaría a significar “la mayoría de la sociedad considera que matar es malo”.

## ii) Teorías no-naturalistas

Las teorías no-naturalistas no abandonan la idea de que los juicios morales son juicios descriptivos o informativos, pero consideran que las propiedades a las que se refieren trascienden el ámbito de la realidad sensible, ya que describen hechos que no son “naturales”. Y también se subdividen en objetivistas y subjetivistas.

- **Objetivismo no-naturalista: el intuicionismo.** Moore, quizás el mayor exponente de este tipo de concepción, afirma que existen propiedades, cualidades o características propias de la moralidad que son indefinibles, imposibles de traducir en palabras “no éticas”. Siguiendo un clásico ejemplo, así como no podemos traducir en otras palabras el término “amarillo”, aunque sí podemos reconocerlo, lo mismo acontece con términos morales como “bueno”. La diferencia entre “amarillo” y “bueno” es que mientras que “amarillo” hace referencia a una cualidad natural cognoscible por los sentidos, “bueno” es una propiedad no-natural y el medio para conocerla no es otra cosa que una facultad intelectual de los seres humanos llamada “intuición moral”. Por tal razón esta teoría es conocida como “intuicionismo”.
- **Subjetivismo no-naturalista: la teoría del mandato divino.** Así como entre los naturalistas la versión subjetivista se centra en las experiencias de los individuos, existe una versión no-naturalista del subjetivismo y el sujeto no-natural por excelencia no es otro que Dios. Esa es la teoría del mandato divino. En consecuencia, para este tipo de concepciones, expresiones como “matar es malo” significaría “Dios prohíbe matar” y expresiones como “ayudar al prójimo es correcto” equivale a decir “Dios nos ordena ayudar al prójimo”.

## b) Teorías no descriptivistas

El punto central de las teorías no descriptivistas es que se trata de aquellas que rechazan que el uso del lenguaje moral sea informativo y, consecuentemente, se torna imposible predicar verdad o falsedad de los juicios morales.

Como podrá apreciarse, esto se relaciona íntimamente con la clasificación de los usos o funciones del lenguaje a que nos referimos precedentemente, toda vez que las principales teorías no descriptivistas son, precisamente, las emotivistas y las prescriptivistas.

### i) El emotivismo

El emotivismo ético asigna a los juicios morales idénticos caracteres que al uso expresivo del lenguaje, se encuentra íntimamente conectado con el positivismo lógico de Carnap y Ayer y va a ser la posición sostenida por buena parte de los grandes iuspositivistas del siglo XX como Kelsen y, fundamentalmente, Ross.

Asimismo, el emotivismo ha implicado una concepción irracionalista de la justicia, sosteniendo sus principales defensores un fuerte escepticismo ético.

Ejemplo clásico de esta posición es la famosa expresión de Alf Ross, quien en *Sobre el derecho y la justicia* sostiene: “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”.

### ii) El prescriptivismo

La posición prescriptivista –desarrollada principalmente por R.M. Hare– rechaza la concepción emotivista del lenguaje moral, ya que descarta que la función básica de tal lenguaje sea expresar y generar actitudes o sentimientos.

Al tipo de lenguaje que se asemejan los juicios morales es al directivo o prescriptivo, ya que estos lo que pretenden fundamentalmente es servir de guía para la acción.

Toda enunciación moral implica un imperativo. El juicio “matar es malo” equivale a la orden de no matar. Lo interesante de los juicios morales consiste en que a diferencia de otras órdenes, es posible pedir

razones que las justifiquen. A su vez, se plantea que las órdenes derivadas de juicios morales son susceptibles de ser universalizadas. Estos rasgos hacen que la teoría de Hare sea vista en muchos ámbitos como un interesante camino para intentar superar las dificultades que presentan otras concepciones metaéticas.

Para finalizar presentaremos en el siguiente cuadro el modo en que se organiza la clasificación propuesta, dejando constancia asimismo de que existen otras posiciones (*moral point of view, object of morality*) que exceden este modo de organizar la información y podrán ser consultadas por los lectores a través de la bibliografía complementaria.

DESCRIPTIVISMO	Naturalismo	Objetivista
		Subjetivista
	No-naturalismo	Objetivista
		Subjetivista
NO DESCRIPTIVISMO	Emotivismo	
	Prescriptivismo	
OTRAS POSICIONES	<i>Moral point of view object of morality</i>	

# Unidad 2

## Concepciones morales y teorías de la justicia

### Presentación

Como abogados, culminamos nuestros escritos con la frase “SERÁ JUSTICIA”. Como magistrados o funcionarios afirmamos que trabajamos “en la Justicia”. Sin embargo, cuando nos preguntan “¿qué es la justicia?” solemos quedarnos sin palabras, o con respuestas a medias. Por otra parte, producto de años de predominio del positivismo normativista nuestra formación profesional se basa en el conocimiento de leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia, relegando la problemática de los valores a un plano casi “sentimental”. En esta unidad pretendemos hacer un repaso de las principales concepciones morales y teorías de la justicia.

### Objetivos

Mediante los contenidos desarrollados en esta unidad se aspira a que el lector consiga:

1. Comprender los rasgos centrales de las principales tradiciones de ética normativa.
2. Reconocer la distinción entre escuelas o teorías teleológicas y deontológicas.
3. Advertir el impacto de las diversas concepciones morales sobre las teorías jurídicas contemporáneas.
4. Reflexionar sobre los vínculos entre teorías de la justicia y filosofía política.

### Temario

1. Justicia del acto, justicia de la norma y justicia del agente.
2. Teorías deontológicas y teleológicas.
3. El pensamiento aristotélico-tomista.

4. Kant y la tradición iusnaturalista racionalista.
5. El utilitarismo.
6. El historicismo y las concepciones hegeliano-marxistas.
7. Las teorías de la justicia de Rawls y Habermas.

## Desarrollo

### 1. Justicia del acto, justicia de la norma y justicia del agente

En el segundo punto de nuestra unidad previa habíamos distinguido los diferentes planos en que puede ser analizada la problemática de los valores morales: la ética descriptiva o sociológica, la ética normativa y la metaética.

El primero de estos niveles no despierta mayor interés filosófico sino sociológico, ya que consiste básicamente en una descripción de los valores predominantes en una sociedad.

Sobre el último de estos planos, el de la metaética o ética filosófica, nos ocupamos extensamente en los apartados finales de la unidad 1.

Resta entonces dedicar especial dedicación en esta instancia al nivel de la ética normativa o prescriptiva que, recordemos, intenta establecer mecanismos, criterios o pautas para establecer qué instituciones, normas, valores, comportamientos o agentes pueden ser considerados moralmente correctos o justos. Se trata, precisamente, de la determinación y justificación de los juicios morales.

La primera de las clasificaciones que podemos formular en este punto –aunque posiblemente no la más significativa– deriva de advertir que es posible distinguir conceptualmente entre justicia del acto, justicia de la norma y justicia del agente.

- a. Justicia del acto: muchas veces, cuando formulamos juicios de valor lo hacemos en relación a un acto concreto, el que puede ser formalmente justo o correcto por derivar de la debida aplicación de una norma, vale decir, que se aplicó la regla que correspondía, del modo en que correspondía.  
Sin embargo esta noción, preferentemente formal o procedimental, cuyo exponente típico es el concepto jurídico de justicia, no excluye la posibilidad de que el resultado obteni-

do pueda ser injusto, toda vez que se puede aplicar “correctamente” una norma injusta. O que el acto concreto resulte injusto porque la aplicación al caso concreto de la regla, aunque esta pueda ser considerada justa en términos generales, genere una situación reprobable.

- b. Justicia de la norma: mucho más complejo, pero también atractivo e interesante, resulta este nivel de análisis, en el que lo que se discute es cuándo o cómo podemos afirmar que una norma o un orden jurídico son justos.

Es en este plano donde podemos encontrar las más encarnizadas discusiones entre aristotélico-tomistas, kantianos, utilitaristas, hegelianos, marxistas, etcétera, sobre el modo de determinar lo bueno, lo correcto o lo justo.

- c. Justicia del agente: El tercer nivel conceptual que podemos reconocer se refiere ya no a la justicia del acto, ni a la norma o sistema jurídico, sino al concepto de “agente justo”. Cuando reflexionamos sobre esta idea, la de determinar en qué radica la justicia de un agente, advertiremos rápidamente que esta noción puede ser entendida de dos modos que a los efectos de nuestra tarea resultarán sustancialmente disímiles.

Podemos considerar que el agente justo es aquel que dicta o conoce normas justas, o el que realiza actos justos en virtud de la aplicación de normas justas. En tal caso, la noción no sería más que un derivado de los planos anteriormente desarrollados.

Mucho más relevante, en cambio, es advertir que muchas teorías conciben al agente justo como fuente o principio de justicia. La justicia del acto o de la norma vienen determinadas por su autor. Una norma o un acto son justos porque provienen de un agente justo.

Esta concepción motivó discusiones al interior del propio pensamiento teológico entre los intelectualistas –como Santo Tomás– que pensaban que “Dios quería algo porque es bueno” y los voluntaristas medievales –como Guillermo de Ockham– que compartiendo esta segunda acepción de la idea de agente justo, consideraban que “algo es bueno porque lo quería Dios”.



Pero no sólo en el pensamiento iusnaturalista teológico podemos encontrar este tipo de noción, sino como veremos más adelante en la propia teoría kantiana y hasta en una de las concepciones de la justicia contemporáneas más reconocidas, como la de John Rawls.

## 2. Teorías teleológicas y teorías deontológicas

La segunda clasificación que propondremos para sistematizar las distintas concepciones en el plano de la ética normativa y las teorías de la justicia posiblemente sea la más difundida y aceptada. Consiste en distinguir entre teorías teleológicas y teorías deontológicas.

Recurriremos una vez más a la etimología como paso preliminar a su conceptualización. Teleología proviene del griego *telos* que significa “fin” en tanto deontología proviene de *déon*, es decir “deber”.

De allí que las teorías teleológicas serán aquellas que juzgan las acciones no por ciertas cualidades intrínsecas a ellas sino por el fin que persiguen. A partir de establecer cierta finalidad como deseable, serán moralmente buenas, justas o correctas aquellas normas o aquellos actos que coadyuven a lograrlo.

Las teorías deontológicas, en cambio, privilegian “lo debido”, “lo que corresponde”; el actuar moral no se mide por las consecuencias de los actos sino por sus propias cualidades, aunque claro está así como no todas las teorías teleológicas privilegian los mismos fines, tampoco hay acuerdo entre todos los que sostienen teorías deontológicas sobre los criterios de corrección moral.

En base a lo expuesto, podemos sintetizar lo saliente de esta clasificación en la famosa idea de que las teorías teleológicas privilegian lo bueno por sobre lo correcto, en tanto que las deontológicas priorizan lo moralmente correcto sobre lo bueno (entendiendo por bueno el fin que se pretende alcanzar, el resultado del actuar).

Como veremos en los próximos apartados, el pensamiento de Santo Tomás o el de utilitaristas como Bentham o Mill, son claros ejemplos de corrientes teleológicas, siendo el fin perseguido la beatitud en el primer caso y la felicidad en el segundo.

A contrario sensu, el pensamiento kantiano y el de sus herederos contemporáneos –entre los que se destaca particularmente Rawls– son

exponentes paradigmáticos de las teorías deontológicas, concibiendo la moral como un fin en sí mismo.

Finalmente, resulta interesante ver cómo la historia de la filosofía moral y política muestra un movimiento pendular que oscila entre teleología y deontología: a la tradición aristotélico-tomista le sigue el racionalismo iluminista, marco en el que Kant desarrolla su pensamiento; a este se opone el utilitarismo, etcétera.

### 3. El pensamiento aristotélico-tomista

La primera de las concepciones que analizaremos es la desarrollada por Santo Tomás de Aquino, quien tiene el enorme mérito de haber intentado conciliar la filosofía de Aristóteles con la teología cristiana, razón por la cual su pensamiento es frecuentemente denominado “aristotélico-tomista”.

Santo Tomás representa la versión más difundida del iusnaturalismo teológico, doctrina también conocida como Realismo Clásico Iusnaturalista, aunque no está de más señalar que lo magnánimo de su obra ha trascendido dicha escuela. Obviamente, el propósito de esta reseña es destacar algunos de los rasgos centrales de su pensamiento.

En primer lugar trataremos de explicitar las razones que hacen que la teoría tomista sea considerada una concepción de tipo teleológica. ¿Cuál es el *telos*, el fin que el hombre ha de perseguir?

Ese bien último que puede ser alcanzado por todos los hombres es la beatitud, es decir, la visión de Dios en la otra vida. En este punto Santo Tomás se aparta claramente de Aristóteles, para quien el objetivo final de la actividad humana era la eudaimonía (felicidad que se materializará en la actividad filosófica).

La moralidad en Santo Tomás no puede ser comprendida al margen de su concepto de justicia y de derecho natural.

El punto de partida es la llamada *ley eterna*, que puede caracterizarse como “el plan de Dios para el mundo”. Este es seguido natural o instintivamente por las cosas y los animales. Sin embargo hay unos seres especiales, los hombres, que pueden apartarse de la ley eterna, por lo que resulta necesario que accedan a su conocimiento, para ajustarse a ella.

La herramienta que Dios ha brindado a los hombres para este fin es la razón. La *ley natural* será entonces la parte de esa ley eterna que el

hombre puede detectar por medio de la razón, reconociéndola en sus propias tendencias y necesidades.

Ahora bien, como Dios sabe que la razón humana no es infalible y que puede verse afectada por sentimientos o pasiones, algunos preceptos morales son expresamente revelados al hombre y reciben en nombre de *ley divina*. El ejemplo clásico es el caso de los Diez Mandamientos.

Por su parte, la *ley humana* es el conjunto de normas positivas que las sociedades se dictan para regir la vida de los hombres. Esta ley humana debe respetar necesariamente los principios del derecho natural. En algunos casos, la ley positiva es deducida ley natural, en otros la función de la ley humana es la de ajustar detalles indeterminados. Estas formas de derivación del derecho positivo de la ley natural reciben el nombre de “conclusión” y “determinación” respectivamente.

Finalizando esta breve recapitulación, recordemos que a la tradicional distinción aristotélica entre justicia conmutativa y distributiva, Santo Tomás incorpora a su clasificación la idea de justicia general o legal, entendida como aquella que tiende directamente al bien común, subordinando a esa finalidad los intereses y aspiraciones de los individuos que componen el grupo social.

#### 4. Kant y la tradición iusnaturalista racionalista

Entre los siglos XVII y XVIII se desarrolla uno de los períodos más fructíferos para la filosofía política, la moral y la política. Así como la Reforma ha cuestionado una única forma de leer las Sagradas Escrituras y como los científicos naturales han dejado de confiar ciegamente en la autoridad de Aristóteles y han comenzado a observar la naturaleza, los iusfilósofos pretenden reducir derecho, moral y política a ciencia demostrativa, trabajar *more geometrico*.

Hobbes, Locke, Rousseau, entre tantos otros, constituyen una escuela, no desde el punto de vista ontológico, ni ideológico, sino metodológico. La idea de que la razón es el medio adecuado para deducir la ley natural.

No se trata de interpretar normas ya dadas o de buscar en la historia o la tradición el fundamento que otorga legitimidad a las normas, sino de oponerle la *demonstratio*, de oponer la lógica a la retórica, la tónica y la dialéctica.

En el plano de la filosofía política, o el derecho público, los iusnaturalistas racionalistas desarrollan la concepción que explica el origen del estado como el producto de un pacto por el que los individuos, naturalmente libres e iguales, abandonan un hipotético estado de naturaleza.

Kant forma parte de este movimiento, pero su obra sin lugar a dudas trasciende las fronteras del iusnaturalismo racionalista y presenta un vuelo que amerita un tratamiento particular.

En nuestro intento por sintetizar los rasgos salientes de la concepción moral Kantiana empezaremos por distinguir la razón teórica de la razón práctica. El conocimiento de los objetos sensibles es producto de la conjunción entre un elemento material y otro formal. El primero de ellos está constituido por los sentidos, mientras que el elemento formal se integra tanto por categorías *a priori* de la intuición sensible como las nociones de espacio y tiempo, y las denominadas “categorías”, entre las que se destaca la idea de causalidad. Por ello se sostiene que el pensamiento de Kant constituye una síntesis entre el empirismo anglosajón y el racionalismo continental.

La razón práctica, en cambio, no se ocupa de conocer o describir fenómenos sino de demostrar cómo se debe actuar, vale decir en formular imperativos. Y en consecuencia, será este el plano donde se desarrolle la reflexión moral.

Estos imperativos, pueden clasificarse en dos tipos: los llamados imperativos hipotéticos –que determinan u ordenan los medios a seguir para obtener un determinado fin, como, por ejemplo, las llamadas reglas técnicas (“*si quiere prender la impresora, presione el botón rojo*”, “*si quiere ganar las elecciones, muéstrese feliz con su esposa embarazada en un programa televisivo popular*”, etc.)– y los imperativos categóricos, que ordenan algo como un fin absoluto.

Afirmábamos en los párrafos precedentes que la teoría kantiana es de tipo deontológica, precisamente porque para nuestro autor sólo pueden integrar la moral los imperativos categóricos, es decir sólo aquellos que ordenan algo como un fin en sí mismo.

A lo largo de su obra, Kant enunció diversas fórmulas del imperativo categórico. Quizás la más difundida sea “*actúa de forma tal que puedas desear al mismo tiempo que tu máxima sea elevada a ley universal*”. Otra de las formulaciones conocidas es la siguiente: “*obra de tal modo*

*que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca como un medio”.*

En virtud de lo expuesto, podemos destacar como las tres principales características del imperativo categórico: a) su carácter autónomo, toda vez que proviene de la propia conciencia del agente que aplica la fórmula; b) universal, toda vez que debe servir para todo sujeto, haciéndose abstracción de inclinaciones o deseos contingentes; c) formal, toda vez que no señala ningún contenido ético, sino que nos indica el procedimiento a seguir con nuestras máximas.

Para finalizar, cabe señalar el estrecho vínculo entre la concepción moral de Kant, su posición filosófico-política liberal y el concepto de derecho resultante, definido como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad”.

## 5. El utilitarismo

En este desarrollo oscilante, el péndulo vuelve a fines del siglo XVIII y principios del XIX al dominio de las teorías teleológicas con el surgimiento del utilitarismo, cuya preponderancia e influencia ha sido muy marcada, particularmente en el mundo anglosajón, durante casi dos siglos.

Y si bien no podemos atribuir su concepción a un autor en particular, cierto es que sus grandes fundadores y difusores han sido Jeremy Bentham y John Stuart Mill.

Más allá de las múltiples versiones del utilitarismo, podríamos afirmar que esta concepción se basa inicialmente en dos presupuestos básicos: una idea empirista de la psicología humana y la identificación de lo bueno con la felicidad y el placer.

Se sostiene que la concepción psicológica del utilitarismo es empirista y determinista porque rechaza la existencia de ideas innatas. La razón no es entendida como una facultad innata del hombre, sino como facultad experimental, calculadora y crítica que opera a partir de los datos suministrados por los sentidos.

En cuanto al segundo rasgo cabe señalar que, precisamente, a partir de esa naturaleza empírica podemos observar que el fin del actuar humano es la persecución de la felicidad. Consecuentemente, el valor

moral de una acción dependerá de los efectos que la misma produzca en términos de placer o dolor.

Ello explica que la teoría utilitarista sea caracterizada como teleológica o consecuencialista, toda vez que las acciones no pueden ser juzgadas moralmente en sí mismas sino en relación a la bondad o maldad de sus consecuencias.

Una de las más frecuentes clasificaciones entre los utilitaristas consiste en distinguir el utilitarismo de actos –que defiende la posibilidad de aplicar el principio de utilidad a cada acto individual, de modo de valorar moralmente cada acción concreta– del utilitarismo de reglas –que define como objeto del análisis moral de utilidad a las reglas generales que motivan dichas acciones–.

Otra distinción habitual se da entre el llamado “utilitarismo clásico” y el “utilitarismo del promedio”. La fórmula utilitarista tradicional de “la mayor felicidad para el mayor número” ha dado lugar a concebir que de lo que se trata, a la hora de la valoración moral, es de considerar la sumatoria total de utilidad social. De este modo, la alternativa correcta sería aquella que nos proporcionara un valor más alto. El utilitarismo “del promedio”, en cambio, tiende a considerar como relevante, a la hora de la valoración moral, el modo en que la utilidad está distribuida socialmente.

También es posible reconocer versiones “positivas” y “negativas” del principio de utilidad, personificadas por aquellos que privilegian la maximización de la utilidad o la minimización del dolor. Un ejemplo claro de esta última posición es la teoría de la pena sostenida por autores como Luigi Ferrajoli, quien justifica la pena en términos de minimización de la violencia social.

Muchísimas han sido también las críticas recibidas por el utilitarismo. Algunas se han centrado en su particular concepción de la naturaleza humana y su caracterización egoísta, hedonista. Otras se dirigen a aspectos prácticos de su implementación, como medir y comparar niveles de felicidad, placer, desagrado, dolor, como analizar su distribución social, etcétera.

Pero las observaciones más profundas tienen que ver con la posibilidad de justificar moralmente en términos utilitaristas a violaciones a los derechos fundamentales.

Así, podríamos justificar la tortura para resolver un crimen, la aplicación de una pena a un inocente para reforzar la imagen de

eficacia del sistema judicial o discriminar o sojuzgar a una minoría para satisfacer demandas de la mayoría de una comunidad.

## 6. El historicismo y las concepciones hegeliano-marxistas

Así como en el mundo anglosajón la principal reacción frente al racionalismo iusnaturalista se manifiesta en el pensamiento utilitarista, en la cultura continental europea, especialmente en Alemania, proviene del historicismo.

No debemos perder de vista que el racionalismo ilustrado se autopresenta precisamente como universal y ahistórico, precisamente como un triunfo de una Razón única y con mayúsculas por sobre lo contingente de la tradición y la historia, visión contra la que se subleva el romanticismo.

La primera manifestación en este sentido viene dada por la Escuela Histórica del Derecho liderada por Savigny, para quien el derecho y la justicia son manifestaciones del “espíritu del pueblo”.

Del mismo modo que un lenguaje no puede ser creado artificialmente, sino que se va desarrollando como manifestación cultural, el derecho no puede ser impuesto por un legislador sino que es el resultado de un proceso histórico que desarrolla la comunidad. La justicia de un ordenamiento viene dado por el respeto a la tradición, lo que explica la pervivencia de ciertas instituciones, valores, etcétera.

Está claro que el pensamiento de esta escuela es fuertemente conservador y puede explicarse como un fuerte intento de resistir el avance de las ideas liberales de la revolución francesa que intentaban introducirse en Alemania a través del Código de Napoleón. De hecho, buena parte de la obra de Savigny está dedicada a oponerse al proceso codificador.

Pero así como para la Escuela Histórica del Derecho, la historia aparece como un proceso lineal, orgánico y acumulativo, Hegel transformará esta visión proponiendo la idea de progresión dialéctica de afirmación, negación y negación de la negación. Otra diferencia interesante de destacar consiste en que en la visión hegeliana, el espíritu de cada pueblo no es autónomo y particular, sino que se integra como un momento del espíritu universal.

A riesgo de simplificar en exceso un pensamiento complejo como el hegeliano podemos afirmar que en este esquema, el Derecho y el Estado aparecen como realizaciones de la razón. Tienen un carácter

histórico pero a la vez racional, toda vez que para Hegel la realidad tiene simultáneamente una naturaleza histórica y espiritual, la “idea” que avanza dialécticamente.

Aplicada al campo de lo jurídico, la famosa frase de Hegel “lo que es racional es real y lo que es real es racional” implica el fin de la dicotomía entre el ser y el deber ser, entre el derecho positivo y el derecho natural.

El paso que dará Marx consistirá fundamentalmente en intentar abandonar todo resabio de idealismo para ceñirse a una perspectiva “materialista” para explicar el origen de la sociedad y su estructura, sintetizada magistralmente en *La ideología alemana* cuando sostiene “no es la conciencia la que determina el ser social sino el ser social el que determina la conciencia”. Son las contradicciones y las luchas que se dan en las relaciones de producción las que determinan nuestras concepciones, nuestra forma de ver el mundo, nuestros valores, etcétera.

A partir de esta concepción, la idea de justicia, el derecho, los valores, la idea de libertad, igualdad, etcétera, pasan a tener carácter *ideológico*. Vale decir que tienen un carácter ilusorio y constituyen un discurso legitimador y tranquilizador que colabora con la reproducción de las relaciones materiales de dominación, lo que explica que Marx se haya mostrado tan crítico y escéptico frente a las declaraciones de derechos.

## 7. Las teorías de la justicia de Rawls y Habermas

Antes de adentrarnos en el pensamiento de Rawls y Habermas —posiblemente dos de los más influyentes autores contemporáneos— se torna imperioso intentar explicitar por qué nos “tragamos” un siglo. Es decir, qué pasó durante el período que se desarrolla desde Mill, Bentham o Marx hasta las últimas décadas del siglo XX, donde cobra trascendencia la obra de estos grandes pensadores.

Y la respuesta vendrá dada por la preeminencia de la filosofía analítica durante buena parte del siglo pasado. Y si bien sería inadecuado tomar como sinónimos filosofía analítica y emotivismo moral, es cierto que buena parte de dicha tradición, fundamentalmente la heredera del positivismo lógico, ha tenido concepciones fuertemente escépticas en materia moral, situando buena parte de su reflexión en el plano de la metaética y no en el de la ética normativa.

Hecha la aclaración del caso, podemos comenzar con este breve repaso por los ejes centrales, en primer término, de la teoría de



John Rawls. Este profesor de Harvard publicó en 1971 su *Teoría de la Justicia*, que vino a poner fin a un largo período en que la filosofía moral y política anglosajona había estado dominada básicamente por la filosofía analítica, el intuicionismo y el utilitarismo, generando un debate que sigue hasta la actualidad.

La gran novedad de la concepción rawlsiana consistió en llevar nuevamente el péndulo al ámbito de las teorías deontológicas, retomando la tradición contractualista con una fuerte influencia del pensamiento de Kant.

Su intención es fundar una teoría que permita sentar unos principios que nos permitan juzgar la estructura básica de una sociedad, es decir, sus principales instituciones políticas y jurídicas. Su teoría, en consecuencia, es una concepción “política” de la justicia, toda vez que no pretende juzgar moralmente el plan de vida de cada individuo sino las estructuras que permitan que cada uno desarrolle su propia concepción moral en el marco de una sociedad democrática.

Para ello, Rawls recurre a un artificio intelectual, una construcción hipotética que –desde la perspectiva de la justicia del agente, a que nos referíamos en el punto 1.c)– garantice las condiciones de imparcialidad que deben regir la elección moral.

Los encargados de formular los principios de justicia serán un conjunto de agentes situados en la “posición originaria”. Lo peculiar de esta situación consiste en que los sujetos allí situados se encuentran cubiertos por el “velo de la ignorancia”, una suerte de manto mágico que les impedirá conocer una serie de rasgos personales y de la sociedad en la que viven. De este modo, los agentes no conocen sus niveles de inteligencia, destrezas físicas, grupo etario o social, los rasgos de su psicología. Tampoco saben si pertenecen a una sociedad desarrollada o no, la situación económica, cultural, etcétera.

Por otra parte, para garantizar la racionalidad de las decisiones, los participantes deben conocer las llamadas “condiciones de la justicia”, es decir una serie de factores que gobernarán la vida de los individuos y que tornan necesaria la cooperación social. Entre los puntos más salientes podemos destacar que existe un territorio limitado, escasez moderada, que los individuos son relativamente similares en capacidad física y mental, que todos los individuos son relativamente vulnerables al resto, etcétera.

En ese contexto, los agentes situados en la posición originaria deberán ponerse de acuerdo sobre los principios de justicia que quieren que rijan en la vida real. Si aquí terminara la presentación, podríamos afirmar que, aunque bastante compleja, Rawls no hace más que diseñar una teoría procedimental o formal de la justicia.

Pero lo novedoso de la propuesta rawlsiana es que, una vez planteado el procedimiento, se anima a explicitar los contenidos que él cree que resultarían de su aplicación, formulando sus ya célebres principios de justicia.

El primer principio dice que *“toda persona tiene derecho al sistema más amplio de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertades para todos”*. Este principio, conocido como “de igual libertad” implica que sólo sería justo restringir la libertad para que todos pudieran tener un grado de libertad semejante (por ejemplo, en una asamblea, restringir la libertad de expresión de modo tal que todos puedan hablar igual tiempo).

El segundo principio resulta particularmente interesante porque sin abandonar la concepción liberal del autor, analiza las condiciones en que serían aceptables las desigualdades sociales.

Sostiene este segundo principio que *“las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de forma tal que resulten: a) para mayor beneficio de los menos aventajados y b) unidas a cargos y condiciones asequibles para todos bajo una estricta igualdad de oportunidades”*.

Veamos las peculiaridades de este segundo principio. Por una parte reconocemos que Rawls acepta que pueda haber sociedades justas aun con desigualdades, que sería justificable a través de una suerte de “superávit” por desigualdad.

Pensemos en tres sociedades hipotéticas, en las que encontramos asimismo tres grupos sociales en cada una y valoremos numéricamente el conjunto de los bienes, tanto materiales como sociales (derechos, oportunidades, etc.) que posean.

	CONDICIÓN 1	CONDICIÓN 2	CONDICIÓN 3
SOCIEDAD 1	30	40	18
SOCIEDAD 2	15	15	15
SOCIEDAD 3	70	90	10

Mientras que para un utilitarista la sociedad deseable sería la primera, ya que la suma total de beneficios es la más grande y para un igualitarista a ultranza la opción preferible sería la última, conforme el segundo principio de Rawls la sociedad más justa sería la segunda.

¿Por qué? Porque si bien es cierto que quienes están en las posiciones privilegiadas triplican o duplican a quien está en peor condición, de todos modos este último se encuentra mejor que en la sociedad donde todos son absolutamente iguales.

La segunda parte del principio agrega que estas desigualdades, además, deben provenir de cargos o posiciones a los que se pueda acceder mediante absoluta igualdad de oportunidades (por ejemplo, podría ser aceptable que un médico esté mejor pagado que un albañil, pero tendría que estar garantizado que cualquiera pueda estudiar medicina).

Si no resulta sencillo resumir la teoría rawlsiana, mucho menos lo es hacer lo propio con la concepción de Jürgen Habermas, máxime cuando su obra no se agota en la filosofía moral o política sino que implica una compleja teoría social.

Muy sintéticamente podríamos señalar que este autor recoge la tradición de la Escuela de Frankfurt y obtiene sus mayores reconocimientos a partir de su famosa Teoría de la Acción Comunicativa de 1981. En el campo específico de la filosofía jurídica, por su parte, se destaca como obra cumbre la publicación de *Facticidad y Validez*, de 1992.

La teoría de Habermas presenta muchos puntos en común con Rawls, aunque también interesantes matices.

En primer término podemos destacar que también la posición habermasiana tiene una explícita raíz kantiana y un corte neocontractualista, toda vez que al igual que Rawls pretende justificar criterios de justicia a través de un consenso social, para lo que también construye una situación hipotética, tendiente a garantizar la universalidad de los juicios resultantes.

En este caso esta construcción intelectual es la denominada “*situación ideal de diálogo*”. Habermas piensa que sería posible alcanzar consensos éticos en una sociedad, si estos son el resultado de un diálogo abierto, donde los interlocutores gocen de una situación igualitaria, se encuentren libres de todo tipo de coacción, solo rija la fuerza de los buenos argumentos, todos tengan equivalente competencia lingüística, idéntica capacidad para introducir temas de la agenda y actuar orientados al consenso.

Dos señalamientos finales deberíamos hacer, que nos muestran las diferencias entre ambos autores. Por una parte, mientras que a su aspecto procedimental Rawls agregaba su componente material o sustancial mediante la formulación de sus dos principios de justicia, en el caso de Habermas esto no sucede, sino que su teoría es puramente procedimental.

La otra gran diferencia consiste en que si bien ambas construcciones –la posición originaria y la situación ideal de diálogo– son ideales o hipotéticas, Habermas piensa que las modernas sociedades democráticas, aunque imperfectamente, tienden a “juridificar” el principio del discurso de forma tal que el derecho se torna permeable a la moral.

Así, el sufragio universal, la libertad de expresión, la publicidad de los actos de gobierno, las deliberaciones públicas, la fundamentación de las decisiones judiciales, etcétera, son herramientas jurídicas que tienden a promover condiciones que se orientan al ideal de la construcción hipotética.

Al igual que en la unidad anterior, cerraremos el tema proponiendo un breve cuadro clasificatorio de las concepciones propuestas ofreciendo bibliografía complementaria para profundizar los temas relevados:

TEORÍAS TEOLÓGICAS	OTRAS	TEORÍAS DEONTOLÓGICAS
<i>Aristotélico-tomista</i>	<i>Historicismo-Hegel-Marx</i>	<i>Kant</i>
<i>Utilitarismo</i>	<i>Filosofía analítica</i>	<i>Rawls-Habermas</i>

# Unidad 3

## El papel del juez

### Presentación

Durante siglos los jueces no fueron más que delegados del soberano, quien asumía simultáneamente los atributos del juez supremo, por lo que resultaba superfluo el debate sobre su legitimidad, exigiéndose como mayor virtud su sabiduría y prudencia. Esta forma de entender el rol del magistrado sufre una notable transformación a partir de las revoluciones burguesas, la consolidación de los estados nación y el proceso codificadorio. En palabras de Montesquieu, el juez asume el rol de un poder neutral, *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”*. Y al tener las leyes un origen democrático, este sería transmitido al magistrado a través de una suerte de propiedad transitiva. Sin embargo, tanto desde los desarrollos de la lingüística como desde la propia experiencia judicial esta concepción se encuentra en crisis, resignificándose en consecuencia el papel del juez en la sociedad y su consecuente responsabilidad ética y política.

### Objetivos

A través del desarrollo de la presente unidad se pretende que el lector logre:

1. Reconocer los cambios que ha sufrido el modo de entender el papel del juez desde la modernidad hasta el presente.
2. Identificar los rasgos centrales de las principales concepciones interpretativas.
3. Advertir las limitaciones de las teorías tradicionales para describir adecuadamente la actividad judicial.

### Temario

1. Modelos de derecho y modelos de juez.
2. El formalismo jurídico.
3. La reacción del realismo norteamericano.

4. Las posturas intermedias de Kelsen y Hart.
5. Dworkin y la tesis de la respuesta correcta.
6. Pensamiento jurídico crítico y garantismo.

## Desarrollo

### 1. Modelos de derecho y modelos de juez

#### a) El Estado Liberal

Señalábamos en la presentación de esta unidad los vínculos existentes entre la forma de entender el derecho y el papel atribuido al juez en dicho esquema, ello enmarcado asimismo en un concepto de Estado.

Efectivamente, si hiciéramos una rápida encuesta entre la ciudadanía en general, o incluso a los propios operadores jurídicos, preguntando “a boca de jarro” si los jueces crean o aplican derecho, con certeza la gran mayoría nos respondería que los jueces deben limitarse a aplicar las normas que, obviamente, son creadas por el poder legislativo.

Esta noción, profundamente arraigada en nuestro sentido común, dista mucho sin embargo de ser natural. Corresponde claramente al modelo de Estado y de derecho liberal que se remonta a la tradición contractualista del iusnaturalismo racionalista y se consolida tras las revoluciones burguesas europeas y norteamericana, con clara influencia en el proceso emancipatorio de América Latina.

La primera de las formas que tomó el Estado moderno a partir de las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX es el Estado liberal, basado sobre el principio de la limitación de la intervención estatal, de la libertad del individuo y de la creencia en la superioridad de la regulación espontánea de la sociedad a través de la “mano invisible” del mercado (Adam Smith).

Su imagen es la de un protector de los derechos individuales, que cumple su tarea gracias a la monopolización del uso de la fuerza y del poder jurídico. Su legitimidad para valerse de la coacción jurídica y física tiene como contracara la renuncia a todo tipo de intervención en los campos económico y social, los que tienen un carácter puramente privado.

Es función del derecho, por lo tanto, garantizar la libre circulación de las ideas, de las personas y, particularmente, de los bienes. Se vale

para ello de reglas generales, abstractas y previsibles, que alcanzan su mayor grado de racionalidad a partir del proceso codificadorio.

Para François Ost, el modelo del código conlleva cuatro corolarios:

- i. El monismo jurídico. En oposición a la dispersión de las fuentes del derecho de la Edad Media, el material jurídico adopta en lo sucesivo la forma dominante de la ley, acoplada en códigos que refuerzan su sistematicidad y autoridad.
- ii. El monismo político. La codificación supone el resultado de un proceso de identificación nacional y centralización administrativa que culmina en la figura del soberano.
- iii. Una racionalidad deductiva y lineal. Es decir, que las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios aún más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. En caso de controversias interpretativas, la técnica elucidatoria apela a la racionalidad del legislador, “garante jupiterino” –al decir de Ost– de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema.
- iv. Una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado. La empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley –anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible– puede hacer llegar un porvenir mejor. Esta concepción se opone a la temporalidad de larga duración, que por sobre todo mira al pasado y que caracteriza al derecho consuetudinario.

#### b) El Estado Social

Así como las revoluciones burguesas dieron pie para la formación del Estado liberal, fue la revolución industrial la que obligó al desarrollo de la segunda forma arquetípica asumida por el Estado, desde el último cuarto del siglo XIX y, fundamentalmente, a partir de la Primera Guerra Mundial: el Estado Social, de Bienestar, Providencial, o *Welfare State*.

La rápida destrucción de las solidaridades tradicionales, familiares y territoriales obligó a la intervención del Estado en la regulación de la “cuestión social” (derecho del trabajo, seguridad social, etc.) y la economía (política monetaria, gasto público, subsidios, etc.).

Y del mismo modo en que las teorías smithsonianas daban sustento al Estado mínimo liberal, la doctrina económica de J.M. Keynes facilitó la legitimación de la intervención estatal en todos los sectores de la vida económica y social nacional.

Las transformaciones del rol del Estado obligan, irremediablemente, a la asignación de un nuevo papel también al derecho. Este es entendido, entonces, como un instrumento al servicio de metas concretas: orientar las conductas humanas hacia la promoción del desarrollo económico y social.

Otro es también el papel de los jueces en el Estado de Bienestar. Vale la pena recordar las palabras de François Ost:

Nunca nada será perdonado al “juez asistencial” de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone; apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el “estado de angustia” de la mujer embarazada; intervenir “en caliente” en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a la noche) si la huelga de pilotos aéreos de la compañía nacional prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico; juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela...

A los cuatro corolarios del “modelo del código” podríamos oponer, en virtud de las características señaladas, otras tantas conclusiones derivadas del “modelo del dossier”:

- i. Al monismo normativo corresponde oponer la proliferación de las decisiones particulares, en las que la generalidad y la abstracción de la ley dejan lugar a lo concreto del juicio.
- ii. Del mismo modo, cabe destacar que así como el código supone un monismo político, el dossier ocasiona la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el derecho.
- iii. Podemos ver también que se invierte la marcha de la racionalidad deductiva y lineal, reemplazándola por una lógica que se pretende inductiva.



- iv. Finalmente, podemos concluir que este modelo implica un tiempo discontinuo, hecho de irrupciones jurídicas esporádicas y “desechables” después del uso.

#### c) Complejidad y crisis de paradigmas

La crisis del Estado de Bienestar –y consecuentemente de la forma derecho que le es propia–, fue un fenómeno denunciado desde los años setenta por los teóricos sociales tanto de izquierda como de derecha. En tal sentido cabe hacer mención –entre otros– a los reconocidos trabajos de Offe, Dahrrendorf, Willke, Teubner o Luhmann.

Dicha crisis se relacionó en forma directa con el agotamiento del régimen de acumulación consolidado en la posguerra, o “régimen fordista-taylorista”, caracterizado por una total separación entre concepción y ejecución en el proceso de trabajo, acoplada con la integración forzosa de los trabajadores en la sociedad de consumo a través de una cierta indexación de los salarios directos e indirectos (los beneficios sociales propios del *Welfare State*).

Este colapso se tradujo, lógicamente, en la crisis de la regulación nacional que regía eficazmente hasta entonces, frente a la internacionalización de los mercados y la transnacionalización de la producción. Como esta regulación estaba centrada en el Estado nacional, su crisis fue también la crisis de este frente a la globalización de la economía y a las instituciones que se desarrollaron con ella (empresas multinacionales, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, etc.).

Asistimos a un desplazamiento y a una fragmentación de las instancias legitimadas a promulgar reglas, visible en las políticas de descentralización y desregulación típicas de los años ochenta y noventa.

Sin embargo, las recetas del neoliberalismo no sólo no resolvieron las crisis, sino que en muchos casos las profundizaron, tanto en los países centrales como en los periféricos. Ello motivó a que durante los últimos años se revalorizara nuevamente el rol del estado en la vida económica y social, con la consecuente complejización y resignificación del papel del derecho y por supuesto del juez.

En los siguientes apartados analizaremos cómo han concebido las teorías jurídicas la actividad jurisdiccional y la problemática interpretativa, advirtiéndose nuevamente un movimiento pendular, oscilante

en este caso entre aquellas que piensan la tarea hermenéutica como una actividad intelectual –como un acto de conocimiento– y aquellas que la entienden como una actividad creadora –un acto de voluntad–. Asimismo veremos como las visiones tradicionales resultan insuficientes para analizar adecuadamente las complejidades del ejercicio de la magistratura en la actualidad.

## 2. El formalismo jurídico

La idea de la función del juez como actividad cuasimecánica, un mero acto de aplicación de la norma al caso concreto, es sostenida por las posiciones que en términos generales podríamos unificar bajo la denominación de “formalismo jurídico”, cuya visión más acabada y difundida es la propia de la ciencia dogmática.

Siguiendo a Carrió podríamos sintetizar los principales rasgos en cuatro características básicas:

- a. El derecho es visto como un sistema cerrado, completo, del que pueden deducirse soluciones para todos los casos posibles.
- b. El sistema jurídico no se identifica con la voluntad histórica del legislador, sino que una vez dictada la ley adquiere vida propia y su significado va evolucionando.
- c. La ciencia jurídica es la encargada de reconocer y fijar en conceptos dicha evolución. Los juristas a través de sus abstracciones y conceptualizaciones logran que el derecho sea un sistema coherente.
- d. La tarea del juez se limita a reconocer la norma aplicable al caso concreto, prescindiendo de toda actividad creadora y absteniéndose de utilizar cualquier tipo de material que no sea puramente normativo.

Conforme esta concepción, entonces, la actividad del juez consiste fundamentalmente en subsumir el caso a la norma. La subsunción sería el sucedáneo jurídico del silogismo lógico. Observemos la analogía:

Todos los hombres son mortales Sócrates es hombre	Al que mata le corresponden de 8 a 25 años de prisión X mató
Sócrates es mortal	A X le corresponden de 8 a 25 años de prisión

Este tipo de teoría puede, fácilmente, ser objeto de dos claras objeciones. La primera de ellas se vincula a los problemas que presentan los lenguajes naturales: ambigüedad, vaguedad, carga emotiva del lenguaje, etcétera.

Frente a estas observaciones los formalistas ensayan dos respuestas. Por una parte, confían en que a través del uso de su lenguaje técnico el derecho logra evitar este tipo de patologías y adquiriendo una precisión matemática. Así, por ejemplo, Sebastián Soler sostenía que “entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos están constituidos por un número limitado de elementos puestos”.

Por otra parte, en caso de duda, siempre será posible recurrir al “método adecuado” que nos permita conocer el “verdadero” sentido de la norma. Así, se han propuesto el método gramatical, el exegético, el sistemático, etcétera. Como veremos en los próximos apartados, esta idea también ha sido objeto de importantes reproches.

La otra objeción que se plantea a esta visión casi ingenua de la subsunción consiste en que aun asumiendo la precisión del lenguaje, la propia norma deja siempre un importante margen de decisión al encargado de aplicarla. Pensemos en el ejemplo anterior; en el caso del homicidio simple existen las 6205 opciones que representan la cantidad de días que van desde los 8 a los 25 años de prisión.

### 3. La reacción del realismo norteamericano

Frente al reduccionismo de la posición formalista, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX se da en el mundo anglosajón una importante reacción, representada por el denominado “realismo jurídico norteamericano”. Cabe aclarar que este movimiento no es el único, ya que en Alemania también se desarrolló la corriente conocida como “escuela del derecho libre” que –aunque con menos difusión y trascendencia– comparte su carácter radicalmente crítico al formalismo.

Suele reconocerse a Oliver Wendell Holmes como el padre de esta corriente, cuyas bases están sentadas en una serie de conferencias luego publicadas en un libro conocido como *La senda del derecho*.

Así Holmes plantea con toda vehemencia y crudeza que para conocer lo que el derecho es en realidad, hay que mirar el derecho con los

ojos del *mal hombre*, aquel que quiere conocer las efectivas consecuencias materiales de sus actos.

Sostiene nuestro autor que

... si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales...

Y finaliza planteando: “Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos”.

Como podemos ver, el realismo da un salto copernicano centrando a la actividad judicial como el centro del concepto mismo de derecho y mostrando una actitud radicalmente escéptica.

Ese escepticismo tiene, sin embargo, algunos matices. Autores como Llewellyn son particularmente escépticos frente a las normas –a las que califica de simples *juguets vistosos*– por lo que proponen dejar de poner interés en las *paper rules* y prestar atención a las *real rules*, es decir las normas que efectivamente se aplican (otra dicotomía muy difundida es la de *law in books* y *law in action*, es decir el derecho de los libros y el derecho en acción).

Otros, como Jerome Frank incorporan un grado más de perplejidad al problema ya que son también escépticos frente a los “hechos”. Lo que advierte Frank –que al igual que Holmes además de como abogado y filósofo del derecho se desempeñó como juez– es que buena parte de las disputas judiciales no se refieren a cuestiones normativas sino fácticas. El gran problema de la actividad judicial pasa por la necesidad de reconstruir hechos a través de testimonios, documentos, pericias, etcétera.

Lo que intenta demostrar Frank es que contrariamente a lo que plantean las tesis tradicionales, a todas las dificultades que presenta la subsunción en el plano normativo se agregan las fácticas. Y en esa instancia, además, aparecerán una serie de factores “externos” que influirán en la decisión final del juez.

#### 4. Las posturas intermedias de Kelsen y Hart

Tal como anticipáramos, puede advertirse claramente que las dos posturas hasta aquí analizadas constituyen posiciones extremas fren-

te al mismo fenómeno. Ante nuestra pregunta inicial sobre si los jueces crean o aplican derecho, para el formalismo sólo habría aplicación y para el realismo sólo creación.

Veremos en este apartado cómo los dos más significativos exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, Kelsen en el mundo continental y Hart en el mundo anglosajón, presentan posiciones intermedias que intentan superar esta dicotomía.

#### a) La interpretación en Kelsen

Para comprender la concepción kelseniana de la interpretación debemos recordar muy someramente su noción de validez.

Kelsen piensa que una norma es válida –y en consecuencia existe e integra un sistema jurídico– si ha sido creada conforme estaba previsto en una norma superior.

En consecuencia, todo acto de creación es un acto y aplicación y viceversa, habida cuenta que la única forma de crear normas válidas es aplicando normas superiores y, asimismo, la forma de aplicar normas creando una nueva norma.

Así, el juez crea una sentencia (norma individual) aplicando la ley, el legislador aplica la constitución al crear la ley, el poder administrador aplica la ley al crear una norma reglamentaria, etcétera.

Esta regla general conoce sólo dos excepciones. En la cima del sistema, el primer legislador, es decir aquel que dicta la llamada primera constitución histórica (que luego será validada según Kelsen por la *norma básica fundamental*, concepto que excede nuestro tema de hoy), sólo crea derecho. En la base, el que ejecuta una sentencia, por ejemplo el verdugo del rey, sólo aplica la norma. Todos los demás actos son al mismo tiempo de creación y aplicación.

Si esto es tan sencillo como lo plantea Kelsen ¿por qué tanto debate en torno al papel del juez? Porque toda norma jurídica es parcialmente indeterminada en cuanto al contenido de la norma inferior.

Esa indeterminación puede ser voluntaria o involuntaria. Será voluntaria cuando la norma expresa y deliberadamente deja la tarea al órgano inferior, por ejemplo cuando el Código Penal deja a criterio del juez elegir entre 8 y 25 años de prisión. Está claro que en el marco de la norma será el magistrado quien, a través de un acto de voluntad, decidirá qué pena aplicar.

Pero muchas veces la indeterminación es involuntaria, la norma ha sido sancionada por el legislador de forma tal que por los propios problemas del lenguaje no se sabe “qué quiere decir”, circunstancia en que las concepciones formalistas tradicionales solían apelar a los métodos interpretativos.

Kelsen va a ser profundamente crítico con la idea del método de interpretación, toda vez que para él, pensar que existe una respuesta verdadera o correcta es un resabio del pensamiento iusnaturalista. Por otra parte va a denunciar el carácter ideológico de los métodos de interpretación, resaltando que los juristas pretenden hacer pasar por científico lo que en realidad es político.

Es llamativa en este punto la concordancia entre las ideas de Kelsen y las sostenidas sobre el mismo tema por Carlos Cossio a través del sugestivo análisis de las relaciones entre las escuelas interpretativas y los factores sociopolíticos propios de una determinada formación histórica plasmados en un viejo artículo titulado “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”.

Así, por ejemplo, vemos cómo en Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía se posesionó del parlamento, y sus propios diputados fueron los legisladores. El poder judicial, en cambio, siguió durante un tiempo bajo el poder del *ancien regime*, razón por la cual la nueva clase triunfante corría el riesgo de ver frustradas sus reformas en dicha instancia. No ha de extrañarnos, entonces –sostiene Cossio–, que apareciera la escuela del empirismo exegético, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención psicológica del legislador.

En Inglaterra, por su parte, la revolución burguesa había ocurrido cien años antes que en Francia, pero sin disolver la estratificación nobiliaria de la sociedad y el gobierno. Agudamente señala el filósofo egológico:

... tan pronto como advertimos que fueron legistas burgueses quienes actuaron como jueces del reino desde entonces y a raíz de dicha revolución, tampoco es extraño que la teoría jurídica venga a decirnos, aquí, que todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en el precedente.

Finalmente, en Alemania, la estructura feudal llegaba al siglo XIX prácticamente intacta, sin haberse producido allí la revolución burguesa. Ello explica –según Cossio– el surgimiento de la “jurisprudencia

de conceptos” como modelo propio de la ciencia jurídica alemana. La burguesía alemana, como poder social dominante, no teniendo precedentes judiciales, ni pudiendo contar con la intención de sus legisladores, recurrió a las universidades y a los juristas para obtener su derecho, con lo que nace un racionalismo dogmático que asegura que las normas y las instituciones ya están contenidas en los conceptos jurídicos fundamentales.

Cuál es, entonces, la propuesta Kelseniana: aceptar que la norma no es más que un marco abierto de posibilidades. El acto de conocimiento se limita a reconocer los distintos sentidos en que la norma puede ser interpretada. Pero luego, la elección de una solución específica para un caso concreto ya no es tarea del jurista sino del juez y no constituye un acto de conocimiento sino un acto de voluntad.

#### b) El aporte de Hart

Herbert L. A. Hart y su obra *El Concepto de Derecho* representan para el mundo anglosajón lo que Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho* para nuestra tradición de origen continental europea, la versión estándar del positivismo jurídico.

El primer gran aporte de Hart en el campo de la interpretación pasa, seguramente, por el especial interés prestado a los problemas del lenguaje, particularmente a partir de la noción de textura abierta del lenguaje.

La textura abierta puede ser definida como la potencial vaguedad del lenguaje. Toda palabra, aun aquella que en un momento dado pueda resultar precisa, puede tornarse vaga a partir del desarrollo científico, cultural, tecnológico, etcétera.

Esto constituye un obstáculo insalvable para el legislador, ya que aun cuando mediante la utilización del lenguaje técnico-jurídico trate de ser preciso, no hay garantías de que el día de mañana la palabra mute o aparezca un caso que presente dudas sobre su aplicación.

Tomemos como ejemplo la palabra “correspondencia”. Durante mucho tiempo estaba claro que el término “correspondencia” hacía referencia a una carta dentro de un sobre cerrado dirigido a una determinada persona. Las normas que protegían la intimidad de la correspondencia eran claras. Nadie que no fuera el destinatario de la misiva podía abrirla sin su autorización.

Pero un día apareció el *e-mail* y durante un largo período se debatió sobre el carácter de “correspondencia” de esa nueva forma de comunicación y su correspondiente inviolabilidad.

El segundo ingrediente que hace de la teoría hartiana un punto insoslayable en el análisis de la problemática hermenéutica pasa por una distinción que ha hecho historia, la clasificación entre casos “claros” u “ordinarios” y casos “difíciles”.

Frente a las posiciones extremas que representan formalistas y realistas Hart advierte que no existe una respuesta única y existen casos que dan la razón a uno u otro bando.

Existen casos, los llamados claros u ordinarios, donde los hechos constitutivos están comprendidos claramente en el alcance de la norma aplicable. En estos casos, la tarea del juez consiste fundamentalmente en un acto de aplicación y su actividad se parece bastante a la sostenida por el formalismo jurídico. Así, por ejemplo, cuando se trata de computar un plazo o verificar si se han opuesto excepciones en un juicio ejecutivo, difícilmente podamos sostener que haya una gran tarea creativa.

Pero existen otros casos que se encuentran en una “zona de penumbra”, se trata de casos atípicos o marginales que no se encuentran ni claramente incluidos ni claramente excluidos dentro del alcance de la norma. En estos casos, los “difíciles”, Hart sostiene que el juez se verá obligado a decidir. Existe en estos casos discrecionalidad judicial. Se trata de adjudicar un sentido a la norma.

## 5. Dworkin y la tesis de la respuesta correcta

Tal como en la unidad 2 destacábamos el impacto que en el campo de la filosofía moral y política había tenido la obra de John Rawls, otro tanto cabe decir de las tesis desarrolladas por Ronald Dworkin en el campo de la filosofía jurídica en general y especialmente en la problemática de la interpretación.

Una de las grandes novedades de la obra dworkiniana consiste en haber cuestionado el positivismo de Hart retomando la doctrina de que, aun en los casos difíciles, existe una respuesta correcta.

Según Dworkin, la tesis de la discrecionalidad judicial propuesta por Hart, aun siendo moderada, resulta inadecuada tanto desde el punto de vista valorativo como descriptivo.



Por un lado, sostener que los jueces crean derecho implica violentar simultáneamente dos principios democráticos básicos. Por un lado, la división de poderes. Por otro, el principio de legalidad, ya que todos tenemos derecho a ser juzgados por una ley anterior al hecho del proceso. Consecuentemente, si el juez crea derecho al momento de solucionar el caso, esta creación es posterior al hecho juzgado.

Por otra parte, la tesis de la discrecionalidad, sostiene Dworkin, tampoco describe adecuadamente la tarea que efectivamente realizan los jueces. Cuando uno analiza sentencias encontrará que los jueces se esfuerzan por justificar sus decisiones conforme a derecho y jamás sostienen cosas tales como *“ya que no hay norma aplicable, resuelvo como me parece”*.

El eje de la propuesta de nuestro autor consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado sólo por normas, sino también por directrices y principios.

La diferencia entre las normas y las directrices o principios es fundamentalmente lógica. Las normas funcionan bajo un esquema de “todo o nada”, son aplicables a un caso o no lo son. Y su validez depende de un test de pedigrí, es decir, de haber sido creadas conforme un cierto procedimiento.

Las directrices y principios tienen otra naturaleza. Las primeras son estándares que establecen objetivos, metas o propósitos sociales, económicos o políticos que se aspira alcanzar (por ejemplo, proteger la industria nacional) y se suele recurrir a ellos como argumentos que justifican el dictado de ciertas normas.

Los principios en sentido estricto, en cambio, son estándares que establecen ciertas exigencias de justicia, equidad o moralidad objetiva. A diferencia de las normas, que se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir.

Mientras que las normas explicitan las condiciones fácticas para su aplicación, los principios establecen criterios generales que dan sentido, informan e incluso justifican normas.

Cuando dos normas son contradictorias ambas no pueden coexistir. Una anula la otra conforme criterios del tipo *“norma posterior/norma anterior”*, *“norma especial/norma general”* o *“norma superior/norma inferior”*.

En el caso de las directrices y –sobre todo– los principios, en cambio, no se anulan entre sí. Cuando existen contradicciones se tratará de sopesar el peso relativo de cada uno para el caso concreto.

Así, principios como la libertad de prensa y el derecho a la intimidad si bien pueden colisionar, también pueden coexistir. Y se deberá en cada caso concreto determinar si prevalece uno u otro, por ejemplo privilegiando el acceso a la información por sobre el derecho a la intimidad en el caso de funcionarios públicos y a la inversa en el caso de individuos particulares.

A partir de esta distinción, Dworkin sostendrá que si bien es cierto que puede haber casos en que no se encuentre una norma aplicable –como pensaba Hart– el juez siempre encontrará en los principios el material jurídico que le brinde la posibilidad de encontrar la respuesta correcta para el caso específico.

La pregunta que cabe hacerse en esta instancia es ¿cómo elegir adecuadamente los principios que permitan la solución adecuada? Si bien reconoce que es una tarea ímproba –a punto tal que propone un modelo de juez omnisciente al que llama Hércules– podría caracterizarse como correcta aquella reconstrucción que sea capaz de justificar del mejor modo posible los materiales jurídicos y la moralidad política de la comunidad.

Otra metáfora a la que apela Ronald Dworkin para explicar su concepción es la de la “*novela en cadena*”. Imaginemos que a un grupo de escritores se les encomienda la redacción de una novela, de modo tal que cada uno de ellos deberá escribir un capítulo.

A medida que vaya avanzando la obra, si su intención es colaborar con la elaboración de la mejor novela posible, cada escritor se verá condicionado por los capítulos previos. Por ejemplo, si llegaran a nuestras manos los primeros diez capítulos del Quijote, sería incoherente que nuestro protagonista subiera a una nave espacial para conquistar Marte.

Del mismo modo, cada juez escribe un nuevo capítulo en la tradición jurídica, pero también moral y política de la comunidad y es su deber encontrar la solución que mejor justifique y represente esa historia previa.

Por supuesto que la doctrina dworkiniana ha sido también objeto de importantes críticas. Las más profundas y sagaces han proveni-  
do del movimiento conocido como *Critical Legal Studies (CLS)*, versión

anglosajona de las teorías críticas del derecho que estudiaremos en el próximo apartado.

Los CLS, considerados por muchos como los herederos del viejo realismo jurídico, pondrán énfasis en el plano ideológico y legitimatorio del discurso judicial, sosteniendo que la actividad del juez pensado por Dworkin no se desarrolla heroicamente tras la búsqueda del ideal democrático de la sociedad, sino que detrás de su discurso hay fuertes componentes políticos.

Lo interesante del pensamiento de los CLS, fundamentalmente a través de Duncan Kennedy, uno de sus principales exponentes consiste en demostrar que la tensión entre “libertad” y “restricción” en la actividad judicial no obedece a las cualidades de los materiales jurídicos, sino que es una sensación o experiencia vivida por el propio magistrado.

Frente a los mismos hechos y con las mismas normas un juez puede sentir que la norma es clara y tiene mucho margen de creación y otro, con distinta formación, valores o creencias, considerar que se encuentra frente a un caso atípico y debe recurrir a otros principios y normas para resolver la cuestión.

Pensemos, por ejemplo, en los planteos sobre matrimonio igualitario. Durante años a la gran mayoría de los jueces le hubiera parecido que si dos personas del mismo sexo querían contraer matrimonio esto era imposible ya que la ley no daba lugar a ninguna duda, claramente hacía referencia a un hombre y una mujer. Otros jueces, sin embargo, frente a hechos idénticos, con la misma constitución y con la misma ley vigente han encontrado en el precepto legal una limitación que consideraban violentaba precepto de rango superior.

## 6. Pensamiento jurídico crítico y garantismo

La última perspectiva que nos proponemos revisar en esta recorrida por las principales posiciones en torno al papel de los jueces y la problemática interpretativa es la propuesta por lo que en términos genéricos podemos denominar el “pensamiento jurídico crítico” o “teorías críticas del derecho”.

La denominación propuesta pretende ante todo explicitar que a diferencia de algunas teorías que intentan agruparse tras un autor preponderante o algún texto canónico, la teorías críticas o alternativas

se han manifestado de modos diversos tanto en Europa como en América, aunque es posible reconocer en ellas algunos acuerdos básicos –la mayoría de ellos implícitos– y ante todo una actitud común frente al fenómeno jurídico.

La adopción de un punto de vista como el propuesto implica ser crítico simultáneamente en un doble sentido: por un lado, crítico del reductivismo normativista de la tradición positivista y de los anclajes metafísicos del iusnaturalismo; pero también ser crítico implica reconocer el carácter transformador de la propia reflexión teórica.

En tal sentido las teorías críticas se caracterizan por asumir explícitamente que las cosas que pensamos y decimos, sobre las que reflexionamos y actuamos, impactan en lo que el discurso jurídico es y en lo que vaya a ser.

#### a) Las prácticas judiciales alternativas

Así, algunas de las expresiones del pensamiento jurídico alternativo no han surgido desde el ámbito académico sino como reacciones del propio ámbito judicial. Tal fue el caso, por ejemplo de movimiento del *uso alternativo del diritto*.

A inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, comienza a teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho.

Entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano, Francesco Misiani, etcétera. A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el *statu quo* existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.

En síntesis, puede entenderse por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y su idoneidad como factor de cambio social.

En América Latina la principal influencia de esta corriente podemos encontrarla en Brasil, en cuyos estados del sur se desarrolló a partir de la década de 1990 el *Movimiento de Direito Alternativo*.

Para comprender cabalmente su proceso de constitución, proponemos esbozar en los próximos párrafos una breve historia del movimiento.

El 24 de octubre de 1990, el jornal *Folha da Tarde* de San Pablo publicaba bajo el título “Juízes gaúchos colocam Direito acima da lei”, un artículo sensacionalista y tendencioso del periodista Luiz Maklouf. El mismo era el resultado de una serie de conversaciones obtenidas *off de record* con un grupo de magistrados de Río Grande do Sul, y daba cuenta de la actividad de alrededor de cuarenta jueces de ese estado que en sus sentencias venían cuestionando, desde hacía algún tiempo, los fundamentos del Derecho, el Poder Judicial y el propio concepto de justicia.

Como es de suponer, el mundo jurídico brasileño se conmocionó frente a la noticia generándose un debate público que, paradójicamente, posibilitó que otros profesionales del derecho con inquietudes similares –que venían desarrollando su tarea sobre todo en el ámbito de la abogacía popular– junto a teóricos e intelectuales que en el campo universitario adscribían a posiciones críticas, decidieran definitivamente aglutinarse junto a los magistrados gaúchos y formar un frente común desde el que defender sus posiciones.

A partir de entonces comenzaron las actividades públicas del movimiento: foros, debates, encuentros, publicaciones individuales y colectivas; que alcanzaron su punto culminante con la celebración del “Primer Encuentro de Derecho Alternativo”. Este congreso, de carácter internacional, celebrado en Florianópolis entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre de 1991 contó con más de un millar de asistentes: abogados populares, procuradores, fiscales, jueces y académicos provenientes sobre todo de las áreas de sociología y filosofía jurídica, no sólo de Brasil sino del resto del continente y algunas destacadas presencias europeas.

Los encuentros internacionales se sucedieron, realizándose el segundo y el tercero en 1993 y 1996, donde la convocatoria no sólo se mantuvo cuantitativamente, sino también desde el punto de vista cualitativo. Para nombrar sólo algunos de los prestigiosos nombres convocados podemos referirnos a autores de la talla de André Jean Arnaud, Alesandro Baratta, Alicia Ruiz, Modesto Saavedra, Raffaele de Giorgi, Joaquín Herrera, Eligio Resta, Oscar Correas, Carlos Cárcova o José Eduardo Faría.

Por otra parte, se desarrollaron reuniones y aparecieron publicaciones referidas a diversas áreas “dogmáticas” del derecho: derecho constitucional, procesal, civil, del trabajo, agrario, etcétera, todos ellos encarados desde la óptica del derecho alternativo.

#### b) El derecho como práctica social de naturaleza discursiva

La visión que sostienen las teorías críticas sobre la cuestión hermenéutica y la actividad judicial va a estar íntimamente ligada a la caracterización del derecho que en palabras de Cárcova puede ser entendido

... como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos.

El discurso al que nos estamos refiriendo abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones.

Por otra parte, resaltar la estrecha relación derecho-poder (entendiendo a este último no como una cosa o un instrumento, sino –desde una teoría relacionista– como una situación estratégica en una sociedad determinada) permite a las Teorías Críticas explicar lo que denominan la “función paradójica del derecho”. Vale decir que el papel del derecho dependerá de una relación de fuerzas que permite determinar que “en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política”.

Como sostiene Cárcova:

Pensar lo jurídico como práctica social discursiva, tal como lo presentado aquí de manera fatalmente esquemática, parece constituir un aporte superador de ciertos reduccionismos tradicionales en el debate de la teoría acerca del papel de los jueces, de sus competencias hermenéuticas y, en definitiva, del concepto mismo de derecho. Permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo, de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de realidad, a la que algunos prestigiosos juristas tratan hoy como propias de la postmodernidad.

c) El garantismo y la legitimación democrática sustancial

Si, como vimos a lo largo de esta unidad, está fuera de duda que la tarea jurisdiccional no es una actividad meramente mecánica de aplicación de normas, dónde radica entonces la legitimación democrática de los jueces y cuáles son los límites de su accionar. Creemos que un aporte clarificador en este punto proviene de la teoría garantista desarrollada por Luigi Ferrajoli.

El modelo o sistema garantista, al que su autor califica como “positivista crítico”, propone alterar al “positivismo dogmático” o “paleopositivismo” en diversos planos.

La primera de las alteraciones producidas por el modelo garantista apunta al plano de la Teoría del Derecho, más específicamente a la propia noción de “validez” de las normas jurídicas.

Según Ferrajoli, los máximos teóricos del derecho han identificado la “validez” de las normas, sea cual fuera su contenido, con su existencia. Es decir, con su pertenencia a cierto ordenamiento, la que viene determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo.

Esta concepción simplificada de la validez, de alcance puramente formal, implica para Ferrajoli una simplificación e incompreensión de la legalidad de un estado constitucional de derecho por lo que la ciencia del derecho ha tenido que enfrentarse al problema de normas que, por más que tengan existencia formal, o vigencia, se encuentran en contradicción con normas sustanciales sobre su producción.

Para superar las aporías a las que se enfrentan las teorías tradicionales en torno a la validez, el garantismo propone distinguir dos

dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: i) la “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y ii) la “validez” propiamente dicha que, por el contrario, tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido.

A partir de esta distinción, reconoceremos que todo sistema jurídico en mayor o menor medida adolece de dos tipos de vicio, las *antinomias* y las *lagunas*. El primero de ellos consiste en vigencia de normas inválidas, vale decir que se da cuando se crean normas siguiendo los procedimientos formales cuyo contenido contradice o violenta preceptos contenidos en los niveles más altos de los ordenamientos.

Las lagunas, por su parte, pueden ser caracterizadas como la falta de vigencia de normas válidas. Es decir, cuando por la falta del dictado de ciertas normas, derechos consagrados en los niveles superiores de los ordenamientos no se encuentran efectivamente vigentes. Tal el caso del gran número de derechos sociales, como la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. Otro ejemplo de nuestro ordenamiento podría ser el de los juicios por jurados.

Esta reconceptualización de la relación entre forma y sustancia, entre procedimiento y contenido, se traduce en una nueva dimensión sustancial de la democracia.

Y así como el concepto de vigencia (dimensión formal) se vincula directamente con lo que llamaremos “democracia política”, que hace referencia fundamentalmente al “quién” y al “cómo” de las decisiones, la noción de validez (dimensión material) se relaciona con la que Ferrajoli denomina “democracia sustancial”, puesto que se refiere a lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría.

La democracia política, al igual que el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, pero vinculada y delimitada por los Derechos fundamentales. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede decidir legítimamente la violación de un derecho de libertad, o la no satisfacción de un derecho social.

Esto impactará directamente en el papel de la jurisdicción. La sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la constitución.



En este papel del juez como garante de los derechos fundamentales se basa la legitimación democrática de la jurisdicción. Pero no de la democracia política, sino, por el contrario, de la democracia sustancial. No deriva entonces de la voluntad de la mayoría, sino, precisamente, de su oponibilidad. En tal sentido, afirma Ferrajoli que ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas.

Del mismo modo, entra en crisis el viejo modelo de ciencia jurídica propuesto por el positivismo dogmático. La tarea del jurista, desde la perspectiva garantista (o positivista crítica) no es, entonces, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas en forma coherente y con una plenitud que en verdad no poseen, sino, por el contrario, denunciar la existencia de antinomias y lagunas.

Creemos haber efectuado a lo largo de esta unidad un amplio y variado recorrido por diversas concepciones interpretativas y visiones de la función jurisdiccional. Necesario es señalar, sin embargo, que como en toda selección siempre hay también omisiones.

Por ello, para finalizar, no podíamos dejar de señalar que, entre otros, no hemos analizado los aportes de corrientes como el realismo jurídico escandinavo, desarrollado por autores de la relevancia de Karl Olivecrona o Alf Ross, ni hemos estudiado las teorías de la argumentación cuyo principal exponente es seguramente Robert Alexy.

# Unidad 4

## La ética judicial y sus principios

### Presentación

Afirmábamos en los párrafos iniciales de la propia fundamentación del curso que paradójicamente el Poder Judicial se encuentra alcanzado por la crisis de legitimidad que azota a los poderes públicos en general pero –aunque parezca contradictorio– al mismo tiempo es visto como la esperanza final, la *ultima ratio* para defender derechos vulnerados y resolver conflictos que deberían ser superados desde otros ámbitos.

Para que esa peculiar responsabilidad que pesa sobre los magistrados no sea vivida como una insoportable carga, para que ese especial poder no corra el riesgo de desviarse, para que ese particular saber pueda ser canalizado en servicio de la sociedad, es necesaria una toma de conciencia sobre las implicancias éticas del rol y los principios que la rigen.

### Objetivos

A través de los contenidos de esta unidad se aspira que el lector consiga:

1. Integrar los conocimientos adquiridos en las unidades previas vinculándolos a la ética aplicada.
2. Reflexionar sobre los principios y valores que rigen la actividad de los operadores judiciales.
3. Advertir los alcances éticos de situaciones vividas en su efectivo actuar profesional.

### Temario

1. Razones que explican su surgimiento.
2. Las éticas profesionales y las particularidades de la ética judicial.
3. El Código Iberoamericano de Ética Judicial como “código modelo”.

4. Exigencias impuestas al juez en razón del cargo o función.
5. Exigencias impuestas al juez referidas a su estilo de vida y conductas personales.
6. La ética judicial y su doble papel de deber y derecho.

## Desarrollo

### 1. Razones que explican su surgimiento

Sería absolutamente ingenuo o terriblemente presuntuoso pretender brindar en algunos pocos párrafos una explicación cabal de un fenómeno tan complejo y polifacético como el del surgimiento –a nivel no sólo continental sino global, o al menos “occidental”– de una fuerte tendencia primero a la reflexión y luego a la codificación, en materia de ética profesional en general y, en particular, de la ética judicial.

Señalados los riesgos –lo que quizás nos exima de la imputación de ingenuidad– nos atreveremos a señalar algunos rasgos propios de nuestra época que si bien no nos darán una respuesta, nos orientarán en la reflexión.

Vivimos tiempos signados por la aceleración histórica, la complejidad, la heterogeneidad y el desarrollo científico-tecnológico y esto impacta necesariamente en el ejercicio profesional, porque esos rasgos epocales generan ante todo *riesgo*.

Pensemos que –como señala Cárcova, parafraseando a Raymond Aron– con dieciocho siglos de por medio, Napoleón y Julio César emplearon aproximadamente el mismo tiempo en llegar de Roma a París, o que un miembro de la burguesía francesa de tiempos de Luis XIV disfrutaba de los mismos recursos que un romano de clase alta. A partir del siglo XX el proceso de aceleración histórica se hizo casi inconmensurable.

Pensemos en la noción de complejidad, que es definida por las teorías sistémicas como *el exceso de las posibilidades del mundo*. Y la única forma de reducir la complejidad del entorno es aumentando la complejidad interna de nuestros sistemas sociales.

Tomemos un par de ejemplos. Para el mundo de los antiguos romanos, bastaba que el sistema jurídico distinguiera entre derecho quirritario, para los habitantes de la ciudad, y *ius gentium*, para los

extranjeros. A medida que se complejiza la sociedad y cambian los modos de producción, se diferencia el derecho comercial en la edad media, el derecho laboral con la revolución industrial, etcétera.

Lo mismo pasa con la medicina. Hasta mediados del siglo XX se llamaba al médico, generalmente el médico del barrio, que nos *curaba de todo*. A medida que se conoce –y se complejiza– más sobre nuestro “entorno” de enfermedades, el sistema médico se complejiza internamente generando hiperespecializaciones.

Cuando hablamos de *heterogeneidad* nos referimos a un doble fenómeno. Procesos de movilidad social, tanto ascendente como descendente, migraciones internas y externas, el impacto cultural de la globalización y los medios masivos de comunicación son todos fenómenos que contribuyen al fin de las sociedades homogéneas.

Esto se traduce en que los miembros que integran un mismo cuerpo o grupo profesional, ya sean los médicos que comparten la guardia de un hospital, los jueces que integran un fuero, los urbanistas que diseñan el espacio público, tengan cada vez menos valores compartidos o visiones comunes del mundo. Y otro tanto ocurre con los destinatarios de sus servicios, pacientes, justiciables, etcétera.

El desarrollo científico-tecnológico contribuye a este panorama general. Porque no sólo nos permite comunicarnos y hacer cosas más rápidamente y con menos esfuerzo, sino que también alienta la falta de reflexión sobre lo que decimos y hacemos. A esto cabe agregar que cada vez más se agranda la brecha entre las herramientas que utilizamos y la comprensión que tenemos de su funcionamiento.

Entendemos, al igual que un hombre primitivo, que una brasa calienta nuestra comida, pero si bien sabemos manejar un horno a microondas no tenemos la menor idea de las razones físicas que explican su funcionamiento.

¿Qué vínculo existe entre las características que acabamos de señalar como propias de estos tiempos con el surgimiento de las preocupaciones éticas? Que, como decíamos unos párrafos atrás, todos estos factores entrañan riesgo.

El desarrollo científico y tecnológico nos ha puesto por primera vez en la historia en situación de hacer desaparecer a la propia especie humana. Las profesiones, cada una desde su ámbito, deben lidiar cada

día más con situaciones donde la decisión a tomar muchas veces sea irreversible, a nivel personal, social, económico, ecológico, etcétera.

Debemos asumir que la técnica no es sólo instrumental, que ninguna técnica es neutral. Que la ilusión positivista de poder separar como compartimentos estancos el contexto de descubrimiento, el contexto de justificación y el contexto de aplicación, no era más que una ficción.

Y allí donde se requiere reflexión, prudencia, responsabilidad aparece la reflexión ética.

## 2. Las éticas profesionales y las particularidades de la ética judicial

En la Unidad 1 desarrollamos algunas de las clasificaciones o rú-tulos más comunes que se aplican a las distintas subdisciplinas de los estudios éticos. Otra categoría a la que suele hacerse referencia es la llamada “ética aplicada”.

La ética aplicada puede ser caracterizada –como sostiene Jorge Douglas Price– como la reflexión sobre el qué pensamos que debemos hacer en concreto. En ese contexto surgen las preguntas y las búsquedas de respuestas éticas propias de distintos planos o subsistemas de la vida social: ética profesional, ética ambiental, bioética, ética sexual, ética pública, etcétera.

La ética profesional es parte, entonces, de la ética aplicada. Y si bien a los profesionales de todas las áreas se le plantean preguntas con relevancia ética, en algunas áreas del actuar y el saber –como la medicina– desde hace tiempo es frecuente encontrar no sólo extensas reflexiones teóricas, sino además procedimientos estandarizados a través de Consejos Consultivos y Comités de Ética en hospitales o centros de salud, como una forma de ayudar a tomar decisiones a los profesionales.

Un debate común a la hora de establecer códigos de ética profesional se plantea con el carácter autónomo o heterónomo de los mismos. Vale decir ¿pueden órganos formales, estatales, dictar las normas éticas aplicables a un determinado grupo profesional? Si así fuera ¿qué diferencia habría entre estas normas y cualquier norma del ordenamiento jurídico?

Esto nos remonta a la primera unidad, donde analizábamos los rasgos que nos permiten distinguir los ordenamientos jurídicos de los morales y los religiosos. Y precisamente uno de los criterios claves para

distinguir al derecho de la moral pasaba efectivamente por la autonomía. Por tal motivo, la gran mayoría de los códigos de ética profesional suelen ser elaborados por los propios miembros del grupo destinatario.

Otro rasgo mayoritario de los códigos de ética profesional es que los mismos suelen diseñarse sobre la base de principios. En este punto es de utilidad recordar la distinción entre normas y principios estudiados en la Unidad 3 cuando sobrevolábamos el pensamiento de Dworkin. Los códigos de ética generalmente no detallan circunstancias fácticas y sus consecuencias punitivas, sino que suelen dar pautas para el obrar, razones para decidir, etcétera.

La ética judicial, por su parte, presenta algunas particularidades, vinculadas a las características propias de la función jurisdiccional, tanto “institucionales” como “culturales”.

Cabe señalar en primer término que la actividad jurisdiccional, casi como ninguna otra, se encuentra regulada normativamente. Ello torna especialmente compleja la articulación entre el marco legal y el marco ético de actuación. O bien porque podría presuponerse que –como sostendría el *positivismo ideológico* al que nos referíamos en la primera unidad– la mera aplicación de la ley garantiza el soporte ético del actuar y en consecuencia resulta redundante; o bien por el temor a que, en nombre de la ética, el juez se aparte del sistema jurídico al adoptar las decisiones.

Por otra parte, como vimos en la unidad previa, la función jurisdiccional y la tarea hermenéutica han sufrido importantes cambios en los últimos años, y ello ha cambiado también la imagen social de lo que podríamos considerar un “buen juez”. Parece haber cada vez mayor consenso, además, en que ser un buen juez va más allá de la propia actividad profesional. Que son exigibles a los magistrados ciertos comportamientos y actitudes también en su vida privada, lo que nuevamente genera tensiones y requiere delicados equilibrios.

También es interesante destacar que, fundamentalmente a partir de los cambios introducidos en casi todas las jurisdicciones de los mecanismos de selección de jueces, a través de sistemas de concursos públicos y abiertos, la composición social de los poderes judiciales se ha visto fuertemente alterada, registrándose el proceso de heterogeneización al que hacíamos referencia unos párrafos atrás.

### 3. El Código Iberoamericano de Ética Judicial como “código modelo”

Aunque en un principio con denominaciones que muchas veces no incluían la expresión “ética judicial” sino más bien bajo la fórmula del “estatuto”, el proceso codificador en la materia se viene desarrollando a nivel internacional desde mediados de los años ochenta, cuando se aprobaron los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura sancionado en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A ello siguieron la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez del Consejo de Europa de 1998, al año siguiente el Estatuto Universal del Juez por la Unión Internacional de Magistrados, en 2001 el Estatuto del Juez Iberoamericano por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, los Principios sobre la Conducta Judicial de la ONU de 2002.

La Declaración de Copan-San Salvador aprobada en el año 2004 durante el IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura y VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia constituye el antecedente directo del Código Iberoamericano que tomaremos de base para el tramo final de nuestro curso.

La elección de este material no obedece a la ausencia de códigos de ética judicial en nuestro país. Es cierto que a diferencia de otros países latinoamericanos –como Honduras, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, Chile, Venezuela, México, Perú, Paraguay o Bolivia– Argentina no ha aprobado un código con alcance nacional. Sin embargo, a nivel provincial, desde 1998, en que Formosa, Santiago del Estero y Corrientes aprobaron los suyos, hasta el recientemente sancionado en Tierra del Fuego a fines de 2010, distintas provincias han adoptado códigos de ética judicial, entre los que han despertado particular interés los de Córdoba y Santa Fe.

Utilizar el Código Iberoamericano como texto pedagógico presenta a nuestro juicio tres grandes ventajas. La primera de ellas es que ha sido concebido, desde su propio origen como un *código modelo*. Como una herramienta facilitadora y orientadora para todas aquellas jurisdicciones

que adopten para sí la decisión de afrontar los desafíos de la ética judicial. Ello hace que muchos de los códigos locales sancionados con posterioridad, recojan mayoritariamente los principios en este consagrados.

La segunda ventaja es la inversa. El Código Iberoamericano fue elaborado recogiendo lo más significativo de los materiales producidos hasta ese momento en los distintos países de nuestro continente. En consecuencia, refleja también en buena medida los principios contenidos en los códigos anteriores a su aprobación, que data del año 2006.

Finalmente, un interés adicional presenta el hecho de que los dos expertos internacionales a quienes la Cumbre Judicial Iberoamericana encomendó la redacción del código modelo sean ambos reconocidos iusfilósofos: un argentino, Rodolfo Vigo y un español, Manuel Atienza.

El Código Iberoamericano está estructurado en tres secciones: una exposición de motivos, una parte troncal, dedicada al desarrollo de los principios propiamente dichos y una sección final dedicada al funcionamiento de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

Como han señalado sus propios autores, a diferencia de lo que ocurre en muchos textos normativos, la exposición de motivos no tiene el carácter de una simple formalidad, sino que apunta simultáneamente al cumplimiento de un triple objetivo: a) una caracterización de la ética judicial, intentando delimitar sus fronteras con lo meramente jurídico; b) una fundamentación o justificación sobre la conveniencia de su dictado; y c) una descripción y explicación de su estructura y contenido.

La parte troncal del Código lo constituyen los trece capítulos que desarrollan otros tantos principios, en un total de 82 artículos. Como señalan Atienza y Vigo en su presentación en todos los capítulos se sigue el mismo esquema. Primero se precisa la finalidad de la exigencia. A ello sigue su definición o caracterización. Luego las aplicaciones o proyecciones del principio a circunstancias o situaciones concretas particularmente relevantes. Finalmente, cada capítulo se cierra señalando algunas virtudes o actitudes que favorecen el cumplimiento del principio en cuestión.

Como anticipamos, en la parte final del Código se delinea la integración y funcionamiento de la “Comisión Iberoamericana de Ética Judicial”, cuyo diseño no consideramos particularmente relevante a los fines de este curso, quedando su lectura a disposición del lector como bibliografía complementaria.



#### 4. Exigencias impuestas al juez en razón del cargo o función

Los trece principios incorporados al Código Iberoamericano de Ética Judicial son independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

Una clasificación muy difundida es aquella que distingue aquellos principios que se vinculan al ejercicio de la función judicial de aquellos que se refieren a las cualidades personales y conductas privadas de los magistrados.

Entendemos que dicha clasificación resulta práctica, en tanto y en cuanto formulemos una sutil modificación. No son los principios –que en general abarcan ambos aspectos– sino las exigencias que de ellos se derivan los que pueden responder a uno u otro ámbito. Por tal motivo veremos que principios tratados en este apartado volverán a serlo en el próximo, aunque desde una perspectiva diferente.

##### a) Independencia

Aun cuando en el propio código sus autores expresan que el orden de los principios no implica una prioridad o importancia, la independencia aparece como una virtud central para el Poder Judicial.

Como vimos en la Unidad 3, al analizar el pensamiento de Ferrajoli, la legitimidad del juez no proviene del origen de su representación, sino de su función de garante de los derechos humanos aun en contra de los ámbitos de decisión representados por la política y el mercado.

En ese sentido, el artículo 1º del Código resalta como razón de ser de las instituciones destinadas a garantizar la independencia judicial, no situar al juez en una situación de privilegio, sino garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

El juez independiente es definido en el artículo 2º como aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

Recordemos que la independencia debe ser entendida en un doble sentido, del poder judicial en su conjunto frente a otros poderes públicos o privados, pero también de cada juez en particular en relación a los otros miembros del poder judicial.

Por tal motivo el artículo 3 dispone que el juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.

Recíprocamente, al juez no sólo se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros miembros del poder judicial (art. 7).

## b) Imparcialidad

Justicia e imparcialidad han ido históricamente de la mano en la reflexión ético-filosófica, tal como vimos en la Unidad 2. Esta idea se ha mantenido vigente hasta nuestros días a punto tal que autores como Rawls, por ejemplo, han elaborado complejos artificios teóricos –como la posición originaria– como medio para garantizar la imparcialidad en la selección de los principios de justicia.

El Código Modelo se hace eco de esa larga tradición encontrando como fundamento de la imparcialidad judicial en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional (art. 9).

En su artículo 10, asimismo, define al juez imparcial como aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

Interesa reflexionar en esta instancia sobre la fórmula utilizada al final del artículo y que podemos encontrar a lo largo de todo el Código. Evitar no solo lo que es, sino también lo que pueda *parecer*.

En ese sentido el artículo 11 dispone que el juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que *un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así* (el resaltado es nuestro).

De igual modo el artículo 13 plantea que el juez debe *evitar toda apariencia de trato preferencial o especial* con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

El objetivo de este tipo de formulaciones se vincula con el propósito general de los códigos de ética de convertirse en una herramienta que también coadyuven en la tarea de restituir lazos de confianza entre la ciudadanía y los poderes públicos. Y a tales fines, resulta crucial que los magistrados, con sus conductas y actitudes, no generen dudas sobre su imparcialidad.

### c) Motivación

El tercer capítulo está dedicado a la motivación de las decisiones. Esta obligación se orienta –dice el artículo 18– a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales. En ese contexto, motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

Es clara en este punto la influencia de las teorías discursivas o deliberativas de la justicia y la democracia. Cuando en la Unidad 2 repasábamos someramente algunas de las ideas habermasianas señalábamos que para este tipo de perspectiva, la deliberación, la argumentación, la fuerza de los buenos argumentos, etcétera, eran condiciones necesarias para la validez de los juicios morales.

También señalábamos que los procedimientos constitucionales y jurisdiccionales tendían a formalizar ciertas condiciones que –aunque de un modo imperfecto– se emparentaban con la *situación ideal de diálogo*. En carriles muy semejantes se mueven también las teorías de la argumentación propuestas por Robert Alexy y el propio Manuel Atienza, coautor del código.

A lo largo de todo el capítulo se van presentando las distintas aristas que presenta la fundamentación de las decisiones judiciales tanto en materia de hechos como de Derecho. En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio, mostrando en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto. En materia de Derecho

no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos. Asimismo, la motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes el asunto (arts. 22 a 25).

Muy interesante también resulta lo concerniente al lenguaje jurídico. Como todos sabemos, el lenguaje técnico constituye habitualmente uno de los grandes obstáculos para la comprensión del discurso jurídico por parte del lego. Ello ha contribuido al fenómeno que se conoce como “opacidad del derecho”. Por ello resulta significativo que las motivaciones deban estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas (art. 27).

Dos consideraciones finales resultan oportunas antes de pasar al siguiente principio. Una, altamente positiva, vinculada a lo que podríamos equiparar a una *inversión en la carga de la prueba*: una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita (art. 20).

La siguiente, fuertemente criticable desde nuestra óptica. El artículo 26 *in fine* dispone que el derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación, restricción que parece ir en sentido contrario al criterio seguido tanto en el capítulo como en el código en general.

#### d) Conocimiento y capacitación

Entre las cualidades del “buen juez” se encuentra la exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces. Conforme el artículo 28 del Código Iberoamericano tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia.

Es interesante este artículo porque es uno de los pocos en que la administración de justicia es concebida como un *servicio*. Resulta atractivo llamar la atención sobre este punto ya que existe un arduo debate, las más de las veces implícito, entre los especialistas en administración de justicia sobre este punto, contraponiéndose dos cosmovisiones: *servicio vs. poder del estado*.

En cierto sentido la discusión encierra un trasfondo ideológico muy fuerte, que tiene que ver con presentar la actividad jurisdiccional como una actividad técnica y neutral o reconocer su carácter político, ideológico.

Sin embargo, afortunadamente, no es esta la idea que dejan traslucir los restantes artículos del capítulo, donde se pone énfasis no sólo a las capacidades técnicas sino también a las actitudes éticas.

Este es el típico caso que presentábamos en la introducción del tema, cuando señalábamos que un mismo principio abarca exigencias relativas al cargo y otras a las cualidades y actitudes personales. Por tal motivo parte del capítulo será analizado en el siguiente apartado.

Nos limitaremos a señalar aquí que conforme el artículo 31, el conocimiento y la capacitación de los jueces adquiere una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales.

Significativo resulta también el artículo 32, donde se establece que el juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial.

Como veremos reiteradamente a lo largo de nuestro análisis, muchos de los deberes éticos del *buen juez* se vincularán a su relación con los integrantes de los equipos de trabajo del magistrado.

#### e) Justicia y equidad

Posiblemente el Capítulo V sea el que más escozor provocaría a quienes sigan adscribiendo a posturas como las que atribuíamos en capítulos previos al *positivismo ideológico* o al *formalismo jurídico*, quienes verían en el desarrollo conjunto de los principios de justicia y equidad a la reencarnación del más arcaico iusnaturalismo.

Sin embargo, más allá del uso de alguna terminología cercana a esta última corriente, como la que podríamos encontrar en el artículo 35 –“el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho”– lo cierto es que como hemos visto a lo largo de todo nuestro curso, no es patrimonio exclusivo de ninguna escuela reconocer que el juez tiene siempre un margen de actuación y que el mismo está orientado por ciertos principios regulativos.

Así, el artículo 36 explica que la exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

En los restantes artículos del capítulo podemos reconocer con claridad la influencia de teorías como la de Ronald Dworkin, a través de expresiones del tipo “el juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes” (art. 37); “el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley” (art. 39) o “el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan” (art. 40).

#### f) Responsabilidad institucional

Sin lugar a dudas el principio de responsabilidad institucional es el que en forma más directa, explícita y precisa apunta al propósito de la justicia de recuperar una imagen positiva por parte de la comunidad, a punto tal que el artículo 43 expresamente dice que “el juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia.”

Implica, asimismo, asumir el carácter colectivo de la administración de justicia. Vale decir que, sin que esto implique afectar su independencia, cada juez –con prescindencia de su jerarquía y competencias– debe reconocer que forma parte de una estructura institucional que requiere para su adecuado funcionamiento del compromiso activo de todos sus integrantes (art. 42).

Una consideración especial merece el artículo 46, que como parte de la responsabilidad institucional de los magistrados dispone que el juez deba evitar favorecer promociones o ascensos irregulares o injustificados de otros miembros del servicio de justicia.

¿Debería llamarnos la atención un artículo de esta naturaleza? ¿Por qué aparece detallada este tipo de conducta en un código de ética que como regla general se basa en un alto grado de abstracción y generalidad en su articulado?

La reflexión que cabe hacer en este punto es que los códigos de ética pueden ser también leídos como “catálogos de malas prácticas”. Muchas de las conductas que aparecen detalladas en los distintos artículos no hacen más que llamarnos la atención sobre ciertas prácticas que, por su grado de proliferación y por lo perjudicial de sus consecuencias para el sistema judicial, los propios integrantes del cuerpo sienten que deben ser expresamente vedadas.

#### g) Cortesía

El principio de cortesía, que podría imaginarse como propio del ámbito de las exigencias personales o de conducta privada de los magistrados, es concebido en el Código Iberoamericano, por el contrario, en forma íntimamente ligada al plano institucional, poniéndose de relieve en el artículo 48 que su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Por su propia naturaleza, la cortesía implica alteridad, un “otro” con quien ser cortés, que en el caso de los magistrados se transforma en muchos *otros* sus pares, los restantes miembros de la oficina judicial, los abogados, los testigos, los justiciables y todos aquellos que se relacionan con la administración de justicia.

En algunas de sus proyecciones, el principio de cortesía se vincula con los de motivación, ya analizado, y con el de transparencia que veremos más adelante. Así lo podemos ver en el caso del artículo 50 que establece que el juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica.

Como ya hemos visto, particular atención presta el Código a diversos aspectos del funcionamiento interno de la oficina judicial. En lo relativo a la cortesía, se establece que en el ámbito de su tribunal, el juez debe relacionarse con los funcionarios, auxiliares y empleados sin incurrir –o aparentar hacerlo– en favoritismo o cualquier tipo de conducta arbitraria.

El artículo final del capítulo orienta el comportamiento del juez sobre el modo de recibir críticas o cuestionamientos tanto a sus decisiones como a sus actos, disponiendo que deba mostrar una actitud tolerante y respetuosa hacia las mismas.

## h) Integridad

Este principio, identificado por lo que en muchos códigos de ética se conoce como “decoro”, hace casi exclusiva referencia a exigencias impuestas al juez relativas a sus conductas personales y su modo de vida, que trataremos en el apartado 5 de esta unidad.

## i) Transparencia

El Capítulo IX está dedicado a la transparencia, presentada como una garantía de la justicia de las decisiones judiciales.

En rigor de verdad, la exigencia puede ser entendida tanto como una virtud autónoma como complementaria de otros principios ya analizados.

En cuanto autónoma, la transparencia en la administración de justicia es el correlato específico o particular en el ámbito judicial de la publicidad republicana de los actos de gobierno. Así, por ejemplo, el artículo 58 establece que aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar en la medida de lo posible todos los actos de su gestión y permitir su publicidad.

No debemos olvidar, por otra parte, que nuestros países latinoamericanos –si bien influidos por la tradición constitucional norteamericana– en lo concerniente al ámbito estrictamente jurisdiccional son herederos del modelo inquisitivo heredado desde tiempos de la colonia. Ello ha instaurado una cultura de oscuridad y celo que exceden el secreto profesional y que cuesta mucho revertir.

Otro tema novedoso para nuestros jueces, acostumbrados a “hablar a través de sus sentencias”, es aprender a relacionarse con los medios masivos de comunicación, agentes particularmente poderosos en las sociedades contemporáneas.

A ellos se refiere el artículo 59, disponiendo que el juez debe comportarse en relación con los medios de comunicación social de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.

Pero la transparencia resulta, por su parte, complementaria de otros principios. Así, ofrecer información útil, pertinente, comprensible y fiable (art. 57) es un complemento indispensable tanto para el principio de motivación –que encuentra en dicha información el sustento fáctico de la sentencia– como para el de responsabilidad institucional.



En buena medida la crisis de confianza en la justicia está motivada por falencias en la comunicación. También para recuperar y afianzar ese vínculo es necesario, conforme el artículo 60, que los jueces eviten comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda *injustificada o desmesurada* de reconocimiento social (el resaltado es nuestro).

#### j) Secreto profesional

La aparición del secreto profesional a continuación de la transparencia resulta un excelente ejemplo para mostrar que nos encontramos, siguiendo la distinción de Dworkin, frente a principios y no frente a normas.

Como señalábamos en el punto 5 de la unidad previa, mientras que no pueden coexistir normas contradictorias en un sistema jurídico, en el caso de los principios no ocurre lo mismo, sino que se tratará de evaluar el peso relativo de uno u otro en cada caso concreto.

El fundamento del secreto profesional no es otro que salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones (art. 61).

A esos fines los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función sino que también deben procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional (arts. 62 y 65).

Aparecen nuevamente en este capítulo (al igual que en el tercero) algunas restricciones llamativas en torno a los órganos colegiados. Así como el artículo 26 *in fine* pretendía limitar el ejercicio del disenso, el artículo 63 establece que los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes. Entendemos que esta última salvedad debería constituir la puerta que equilibre secreto y transparencia en esos casos.

Finalmente, otro artículo que llama la atención en este capítulo es el 64, que más allá de la trascendencia de su contenido, pareciera tender a garantizar más el debido proceso que el secreto profesional. Ve-

mos: “Los jueces habrán de servirse tan solo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los actos de que conozcan”.

#### k) Prudencia

En la propia presentación del Código Iberoamericano, sus redactores presentan al Capítulo X dedicado a la prudencia como prueba de que en el orden de los principios no hay jerarquía, ya que se ha dejado casi para el final una de las virtudes clásicas vinculadas a la justicia.

Como todos sabemos, en el propio origen etimológico de la expresión “jurisprudencia” podemos encontrar la *prudentia*, aunque claro está en una acepción posiblemente más ligada a la noción actual de sabiduría.

La caracterización que hace el Código Modelo de la prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces, a la adopción de una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos.

Así, en el artículo 69 se define al juez prudente como el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable.

Cuando en el primer apartado de esta unidad especulábamos sobre las razones que explicaban el surgimiento de una nueva preocupación por la ética aplicada, señalábamos una serie de “factores de riesgo” que requerían precisamente prudencia y reflexión, toda vez que muchas veces nos enfrentamos a situaciones que obligan a decisiones irreversibles.

Por eso resulta tan significativo el artículo 71, cuando señala que al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas.

#### l) Diligencia

Rigen para el par “prudencia/diligencia” las mismas consideraciones efectuadas en relación con la “transparencia/secreto profesional”

en cuanto a la convivencia de principios aparentemente opuestos o contradictorios. Hecha esta salvedad, pasemos al punto específico.

La inclusión de la diligencia en los códigos de ética judicial es otro claro ejemplo de lo señalado en el punto f) cuando hablábamos de las “malas prácticas”, aunque en este caso no se hace referencia tanto a comportamientos individuales como a falencias estructurales de los sistemas judiciales.

Es sabido que, a pesar de décadas en la búsqueda de recetas que logren reducir los tiempos judiciales y de fortunas invertidas por los poderes judiciales en la contratación de consultores internacionales y ONGs especializadas y la implementación de programas pilotos y juzgados modelo, el problema todavía está lejos de solucionarse.

En otros casos, la solución parece estar cerca o aparentemente haber sido alcanzada, pero en la mayoría de los casos sacrificando en el camino derechos y garantías de los justiciables o favoreciendo formas privatizadas de justicia que dejan de lado la tutela estatal a las partes más débiles del conflicto.

Esto no implica que se deba renunciar a que cada juez, en el ámbito de sus posibilidades procure que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable, tendiendo a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía (arts. 73 y 74). Para ello, el juez deberá evitar y sancionar las conductas dilatorias y procurar que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad (arts. 75 y 76).

Un artículo específico (el 78) está dedicado a los sistemas de evaluación de desempeño, exigiéndose al juez una actitud positiva hacia ellos. Esto es también fruto de la resistencia que en muchos ámbitos los magistrados han mostrado de mecanismos de esa índole, como así también a los sistemas de información estadística que se vinculan paralelamente con el principio de transparencia.

#### m) Honestidad profesional

El último de los principios, el de honestidad profesional, abarca mayoritariamente planos propios de la conducta personal de juez y serán tratados en el próximo apartado. Sin embargo cabe hacer referencia en esta instancia a dos cuestiones específicas.

Una, que la honestidad en la conducta del juez no aparece sólo como una exigencia ética pura, como un fin moral en sí mismo, sino que en el primer artículo del capítulo XIII se da una fundamentación de tipo teleológica: “la honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma”.

La segunda consideración tiene que ver con el funcionamiento de la oficina judicial y con un fenómeno extendido en todos los poderes judiciales, la delegación *informal* de facultades en los funcionarios y empleados de menor jerarquía.

Por tal motivo, recurriendo nuevamente a la idea de que las virtudes no sólo tienen que “ser” sino también “parecer”, el artículo 81 consigna que el juez debe comportarse de manera que ningún observador *razonable* pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial.

## 5. Exigencias impuestas al juez referidas a su estilo de vida y conductas personales

El objetivo del presente punto es analizar el impacto de las exigencias impuestas a los magistrados en su mundo cotidiano y en su vida privada, tanto por principios específicos orientados a tal fin –*v. gr.* integridad– como por las proyecciones de los principios vinculados al cargo o función, estudiados en los párrafos precedentes.

Así, por ejemplo, la independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria (art. 4).

Estas exigencias, por lo demás, no sólo se refieren a aspectos externos de la conducta de los magistrados, sino que se aspira que impacten también en su personalidad, en su conciencia. En tal sentido, el artículo 17 establece que la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

Como adelantábamos, el capítulo cuarto, destinado a conocimiento y capacitación, implica exigencias tanto específicas al cumplimiento del cargo, como a actitudes y comportamientos personales del magistrado.

Es muy interesante cómo el tipo de formación judicial que alienta el Código Iberoamericano se muestra altamente superior al formalismo

y al normativismo típico del modelo de enseñanza de nuestras escuelas de derecho.

La complejidad del mundo en que vivimos y los desafíos actuales de la función judicial obligan a una formación multi y transdisciplinaria. A ese fin apunta el Código Modelo cuando en su artículo 30 establece que la obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales.

Tampoco es posible escindir las exigencias funcionales de las personales en el plano de la responsabilidad institucional, ya que se exige un fuerte compromiso actitudinal para con el buen funcionamiento del sistema de justicia (art. 42), una actitud de colaboración con la mejora de la organización (art. 47) y una disposición personal a responder voluntariamente por sus acciones y omisiones (art. 44).

El Capítulo VIII está íntegramente destinado al principio de integridad. Si bien está compuesto por pocos artículos, en ellos se resumen las claves de lo que se espera de los magistrados en el plano de su vida personal.

Los propios redactores del Código han confesado que este punto resultó de los más complejos a los fines de consensuar su contenido, toda vez que las exigencias en materias de integridad o “decoro” siempre implican el riesgo de violentar el derecho a la intimidad del juez, la esfera de reserva de sus acciones privadas.

Nuevamente, como el juez Hércules de Dworkin, nos encontramos frente a la tarea de armonizar principios o valores que parecen en pugna. La salida propuesta por el código consiste en el reconocimiento por parte del magistrado de las restricciones que se derivan de la aceptación voluntaria de un cargo de tamaño responsabilidad social.

En esa línea, el artículo 55 establece que el juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

El fundamento de tales exigencias será nuevamente la búsqueda de una “reconciliación” de la sociedad con sus instituciones, habida cuenta que la integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura (art. 53).

Para definir los alcances de estas limitaciones o exigencias, se apela nuevamente a la fórmula del “observador razonable”. Este modelo justificatorio guarda estrecha relación con la clasificación estudiada en la Unidad 2, cuando distinguíamos entre justicia del acto, justicia de la norma y justicia del agente.

En nuestro caso, el límite a la conducta aceptable viene dado por la apreciación de un agente –el observador– del que se presuponen ciertas virtudes –su razonabilidad–: “El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función” (art. 54).

Puede observarse, asimismo, que el límite ético a la conducta personal del juez no responde a una moralidad objetivamente presupuesta sino que se enlaza con la idea de una construcción colectiva bajo la expresión “valores y sentimientos predominantes” exigiéndose además que la conducta sea “gravemente” atentatoria contra estos.

El artículo 60, que impone al juez evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social, es otro típico caso de una exigencia que alcanza simultáneamente al cargo o función pero también al plano personal.

Lo mismo ocurre con el secreto profesional, ya que el código plantea expresamente que el deber de reserva que pesa sobre el juez se extiende no sólo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado (art. 66).

Y otro tanto acontece con el principio de prudencia que detenidamente analizamos en el apartado propio de las exigencias relativas al cargo. Si releemos el contenido del décimo primer capítulo encontraremos una permanente apelación al aspecto actitudinal del juez.

En el caso de la diligencia, que como señalábamos resulta una exigencia potenciada por décadas de falencias estructurales de los sistemas judiciales, tiene sin embargo una proyección directamente vinculada con las actividades particulares de los magistrados.

El artículo 77 establece que el juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas.

La inclusión de este artículo obedece a un fenómeno ampliamente extendido en los poderes judiciales. Si bien en prácticamente todas las

jurisdicciones los magistrados tienen un amplio régimen de incompatibilidades, estas no alcanzan ni la actividad asociativa o gremial, ni la académica. Dos nobles tareas que, sin embargo, en muchos casos son ejercidas con tal intensidad que ello repercute en el funcionamiento de juzgados o tribunales.

Al igual que en el caso de la integridad, el último de los principios –honestidad profesional– también apunta en forma directa a regular aspectos propios de las conductas del juez. O, mejor dicho, que su vida privada se vea indebidamente beneficiada por su condición de magistrado.

Por tal motivo el juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por Derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función (art. 80).

Debe entenderse que estos medios alcanzan tanto a los recursos materiales como a los recursos humanos. De igual modo tanto los asignados para el ejercicio de la función, como los resultantes de su ejercicio.

Finalmente, se dispone que el juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial (art. 82). Con ese mismo propósito es que muchas normas que regulan la ética pública incluyen el deber judicial de efectuar declaraciones juradas patrimoniales. En algunos sistemas estas tienen carácter público, mientras que en otros debe acreditarse algún tipo de interés legítimo para acceder a su contenido.

## 6. La ética judicial y su doble papel de deber y derecho

Hemos visto hasta aquí las diversas exigencias que se derivan de los trece principios desarrollados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, exigencias que impactan tanto en lo específico del ejercicio de la magistratura como en los comportamientos, actitudes y valores personales esperables del “buen juez”.

También hemos señalado que muchas de las proyecciones de estas “virtudes judiciales” reflejan el reconocimiento por parte de los propios magistrados de muchos de los vicios que aquejan a los sistemas de justicia. Y este ya es por sí mismo un dato para celebrar. El primer paso para transformar la realidad es conocerla.

Pero nos gustaría finalizar el presente curso reflexionando sobre una ventaja adicional que presenta la adopción de normas en materia de ética judicial, que muestra nuevamente la paradoja que atraviesa todo el fenómeno jurídico.

Aunque parezca contradictorio, la asunción de deberes genera simultáneamente derechos. Nótese que es muy frecuente en distintos discursos que atraviesan nuestra sociedad escuchar que “los derechos implican obligaciones”. Pues lo opuesto –aunque menos difundido– es igualmente válido.

Una vez plasmados, principios como los de independencia, conocimiento y capacitación, transparencia, diligencia, etcétera, se abren las puertas para exigir la asignación de los medios y las condiciones de posibilidad para su ejercicio.

Y ese derecho rige tanto para el Poder Judicial en su conjunto frente a los restantes poderes estatales, como para cada magistrado con el resto de los miembros de la justicia, tanto en forma horizontal como vertical.

Pero también da razones para plantarse frente a poderes privados, que en muchos casos son tantos o más fuertes que los poderes públicos.

Esa será la manera de transmitir a la ciudadanía la confianza que esta le exige al Poder Judicial, con la fuerza de decisiones, comportamientos y actitudes provenientes de una base ética de principios sólidamente incorporados a través de un proceso reflexivo, intersubjetivo y democrático.



# **Anexo I**

## **Acordada Tribunal Superior de Justicia de la CABA N° 18/2017**

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de agosto de 2017, se reúne el Tribunal Superior de Justicia, integrado por su presidente, el señor juez Luis Francisco LOZANO, su vicepresidenta, señora jueza Ana María CONDE, el señor juez José O. CASÁS y las señoras juezas Alicia E. C. RUIZ e Inés M. WEINBERG, y;

### **CONSIDERAN**

Que el Código Iberoamericano de Ética Judicial adoptado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2006 y reformado en 2014, parte del reconocimiento de un espacio judicial iberoamericano y de las características distintivas en la configuración de la ética judicial iberoamericana que expresan su identidad. Que en tal sentido, el mencionado Código recepta los principios rectores de independencia, imparcialidad, motivación y capacitación, así como los valores de la integridad, prudencia, diligencia, transparencia, cortesía y compromiso institucional que necesariamente deben estar ligados a la prestación del servicio de justicia. Que, sin perjuicio de que el catálogo de principios contenidos en el Código Iberoamericano de Ética Judicial han sido considerados y aplicados por este Tribunal en su actuación, se entiende oportuno adherir formalmente a sus términos, adoptándolo como referente deontológico para guiar la conducta de quienes deben brindar un adecuado servicio de justicia. La Asesoría Jurídica intervino y emitió su dictamen n° 193-17, en el que indica que no advierte óbice jurídico para que el Tribunal suscriba la presente. Por ello y de acuerdo a las facultades conferidas en el art. 114 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires;

### **ACUERDAN**

1. Adoptar para el Tribunal Superior de Justicia el Código Iberoamericano de Ética Judicial aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de 2006, reformado el 2 de abril de 2014

en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que como Anexo forma parte de la presente.

2. Comunicar esta Acordada al Consejo de la Magistratura, al Ministerio Público, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
3. Mandar se registre esta acordada en el libro correspondiente, y se publique por un (1) día en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Cumplido, archívese.

Firmado: Luis LOZANO (Presidente) - Ana María CONDE (Vicepresidenta) - Alicia E. C. RUIZ (Jueza) - José O. CASÁS (Juez) - Inés M. WEINBERG (Jueza)

# Anexo II

## Código Iberoamericano de Ética Judicial

Reformado el 02 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile

### I. La actualidad de la Ética Judicial en Iberoamérica

En nuestro espacio geográfico y cultural se asiste en los últimos años a la sanción de Códigos de Ética Judicial o reglamentaciones particulares análogas (hasta la fecha se han establecido en 15 países) con contenidos y diseños institucionales diversos. La misma Cumbre Judicial Iberoamericana ha avalado esa alternativa incluyendo en el *Estatuto del Juez Iberoamericano*, aprobado en Canarias en el año 2001, un capítulo dedicado específicamente a la “Ética Judicial”. En sintonía con esos antecedentes, en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano* (Cancún, 2002), se reconoció *un derecho fundamental de la población a tener acceso a una Justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa*. Esa realidad motivó que en la Declaración Copán-San Salvador, 2004, los presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia y de Consejos de la Judicatura pertenecientes a los países que integran Iberoamérica aprobaron la siguiente declaración:

*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.*

*Tercera: Revisar el texto de los Códigos de Ética que ya existen, a efecto de promover que las normas que rigen la ética de los jueces se acoplen al principio de independencia respecto a cualquier otra autoridad y respecto de cualquiera de las partes involucradas en los procesos judiciales concretos, y a los principios derivados de aquel.*

*Cuarta: Dar a conocer en su respectiva judicatura los principios de ética que se consagran en cada uno de sus Códigos de Ética Judicial e integrarlos a los programas de capacitación existentes en cada país.*

*Quinta: Difundir entre los justiciables, a través de distintos medios informativos, sus Códigos de Ética con el propósito de incrementar la confianza y la autoridad moral de los juzgadores.*

*Sexta: Impulsar la elaboración de un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.*

## **II. El Código Modelo como fruto del desarrollo regional de la ética judicial**

La identidad de Iberoamérica cuenta con rasgos visibles y explicaciones históricas extendidas pero, sobre todo, Iberoamérica aparece en el mundo globalizado del presente como un espacio que interactúa con otras culturas, sin perder por ello sus propias características que la tornan peculiar. En ese marco, los Poderes Judiciales Iberoamericanos han ido construyendo –trabajosa, pero exitosamente– una realidad que, por encima de las particularidades nacionales, exhibe rasgos comunes desde los cuales es posible ir delineando políticas de beneficio mutuo. En la configuración de la ética judicial Iberoamericana hay rasgos comunes con otras experiencias análogas que ofrecen distintos espacios culturales, pero también algunas características distintivas que expresan aquella identidad. La realización de un *Código Modelo Iberoamericano* supone un nuevo tramo de ese camino que ya se ha ido recorriendo y posibilita que la región se presente al mundo desde una cierta tradición, pero también como un proyecto inacabado, que sin suprimir las individualidades nacionales, descubre y ofrece una riqueza común.

## **III. El Código Modelo como compromiso institucional con la excelencia y como instrumento para fortalecer la legitimación del Poder Judicial**

A pesar de aquella decisión de la Cumbre Judicial Iberoamericana y del contexto señalado que la respalda, dado que persisten voces

judiciales escépticas o desconfiadas, se hace necesario justificar este empeño en la aprobación de un *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*. En último término, se trata de, a partir de las exigencias que el propio Derecho plantea a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el “mejor” juez posible para nuestras sociedades. La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. De lo cual se sigue que la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios de un “mal” juez, como los de un juez simplemente “mediocre” que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido. A este respecto, corresponde advertir que la realidad actual de la autoridad política en general, y de la judicial en particular, exhibe una visible crisis de la legitimidad que conlleva en los que la ejercen el deber de procurar que la ciudadanía recupere la confianza en aquellas instituciones. La adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad reconociendo la inquietud que provoca esa débil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del servicio de justicia. Resulta oportuno señalar que no obstante el recurso a una terminología muy extendida en el mundo del Derecho, tal como “código”, “tribunal”, “responsabilidad”, “sanción”, “deber” etcétera, ella es asumida no con aquella carga, sino como términos que permiten ser utilizados en el campo ético con las particularidades que esta materia implica.

#### **IV. La ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial**

Cabe recordar que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese

poder e *imperium* que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas. El poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas. Desde esa perspectiva de una sociedad mandante se comprende que el juez no solo debe preocuparse por “ser”, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer”, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial. El Derecho ha de orientarse al bien o al interés general, pero en el ámbito de la función judicial adquieren una especial importancia ciertos bienes e intereses de los justiciables, de los abogados y de los demás auxiliares y servidores de la justicia, que necesariamente han de tenerse en consideración. La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general.

## **V. La ética judicial como apelación al compromiso íntimo del juez con la excelencia y con el rechazo a la mediocridad**

El Derecho puede ser visto como una regulación de la conducta por parte de autoridades legitimadas para ello, que cabe usar para juzgar formalmente *ex post facto* aquellos comportamientos que la violan. Las normas éticas pueden ser usadas también con esa función, pero en el “enjuiciamiento” ético no hay ninguna razón que pueda esgrimir el denunciado por una falta contra la ética que quede fuera de la deliberación; dicho de otra manera, un Tribunal de Ética puede aceptar razones que serían inaceptables si actuara como un tribunal jurídico. Mientras que en el Derecho las formas generales

mediante las que se determina la responsabilidad son indisponibles y esencialmente orientadas hacia el pasado, en la ética se tornan flexibles, puesto que lo primordial es modificar el futuro comportamiento del juez y lograr la excelencia. Para la ética profesional, podría llegar a afirmarse que más importante que descubrir faltas a sus deberes es obtener una firme e íntima adhesión a los mismos para lograr que el servicio se preste con excelencia. Si existiera una conciencia ética firme e integral por parte del profesional, sin duda se tornarían irrelevantes buena parte de los deberes jurídicos.

## **VI. El *Código Modelo* como explicitación de la idoneidad judicial y complemento de las exigencias jurídicas en el servicio de justicia**

En las tradiciones de las antiguas profesiones, al señalar quiénes estaban autorizados para ejercerlas y cómo debían prestarse los servicios correspondientes, se filtraban reclamos a la conciencia ética profesional, por lo que las violaciones respectivas incluían la pérdida de la posibilidad de seguir prestándolo. De ahí que en la tarea judicial se tuviera en cuenta originalmente cierta idoneidad ética y se previeran mecanismos de destitución cuando se incurría en mal desempeño. El ejercicio de la función judicial no debe, obviamente, ser arbitrario, pero en ocasiones es inevitable que el juez ejerza un poder discrecional. Esa discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas, sino que requieren el concurso de la ética. Parece así adecuado que, a la hora de plantearse el nombramiento o la promoción de los jueces, o de enjuiciar su conducta en cuanto jueces, se tengan en cuenta aquellas cualidades o hábitos de conducta que caracterizan a la excelencia profesional y que van más allá del mero cumplimiento de las normas jurídicas. Las constituciones contemporáneas contienen un marco general de aquella dimensión ética implicada en el servicio judicial, especialmente cuando indican quiénes pueden ser jueces o cuándo procede su destitución. De ese modo, la ética judicial encuentra asidero constitucional, en cuanto supone una explicitación de aquellos enunciados constitucionales.

## **VII. El *Código Modelo* como instrumento esclarecedor de las conductas éticas judiciales**

La formulación de un Código de Ética Judicial puede ser una fuente muy importante de clarificación de conductas. Obviamente, porque un Código de Ética Judicial, como cualquier ordenamiento, supone una división de la conducta que pretende regular en lícita e ilícita y, de esta manera, sirve de guía para sus destinatarios. Pero también porque, en ocasiones, dentro de las conductas éticamente admisibles, los Códigos optan, por razones de oportunidad y de coordinación, por un determinado curso de acción, de entre varios posibles; por ejemplo, a pesar de que en principio podría haber diversas opciones para establecer el modo en que es éticamente autorizado que el juez se reúna con los abogados de las partes, el hecho de que un Código escoja una de ellas despeja las dudas que legítimamente pueden suscitarse entre sus destinatarios.

## **VIII. El *Código Modelo* como respaldo de la capacitación permanente del juez y como título para reclamar los medios para su cumplimiento**

Al mismo tiempo que un Código clarifica conductas, las facilita en tanto se le provee al juez de un respaldo para la realización de las mismas, evitando el riesgo de quejas por parte de eventuales perjudicados. No solo el juez sabe a qué atenerse, sino también aquellos vinculados a su servicio. Pero dado que la ética no puede exigir conductas imposibles, el Código simultáneamente se constituye en una fuente de razones a las que puede apelar el juez en el cumplimiento de sus exigencias. De ese modo, si un Código reclama capacitación, es necesario que se le brinde a sus destinatarios los medios para acceder a la misma: si estos no existieran, sería difícil exigir responsabilidad por eventuales incumplimientos.



## **IX. El *Código Modelo* como estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador y como pauta objetiva de calidad ética en el servicio de justicia**

El Código puede también ser visto como un instrumento para fortalecer la voluntad del juez, en tanto determina conductas y consagra eventuales responsabilidades éticas ante su infracción.

Asimismo, al proveer criterios y medidas determinadas con las que juzga la calidad ética del servicio, el Código dota de cierta objetividad al concepto de “excelencia judicial”. Ello vale no solo para los propios jueces, sino también para la sociedad que ha conferido el poder y que puede, a partir del Código, evaluar éticamente a los jueces tanto para reprocharles su conducta como para reconocer su excelencia.

## **X. Del *Código Modelo de Ética Judicial* a la ética de las otras profesiones jurídicas**

Un Poder Judicial que cuenta con un Código de Ética está más legitimado para exigir de las otras profesiones vinculadas a su servicio una respuesta equivalente para sus integrantes.

Es obvio que, más allá de la centralidad del juez en el servicio de justicia, la excelencia ética en el mismo también depende de otras profesiones, por lo que resulta coherente y conveniente extender esa preocupación más allá del ámbito estrictamente judicial. La falta de ética judicial remite en ocasiones a otras deficiencias profesionales, especialmente la de abogados, fiscales, procuradores e, incluso, docentes jurídicos; un reclamo integral de excelencia debe incorporar a esos otros espacios profesionales, y el Código de Ética Judicial habilita para que el mismo Poder Judicial lo impulse.

## **XI. Un *Código Modelo* como fruto de un diálogo racional y pluralista**

El Código de Ética Judicial que se propone busca la adhesión voluntaria de los distintos jueces iberoamericanos atentos a la conciencia

profesional que exigen los tiempos actuales y trata por ello de presentarse como el fruto de un “diálogo racional” en el que se ha otorgado un considerable peso a las razones procedentes de los códigos ya existentes. Sería inadecuado que el presente Código surgiera como un emprendimiento desarraigado en el tiempo y en el espacio o como un mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello. Por el contrario, su fortaleza y eficacia dependerán de la prudente fuerza racional que logre traducir en su articulado y de que, consiguientemente, sea capaz de movilizar íntimas adhesiones en función de los bienes e intereses comprometidos en el quehacer judicial. El Código debe ser una permanente y dinámica interpelación a la conciencia de sus destinatarios para que, desde el compromiso de la excelencia, logre encarnarse históricamente en aquellos que han aceptado prestar un servicio demandado por la sociedad.

## **XII. Los principios éticos como núcleos concentrados de ética judicial**

Desde la lectura comparada de los Códigos de Ética Judicial vigentes es posible identificar ciertas exigencias centrales que muestran una importante concentración del modo en que se pretende la prestación del servicio de justicia de manera excelente o completa. Esos núcleos concentradores de la ética judicial reciben distintos nombres, pero parece aconsejable insistir –de conformidad con los documentos iberoamericanos ya aprobados– en la denominación de “principios”, dado que ellos reclaman cierto perfil intrínseco valioso cuya concreción histórica queda sujeta a posibilidades y circunstancias de tiempo y lugar.

Los “principios éticos” configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial, pero como tales pueden justificar diferentes normas en donde se especifiquen distintas conductas en relación a determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, la independencia es inequívocamente uno de esos “principios”, y desde ella es posible delinear normas que, de manera más concreta, modalicen conductas exigibles. Esos principios, al procurar modelar el ideal del mejor juez posible, no solo reclaman ciertas conductas sino que alientan que, tras la reiteración de las mismas, se arraiguen en hábitos benefi-

ciosos, facilitadores de los respectivos comportamientos y fuente de una más sólida confianza ciudadana.

### **XIII. Las proyecciones de los principios en Normas o Reglas éticas**

El *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* ofrece así un catálogo de principios que en buena medida ya han sido receptados en Códigos vigentes en Iberoamérica. Estos principios ordenan genérica y concentradamente la excelencia judicial, y posibilitan que otras normas vayan concretando ese ideal, a tenor de cambiantes y variadas circunstancias de tiempo y lugar. Cabe advertir que estos principios pueden ser reconstruidos con el lenguaje propio de las virtudes –como se hace en algunos Códigos Iberoamericanos–, en tanto la habitualidad de las conductas pertinentes consolida disposiciones para la excelencia en el servicio judicial.

### **XIV. La experiencia iberoamericana en materia de faltas éticas y asesoramiento ético judicial**

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, una lectura comparativa de los distintos sistemas vigentes en Iberoamérica en materia de ética judicial permite constatar la existencia de un tratamiento muy diversificado. Así, existen países que han optado por establecer Tribunales de Ética Judicial *ad doc* que juzgan de manera particular las faltas a sus respectivos Códigos de Ética, mientras que en otros los Tribunales de Ética se limitan a declarar la existencia de una falta ética, pero dejan a los órganos disciplinarios habituales la decisión final que eventualmente pueda adoptarse. Además, hay países en que las faltas éticas se encuentran incluidas dentro del régimen jurídico disciplinario que aplican los órganos administrativos o judiciales competentes. Y, finalmente, otros que confían la eficacia del Código a la voluntad individual de sus destinatarios. Por otro lado, además de Tribunales de Ética, algunos Códigos han previsto la

existencia de Comisiones de Consultas Éticas a las que se pueden remitir dudas o cuestiones con el propósito de recabar una opinión que puede o no ser reservada; de esta manera, al mismo tiempo que se presta un servicio de asesoramiento, se van enriqueciendo y concretando las exigencias éticas generales establecidas por los principios.

## XV. Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

Partiendo de esta diversificada experiencia institucional, el *Código Modelo* propone la creación de una Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Sus funciones principales son las de asesorar a los diferentes Poderes Judiciales cuando estos lo requieran y la de crear un espacio de discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial en el ámbito iberoamericano. La Comisión estará integrada por nueve miembros que habrán de estar vinculados directa o indirectamente al quehacer judicial.

### PARTE I

## Principios de la Ética Judicial Iberoamericana

### Capítulo I

#### Independencia

##### Art. 1

Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio.

Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

##### Art. 2

El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

**Art. 3**

El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.

**Art. 4**

La independencia judicial implica que al juez le esta éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria.

**Art. 5**

El juez podrá reclamar que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia.

**Art. 6**

El juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia.

**Art. 7**

Al juez no solo se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas.

**Art. 8**

El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional.

## Capítulo II Imparcialidad

**Art. 9**

La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional.

**Art. 10**

El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

**Art. 11**

El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.

**Art. 12**

El juez debe procurar evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa.

**Art. 13**

El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

**Art. 14**

Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable.

**Art. 15**

El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas.

**Art. 16**

El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.

**Art. 17**

La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

## Capítulo III Motivación

**Art. 18**

La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impug-

naciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.

**Art. 19**

Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente validas, aptas para justificar la decisión.

**Art. 20**

Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, solo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.

**Art. 21**

El deber de motivar adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional.

**Art. 22**

El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de Derecho.

**Art. 23**

En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto.

**Art. 24**

La motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos.

**Art. 25**

La motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión.

**Art. 26**

En los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de la buena fe.

El derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación.

**Art. 27**

Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.

## Capítulo IV Conocimiento y Capacitación

**Art. 28**

La exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia.

**Art. 29**

El juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente.

**Art. 30**

La obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales.

**Art. 31**

El conocimiento y la capacitación de los jueces adquieren una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales.

**Art. 32**

El juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial.



**Art. 33**

El juez debe mantener una actitud de activa colaboración en todas las actividades conducentes a la formación judicial.

**Art. 34**

El juez debe esforzarse por contribuir, con sus conocimientos teóricos y prácticos, al mejor desarrollo del Derecho y de la administración de justicia.

## Capítulo V Justicia y Equidad

**Art. 35**

El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.

**Art. 36**

La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

**Art. 37**

El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

**Art. 38**

En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

**Art. 39**

En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

**Art. 40**

El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan.

## Capítulo VI

### Responsabilidad institucional

**Art. 41**

El buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales es condición necesaria para que cada juez pueda desempeñar adecuadamente su función.

**Art. 42**

El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial.

**Art. 43**

El juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia.

**Art. 44**

El juez debe estar dispuesto a responder voluntariamente por sus acciones y omisiones.

**Art. 45**

El juez debe denunciar ante quien corresponda los incumplimientos graves en los que puedan incurrir sus colegas.

**Art. 46**

El juez debe evitar favorecer promociones o ascensos irregulares o injustificados de otros miembros del servicio de justicia.

**Art. 47**

El juez debe estar dispuesto a promover y colaborar en todo lo que signifique un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

## Capítulo VII

### Cortesía

**Art. 48**

Los deberes de cortesía tienen su fundamento en la moral y su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

**Art. 49**

La cortesía es la forma de exteriorizar el respeto y consideración que los jueces deben a sus colegas, a los otros miembros de la oficina judicial, a los abogados, a los testigos, a los justiciables y, en general, a todos cuantos se relacionan con la administración de justicia.

**Art. 50**

El juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica.

**Art. 51**

En el ámbito de su tribunal, el juez debe relacionarse con los funcionarios, auxiliares y empleados sin incurrir –o aparentar hacerlo– en favoritismo o cualquier tipo de conducta arbitraria.

**Art. 52**

El juez debe mostrar una actitud tolerante y respetuosa hacia las críticas dirigidas a sus decisiones y comportamientos.

## Capítulo VIII

### Integridad

**Art. 53**

La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura.

**Art. 54**

El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.

**Art. 55**

El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

## Capítulo IX

### Transparencia

**Art. 56**

La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía de la justicia de sus decisiones.

**Art. 57**

El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable.

**Art. 58**

Aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar, en la medida de lo posible, todos los actos de su gestión y permitir su publicidad.

**Art. 59**

El juez debe comportarse, en relación con los medios de comunicación social, de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.

**Art. 60**

El juez debe evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social.

## Capítulo X

### Secreto profesional

**Art. 61**

El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones.

**Art. 62**

Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de esta.

**Art. 63**

Los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes y atendiendo a los acuerdos dictados sobre la publicidad de sus sesiones, guardando un justo equilibrio entre el secreto profesional y el principio de transparencia en los términos previstos en la legislación de cada país.

**Art. 64**

Los jueces habrán de servirse tan solo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los actos de que conozcan.

**Art. 65**

El juez debe procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional en torno a la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción.

**Art. 66**

El deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no solo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado.

**Art. 67**

El deber de reserva y secreto profesional corresponde tanto al procedimiento de las causas como a las decisiones adoptadas en las mismas.

## Capítulo XI Prudencia

**Art. 68**

La prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional.

**Art. 69**

El juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable.

**Art. 70**

El juez debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos.

**Art. 71**

Al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas.

**Art. 72**

El juicio prudente exige al juez capacidad de comprensión y esfuerzo por ser objetivo.

## Capítulo XII Diligencia

**Art. 73**

La exigencia de diligencia está encaminada a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía.

**Art. 74**

El juez debe procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable.

**Art. 75**

El juez debe evitar o, en todo caso, sancionar las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.

**Art. 76**

El juez debe procurar que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad.

**Art. 77**

El juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas.

**Art. 78**

El juez debe tener una actitud positiva hacia los sistemas de evaluación de su desempeño.

## Capítulo XIII

### Honestidad profesional

**Art. 79**

La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma.

**Art. 80**

El juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función.

**Art. 81**

El juez debe comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial.

**Art. 82**

El juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial.

## PARTE II

### Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

**Art. 83**

- La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial tiene por objeto:
- a. Asesorar a los diferentes Poderes Judiciales y Consejos de la Judicatura Iberoamericanos o a la propia Cumbre Judicial cuando lo soliciten sus representantes. Asimismo resolverá las consultas que Comisionados o Delegados formulen en torno a si el comportamiento de servidores públicos de órganos impartidores de justicia respetan o no la Ética Judicial, así como cuando órganos de Ética Judicial internos de cada nación hayan resuelto temas de esa naturaleza y se pida su opinión a la Comisión Iberoamericana.

- 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. 84**

La Comisión estará integrada por nueve miembros y un secretario ejecutivo, elegidos por un período de cuatro años con posibilidad de reelección. Los cargos serán honoríficos. Se contará además con Delegados, cuya designación y atribuciones se establecerán en el Estatuto del Delegado ante la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

**Art. 85**

Cada órgano integrante de la Cumbre Judicial Iberoamericana podrá proponer a un candidato por cada vacante de la Comisión, debiendo acompañar el respectivo currículum *vitae*.

**Art. 86**

Los candidatos deberán estar vinculados directa o indirectamente con el quehacer judicial, contar con una amplia trayectoria profesional y gozar de reconocido prestigio. Podrán provenir de la magistratura, la abogacía o la actividad académica y estar en activo o jubilados.

**Art. 87**

Integrarán la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial aquellos candidatos que obtengan el consenso en la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial, y de no ser posible, el mayor número de votos de los miembros presentes.

**Art. 88**

La Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana propondrá a la Asamblea Plenaria el candidato a ocupar la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, debiendo obtener el consenso o la mayoría de votos a que se refiere el artículo anterior.

**Art. 89**

El candidato a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial podrá ser de cualquier nacionalidad de los países



iberoamericanos y deberá cumplir con los mismos requisitos que los miembros de la Comisión.

**Art. 90**

El Secretario Ejecutivo de la Comisión tendrá las siguientes funciones:

- a. Propiciar y convocar a las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
- b. Recibir, tramitar y archivar las solicitudes de asesoría, consultas o cualquier otro documento. Estas solicitudes, además de lo indicado en el artículo 92, podrán ser formuladas por el Secretario Ejecutivo o por cualquier comisionado sobre casos en abstracto en torno a la Ética Judicial en Iberoamérica para su resolución por parte de los Comisionados o incluso para la elaboración de manuales de buenas prácticas vinculados con los fines de la Comisión.
- c. Levantar actas de las sesiones de la Comisión.
- d. Rendir cuentas a los miembros de la Comisión en Reunión Ordinaria a la que se convocará anualmente y a la Cumbre Judicial Iberoamericana, por escrito, cada año, y mediante comparecencia cuando tenga lugar la Cumbre, y en cada oportunidad que se le solicite. A las reuniones de la Comisión se convocará a los Delegados de los países que no sean en ese momento Comisionados, en los términos del Estatuto del Delegado. Se podrá convocar, a iniciativa de uno o más comisionados, a Talleres Regionales para tratar temas relacionados con las funciones de la Comisión.
- e. Coordinarse con las Secretarías Permanente y *Pro Tempore*.
- f. Ejecutar y notificar las decisiones de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
- g. Participar en las deliberaciones de la Comisión Iberoamericana con voz, pero sin voto.

**Art. 91**

El domicilio de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial será el de la Secretaría Ejecutiva.

**Art. 92**

Las solicitudes de asesoría o cualquier otra petición de los órganos integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana o los de la propia Cumbre Judicial, así como de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial o sus miembros, deberán dirigirse a la Secretaría Ejecutiva.

**Art. 93**

Una vez recibida una solicitud o petición, la Secretaría Ejecutiva, en el plazo de 72 horas, deberá ponerla en conocimiento de los integrantes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

**Art. 94**

La Comisión Iberoamericana deberá pronunciarse en el plazo de 90 días naturales o corridos, contados a partir de la recepción de la solicitud o petición.

**Art. 95**

Los dictámenes, las recomendaciones, las asesorías o cualquier pronunciamiento de la Comisión Iberoamericana en ningún caso tendrán fuerza vinculante para los Poderes Judiciales o Consejos de la Judicatura ni para la propia Cumbre Judicial.

# Anexo III

## Actividades

### Unidad 1. Elementos de Filosofía Moral

1. Busque al menos 5 (cinco) textos jurídicos, literarios y periodísticos en que aparezca la palabra “moral” y otros tantos en que aparezca la palabra “ético/ética” y determine en cuál de los distintos sentidos descriptos en la unidad son utilizados en cada caso.
2. ¿A qué tipo de orden normativo corresponden las siguientes características?
  - 2.1 Técnicas de motivación de conducta directa
    - a. Derecho
    - b. Moral
    - c. Religión
  - 2.2. Sanciones centralizadas inmanentes
    - a. Derecho
    - b. Moral
    - c. Religión
3. ¿A qué funciones del lenguaje corresponden las siguientes expresiones?
  - 3.1. “El que matare a otro tendrá una pena de 8 a 25 años de prisión”.
    - a. Descriptiva
    - b. Emotiva
    - c. Prescriptiva
    - d. Operativa
  - 3.2. “¡La pucha, digo!”
    - a. Descriptiva
    - b. Emotiva
    - c. Prescriptiva
    - d. Operativa

4. Analice la siguiente noticia señalando qué tipo de relación (subordinación, delegación, indiferencia) existe entre derecho, moral y religión en el caso.

ISLAMABAD, *jueves 11 de noviembre de 2010 (ZENIT.org)*.- Asia Bibi, obrera agrícola de 37 años y madre de dos niños, es la primera mujer que ha sido condenada a muerte en Pakistán bajo la acusación de blasfemia.

La mujer ha sido acusada de haber ofendido al islam durante una discusión en el lugar de trabajo, en la que algunas mujeres musulmanas habían intentado convertirla, informó la agencia AsiaNews.

La sentencia, emitida por un tribunal del Punjab este domingo por la tarde, se refiere a una discusión que tuvo lugar en 2009 en la localidad de Ittanwali.

En el transcurso de la misma, frente a la insistencia de las compañeras a que renunciara al cristianismo, Asia Bibi habló de cómo Jesús murió en la Cruz por los pecados de la humanidad, preguntando a las demás mujeres lo que Mahoma había hecho por ellas.

La norma del Código Penal pakistaní castiga con la cárcel a quien ofende el Corán y con la condena a muerte a quien insulta al profeta Mahoma.

Las compañeras musulmanas pegaron a Asia Bibi y la encerraron en una habitación. Según explica la organización caritativa Release International, una multitud se reunió en el lugar de los hechos y empezó a insultarla a ella y a los niños.

El director de Release International, Andy Dipper, afirmó que condenando a muerte a una mujer por blasfemia, “Pakistán ha traspasado una línea”.

A Asia Bibi también se le impuso una multa equiparable a dos años y medio de su sueldo.

Respecto a esta sentencia, el secretario ejecutivo de la Comisión nacional Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal de Pakistán, Peter Jacob, declaró a la agencia Fides que “los cristianos están bajo ataque por el uso instrumental de la ley antiblasfemia”.

“Los casos de falsas acusaciones se suceden y estamos muy preocupados: son al menos cinco en los últimos dos meses”, explicó.

“Por desgracia, no hay cambios a la vista: el Gobierno no considera en absoluto una revisión o una abolición de la ley –lamentó-. Y esto es muy grave”.

La condena de Asia Bibi es “un auténtico ultraje a la dignidad humana y a la verdad”, denunció. “Haremos todo lo posible para que el veredicto sea desmentido y revocado en apelación”.

Las normas sobre la blasfemia, recuerda *L'Osservatore Romano* en su edición de este jueves, fueron introducidas entre el 1980 y el 1986 para garantizar el respeto a la religión musulmana. En base a esta normativa, se han censurado también algunos sitios en Internet.

Según los datos publicados por la Comisión nacional Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal, de 1986 a 2009, 964 personas fueron arrestadas por haber profanado el Corán o a Mahoma. De estas, 479 son musulmanas, 119 cristianas, 340 ahmadi, 14 hindúes y diez de otras religiones.

La ley sobre la blasfemia es utilizada a menudo como pretexto por los fundamentalistas para atacar a las minorías religiosas, que en Pakistán constituyen el 4% de la población.

El Pakistan Christian Congress (PCC), que ha promovido varias conferencias tanto en el ámbito nacional como internacional para pedir la derogación de las normas sobre la blasfemia, expresó su preocupación por la sentencia de condena de muerte a Asia Bibi y lanzó un llamamiento al presidente del Pakistán para asegurar justicia para la mujer.

5. Identifique las siguientes expresiones con las posturas metaéticas desarrolladas en el punto 4:
  - a. “Robar debe ser malo, ya que la mayor parte de la comunidad lo siente así”.
  - b. “Cuando veo que se maltrata a un niño, algo dentro mío me dice que eso está mal”.
  - c. “Dios lo quiso así, así que debe estar bien”.
  - d. “La justicia es un ideal irracional que no se deja teorizar”.

## Unidad 2. Concepciones morales y teorías de la justicia

1. Reconozca, en base a la clasificación provista en el punto 1, a qué tipo de justicia se refieren las siguientes afirmaciones:
  - a. “El artículo N de la Ley X es terriblemente injusto”.
  - b. “Iturralde me garantiza un arbitraje justo”.
  - c. “El castigo que aplicaste a tu hijo fue una injusticia”.

2. Distinga si las expresiones abajo transcritas son de naturaleza teleológica o deontológica:
  - a. “Debo ser un buen alumno para ganar una beca”.
  - b. “Hoy trabajé a conciencia y me fui a dormir con la satisfacción del deber cumplido”.
  - c. “Si expulsamos a los inmigrantes, habrá más empleo para los argentinos”.
  - d. “El fin no justifica los medios”.
  
3. Analice la siguiente frase de Marx sobre la escuela histórica del Derecho:

“Una escuela que legitima la infamia de hoy con la infamia de ayer, una escuela que declara rebelde todo grito del siervo contra el látigo cuando este es un látigo antiguo”.
  
4. ¿A qué concepto aristotélico-tomista corresponde la siguiente definición?

“La ley que descansa en la propia razón de Dios y de la cual derivan todas las demás leyes”

  - a. Ley eterna
  - b. Ley natural
  - c. Ley divina
  - d. Ley positiva
  
5. ¿Cuál de estos rasgos no es propio del imperativo categórico kantiano?
  - a. Autónomo
  - b. Consecuencialista
  - c. Formal
  - d. Universal
  
6. ¿Cuál de estas afirmaciones no sería atribuible a Bentham?
  - a. “La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Ellos nos señalan lo que tenemos que hacer”.
  - b. “Trata a las personas como un fin, nunca como un medio para un fin”.

- c. “La mayor felicidad del mayor número es el fundamento de la moral y la legislación”.

7. ¿Cuál de las siguientes sociedades sería más justa para Rawls?

	CONDICIÓN 1	CONDICIÓN 2	CONDICIÓN 3
SOCIEDAD 1	30	40	18
SOCIEDAD 2	15	15	15
SOCIEDAD 3	70	90	10

8. Busque en la Constitución Nacional artículos que –aunque en forma parcial o imperfecta– garanticen o faciliten el cumplimiento de condiciones cercanas a la “situación ideal de diálogo” habermasiana.

### Unidad 3. El papel del juez

1. ¿A qué postura corresponde la siguiente afirmación? Justifique su respuesta.

“Así como el concepto de triángulo se integra con ciertas características necesarias y suficientes, no habiendo triángulo si falta alguna de ellas, lo mismo ocurre con los conceptos jurídicos como la compraventa. Tomándolo como ejemplo, este concepto requiere consentimiento, entrega de cosa y entrega de precio; si no hay consentimiento, no hay compraventa sino estafa, si no hay entrega de dinero, hay donación de cosa, no compraventa, si no hay entrega de cosa no hay compraventa, sino donación de dinero”.

2. ¿Por qué piensa usted que Jerome Frank inicia su libro *Derecho e incertidumbre* con la siguiente cita de Learned Hand, prestigioso estadounidense?

“Debo decir que si fuera un litigante temería a un pleito por sobre casi todas las demás cosas, salvo la enfermedad y la muerte”.

3. Relacione el concepto de “textura abierta” con la regulación de la aeronavegación en la Constitución Argentina.
4. Complete la siguiente frase: El “modelo del código” propio del derecho liberal, presupone una racionalidad ..... y una concepción del tiempo .....; mientras que el “modelo del dossier” del estado social implica una racionalidad ..... y un tiempo .....
5. ¿Cómo llama Ferrajoli a la vigencia de leyes inválidas?
6. ¿Cómo llama Ferrajoli a la falta de plenitud por la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas por límites positivos?
7. Marque verdadero o falso. Según Ferrajoli:
  - a. La democracia sustancial hace referencia al “quién” y al “cómo” de las decisiones.  
V                      F
  - b. Ninguna mayoría puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o la insatisfacción de un derecho social.  
V                      F
8. La legitimación de los jueces se fundamenta en la democracia:
  - a. Política
  - b. Sustancial
9. ¿Cuál es la función del juez en el modelo garantista?
  - a. Sujetarse a la letra de la ley en forma incondicionada.
  - b. Interpretar libremente la ley, para poder satisfacer los derechos de la mayoría.
  - c. Elegir los significados compatibles con las normas constitucionales sustanciales.



10. Marque verdadero o falso. Según las teorías críticas:
- La subsunción es un hecho natural dentro del derecho.  
V            F
  - El conocimiento del juez constituye una experiencia calificada en la que se entranan saber e intuición.  
V            F
  - La articulación de la lingüística y la hermenéutica permite descifrar el sentido oculto por detrás del sentido aparente de la norma.  
V            F
  - La función jurisdiccional no tiene dimensión política.  
V            F

## Unidad 4. La ética judicial y sus principios

- Seleccione tres noticias periodísticas que den cuenta de situaciones que impliquen desafíos éticos (no necesariamente jurídicos) y explique por qué lo considera así.
- Busque en la *web* tres códigos de ética judicial (argentinos o latinoamericanos) y realice un cuadro comparativo con el Código Modelo.
- ¿Con qué principio del Código Iberoamericano vincularía el siguiente inciso del artículo 8 del Reglamento de la Justicia Nacional?  
“g) No practicar juegos por dinero ni frecuentar lugares destinados a ellos”.
- ¿Con qué principio del Código Iberoamericano vincularía este artículo de la Constitución Nacional?  
“Artículo 110. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

5. Compare los principios del Código Iberoamericano con los consejos vinculados a la administración de justicia brindados por Don Quijote a Sancho Panza antes de asumir como gobernante.

*Segunda parte del ingenioso caballero don Quijote de la Mancha. Capítulo XLII “De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas”.*

Con el felice y gracioso suceso de la aventura de la Dolorida quedaron tan contentos los duques, que determinaron pasar con las burlas adelante, viendo el acomodado sujeto que tenían para que se tuviesen por veras [1]; y así, habiendo dado la traza y órdenes que sus criados y sus vasallos habían de guardar con Sancho en el gobierno de la ínsula prometida, otro día [2], que fue el que sucedió al vuelo de Clavileño, dijo el duque a Sancho que se adeliñase y compusiese para ir a ser gobernador [3], que ya sus insulanos le estaban esperando como el agua de mayo [4]. Sancho se le humilló y le dijo:

—Después que bajé del cielo [5], y después que desde su alta cumbre miré la tierra y la vi tan pequeña, se templó en parte en mí la gana que tenía tan grande de ser gobernador, porque ¿qué grandeza es mandar en un grano de mostaza, o qué dignidad o imperio el gobernar a media docena de hombres tamaños como avellanas, que a mi parecer no había más en toda la tierra [6]? Si vuestra señoría fuese servido de darme una tantica parte del cielo, aunque no fuese más de media legua, la tomaría de mejor gana que la mayor ínsula del mundo.

—Mirad, amigo Sancho —respondió el duque—: yo no puedo dar parte del cielo a nadie, aunque no sea mayor que una uña, que a solo Dios están reservadas esas mercedes y gracias. Lo que puedo dar os doy, que es una ínsula hecha y derecha, redonda y bien proporcionada y sobremañera fértil y abundosa, donde, si vos os sabéis dar maña, podéis con las riquezas de la tierra granjear las del cielo [7].

—Ahora bien [8] —respondió Sancho—, venga esa ínsula, que yo pugnaré por ser tal gobernador, que, a pesar de bellacos, me vaya al cielo; y esto no es por codicia que yo tenga de salir de mis casillas ni de levantarme a mayores [9], sino por el deseo que tengo de probar a qué sabe el ser gobernador. —Si una vez lo probáis, Sancho —dijo el duque—, comeros heis las manos tras el gobierno [10], por ser dulcísima cosa el mandar y ser obedecido. A buen seguro que cuando vuestro dueño llegue a ser emperador, que lo será sin duda, según van encaminadas sus cosas, que no se lo

arranquen como quiera, y que le duela y le pese en la mitad del alma del tiempo que hubiere dejado de serlo.

—Señor —replicó Sancho—, yo imagino que es bueno mandar, aunque sea a un ható de ganado.

—Con vos me entierren [11], Sancho, que sabéis de todo —respondió el duque—, y yo espero que seréis tal gobernador como vuestro juicio promete; y quédese esto aquí, y advertid que mañana en ese mismo día habéis de ir al gobierno de la ínsula, y esta tarde os acomodarán del traje conveniente que habéis de llevar y de todas las cosas necesarias a vuestra partida.

—Vístanme —dijo Sancho— como quisieren, que de cualquier manera que vaya vestido seré Sancho Panza.

—Así es verdad —dijo el duque—, pero los trajes se han de acomodar con el oficio o dignidad que se profesa, que no sería bien que un jurisperito se vistiese como soldado, ni un soldado como un sacerdote. Vos, Sancho, iréis vestido parte de letrado y parte de capitán, porque en la ínsula que os doy tanto son menester las armas como las letras, y las letras como las armas.

—Letras —respondió Sancho—, pocas tengo, porque aun no sé el abecé, pero bástame tener el Christus en la memoria para ser buen gobernador [12]. De las armas manejaré las que me dieren, hasta caer, y Dios delante [13].

—Con tan buena memoria —dijo el duque—, no podrá Sancho errar en nada.

En esto llegó don Quijote y, sabiendo lo que pasaba y la celeridad con que Sancho se había de partir a su gobierno, con licencia del duque le tomó por la mano y se fue con él a su estancia, con intención de aconsejarle cómo se había de haber en su oficio [14].

Entrados, pues, en su aposento, cerró tras sí la puerta y hizo casi por fuerza que Sancho se sentase junto a él, y con reposada voz le dijo:

—Infinitas gracias doy al cielo, Sancho amigo, de que antes y primero que yo haya encontrado con alguna buena dicha te haya salido a ti a recibir y a encontrar la buena ventura. Yo, que en mi buena suerte te tenía librada la paga de tus servicios, me veo en los principios de aventajarme [15], y tú, antes de tiempo, contra la ley del razonable discurso, te vees premiado de tus deseos. Otros cohechan, importunan, solicitan, madrugan, ruegan, porfían, y no alcanzan lo que pretenden, y llega otro y, sin saber cómo ni cómo no, se halla con el cargo y oficio que otros muchos pretendieron; y aquí entra y encaja bien el decir que hay buena y mala fortuna en las pretensiones. Tú, que para mí sin duda alguna eres un porro, sin madrugar ni trasnochar y sin hacer diligencia alguna, con solo el

aliento que te ha tocado de la andante caballería, sin más ni más te vees gobernador de una ínsula, como quien no dice nada. Todo esto digo, ¡oh Sancho!, para que no atribuyas a tus merecimientos la merced recibida, sino que des gracias al cielo, que dispone suavemente las cosas, y después las darás a la grandeza que en sí encierra la profesión de la caballería andante. Dispuesto, pues, el corazón a creer lo que te he dicho, está, ¡oh hijo!, atento a este tu Catón [16], que quiere aconsejarte y ser norte y guía que te encamine y saque a seguro puerto deste mar proceloso donde vas a engolfarte, que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones. Primeramente, ¡oh hijo!, has de temer a Dios, porque en el temerle está la sabiduría y siendo sabio no podrás errar en nada [17]. Lo segundo, has de poner los ojos en quien eres, procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que puede imaginarse [18]. Del conocerte saldrá el no hincharte como la rana que quiso igualarse con el buey [19], que si esto haces, vendrá a ser feos pies de la rueda de tu locura la consideración de haber guardado puercos en tu tierra [20].

—Así es la verdad —respondió Sancho—, pero fue cuando muchacho; pero después, algo hombrecillo, gansos fueron los que guardé, que no puercos. Pero esto paréceme a mí que no hace al caso, que no todos los que gobiernan vienen de casta de reyes [21].

—Así es verdad —replicó don Quijote—, por lo cual los no de principios nobles deben acompañar la gravedad del cargo que ejercitan con una blanda suavidad que, guiada por la prudencia, los libre de la murmuración maliciosa, de quien no hay estado que se escape [22].

»Haz gala, Sancho, de la humildad de tu linaje [23], y no te desprecies de decir que vienes de labradores [24], porque viendo que no te corres [25], ninguno se pondrá a correrte, y préciate más de ser humilde virtuoso que pecador soberbio. Innumerables son aquellos que de baja estirpe nacidos, han subido a la suma dignidad pontificia e imperatoria; y desta verdad te pudiera traer tantos ejemplos, que te cansaran.

»Mira, Sancho: si tomas por medio a la virtud y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que padres y agüelos tienen príncipes y señores [26], porque la sangre se hereda y la virtud se aquista [27], y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale.

»Siendo esto así, como lo es, que si acaso viniere a verte cuando estés en tu ínsula alguno de tus parientes, no le deseches ni le afrentes, antes le has de acoger, agasajar y regalar, que con esto satisfacerás al cielo, que gusta que nadie se desprecie de lo que él hizo y corresponderás a lo que debes a la naturaleza bien concertada [28].

- »Si trujeres a tu mujer contigo (porque no es bien que los que asisten a gobiernos de mucho tiempo estén sin las propias), enséñala, doctrínala y desbástala de su natural rudeza, porque todo lo que suele adquirir un gobernador discreto suele perder y derramar una mujer rústica y tonta.
- »Si acaso enviudares, cosa que puede suceder, y con el cargo mejorares de consorte, no la tomes tal que te sirva de anzuelo y de caña de pescar, y del “no quiero de tu capilla” [29], porque en verdad te digo que de todo aquello que la mujer del juez recibiere ha de dar cuenta el marido en la residencia universal [30], donde pagará con el cuatro tanto en la muerte las partidas de que no se hubiere hecho cargo en la vida [31].
- »Nunca te guíes por la ley del encaje [32], que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos.
- »Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico [33].
- »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 [34], no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.
- »Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso.
- »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.
- »Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera de espacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.
- »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 considéralo hombre miserable [35], 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, porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia.
- »Si estos preceptos y estas reglas sigues, Sancho, serán luengos tus días, tu fama será eterna, tus premios colmados, tu felicidad indecible,

casarás tus hijos como quisieres, títulos tendrán ellos y tus nietos, vivirás en paz y beneplácito de las gentes, y en los últimos pasos de la vida te alcanzará el de la muerte en vejez suave y madura, y cerrarán tus ojos las tiernas y delicadas manos de tus terceros netezuelos [36]. Esto que hasta aquí te he dicho son documentos que han de adornar tu alma [37]; escucha ahora los que han de servir para adorno del cuerpo.

Notas (Capítulo XLII):

[1] acomodado sujeto: ‘conveniente asunto’.

[2] ‘al día siguiente’ (I, 5, 76, n. 41).

[3] adeliñase y compusiese: ‘se vistiese y preparase convenientemente’.

[4] ‘con mucho afán’ (II, 73, 1212); la comparación popular es “Deseado como agua de mayo”, quizá creada según el refrán campesino “Agua de mayo, pan para todo el año”.

[5] después que: ‘desde que’ (I, 12, 130, n. 21).

[6] En las palabras de Sancho se oyen ecos del *Sueño de Escipión* de Cicerón (*De re publica*, Libro VI), o de su fecunda tradición (véase también II, 41, 962, n. 28). Nótese, por otra parte, el contraste entre estas palabras y el descaro con que Sancho miente a los Duques sobre su visión de la tierra desde lo alto.

[7] ‘salvarte puedes en tu estado’; el tema del gobierno a prueba, o el afín del rey por un año, es tradicional; ya figura, por ejemplo, en el ejemplo XLIX de *El conde Lucanor*, donde también se establece un paralelismo entre lo terrenal y lo celestial. Tampoco es inverosímil suponer en las impías palabras del Duque una parodia de la primera copla del *Laberinto de Fortuna*, de Mena.

[8] ‘Siendo así’.

[9] ‘salir del lugar que me corresponde y querer ser más que otros’.

[10] ‘anhelaréis el gobierno’ (véase I, “Urganda...”, pp. 21-22, vv. 5-10).

[11] ‘Pienso como vos’.

[12] El Christus es aquí ‘la cruz que precedía al abecedario en la cartilla en que se aprendía a leer’; Sancho también hace un juego de palabras no infrecuente para significar ‘con poca instrucción, pero con sentimiento cristiano’.

[13] ‘y que Dios me ayude’.

[14] haber: ‘comportar’.

[15] ‘me veo al principio de mi ascenso social o nobiliario’.

[16] ‘tu mentor’ en el que aprenderás, como los niños aprendían a leer y comportarse en el pliego suelto del Catón (véase I, 20, 212, n. 35).

- [17] El consejo procede de la Biblia, donde aparece en múltiples ocasiones; véase II, 20, 800, n. 71.
- [18] Precepto de procedencia platónica; traduce el divulgadísimo *Nosce te ipsum*.
- [19] Alude a una conocida fábula de Esopo y Fedro (II, 25), particularmente difundida por las ediciones del Isopete (I, 25, 271, n. 3).
- [20] rueda de locura: era creencia común que el pavo real se envanecía al desplegar su rueda, pero que se avergonzaba cuando miraba sus pies (lo de guardar puercos parece genérico y proverbial, por eso Sancho procura matizarlo).
- [21] El de la nobleza espiritual es uno de los temas más frecuentes del Q. y secular motivo de debate (véase I, 21, 233).
- [22] El consejo puede proceder, entre muchos otros textos, del Isócrates romanceado.
- [23] ‘no te preocupes, Sancho, por la humildad de tu linaje’.
- [24] no te desprecies: ‘no te avergüences’, ‘no tengas a menos’.
- [25] ‘avergüenzas’.
- [26] La primera edición lee los que los tienen príncipes...
- [27] ‘se conquista, se gana con el esfuerzo personal’.
- [28] La idea de la armonía de la naturaleza y la perseverancia en la propia condición es de origen neoplatónico.
- [29] DQ alude a dos refranes, combinándolos: “Ni el anzuelo ni la caña, mas el cebo que las engaña”, y “No quiero, no quiero, mas echádmelo en la capilla”, es decir, ‘para que reciba lo que tú aparentas no querer’; capilla es la ‘capucha que llevaban algunas capas’.
- [30] ‘el juicio final’; juicio de residencia era el que se hacía a los cargos públicos cuando se acababa su plazo de ejercicio (II, 47, 1007; 53, 1066).
- [31] el cuatro tanto: ‘el cuádruple’.
- [32] Véase I, 11, 123, n. 40.
- [33] informaciones: ‘alegaciones’.
- [34] ‘Si no consideras conveniente aplicar el rigor de la ley’.
- [35] ‘digno de conmiseración’.
- [36] ‘tataranietos’; el tono es bíblico.
- [37] documentos: ‘enseñanzas’, ‘instrucciones’.

# Anexo IV

## Respuestas

### Unidad 1. Elementos de Filosofía Moral

1. En este caso no hay respuesta correcta sino que se busca que el lector investigue y reflexione.
2. Las respuestas correctas son:
  - 2.1. *b. Moral*: la moral utiliza técnicas de motivación de conducta directa, ya que busca la representación de la norma en la psiquis del sujeto. A diferencia de la religión o el derecho, que motiva la conducta a través de castigos o recompensas, cuando actuamos conforme a nuestras normas morales, lo hacemos convencidos de la corrección de nuestro comportamiento.
  - 2.2. *a. Derecho*, ya que los sistemas jurídicos se caracterizan por monopolizar el uso de la fuerza, vale decir, aplicar sanciones a través de órganos específicamente instituidos a tales fines. En el caso de la religión, también existen sanciones, pero de carácter trascendente, que se aplican en el más allá, mientras que las sanciones jurídicas se aplican “aquí y ahora”. La moral, por su parte, carece de órganos centralizados de aplicación de sanciones.
3. Las respuestas correctas son:
  - 3.1. *c. Prescriptiva*: Las normas jurídicas constituyen órdenes o mandatos, dirigidos en forma indirecta a los súbditos, pero por sobre todo, dirigidas a los órganos encargados de aplicar las sanciones.
  - 3.2. *b. Emotiva*: en dicho enunciado no se pone en conocimiento de otro cierto estado de cosas del mundo, ni se ordena realizar conducta alguna. Tampoco es un enunciado que



opere transformaciones en la realidad. Simplemente, expresa una emoción o sentimiento de sorpresa o enojo.

4. Se trata de una *relación de subordinación del derecho a la religión*, ya que el sistema jurídico adopta como antijurídicas aquellas conductas que no se ajusten a las religiosas. Encontramos una profunda diferencia con un estado laico, donde la esfera religiosa permanece en el ámbito de privacidad de los individuos, por lo que la relación entre ambos sistemas sería de indiferencia.
5. Las respuestas correctas son:
  - a. Es una *postura descriptivista, naturalista, subjetivista*. *Descriptivista*, porque sostiene que es posible emitir juicios morales con pretensiones de verdad; *naturalista* porque hace referencia a cualidades naturales del fenómeno descrito y *subjetivista*, porque dichas cualidades son precisamente, las actitudes que generan en los individuos, en este caso, colectivamente.
  - b. Es una *postura objetivista no naturalista*, vale decir “*intuicionista*”. Es “algo dentro” que permite reconocer lo que está mal, es precisamente la intuición moral.
  - c. Es una *postura objetivista, no naturalista, pero en este caso “subjetivista”*. El sujeto no-natural capaz de determinar lo correcto, no es otro que Dios, por lo que se conoce esta concepción como la teoría del mandato divino.
  - d. Se trata de una concepción *emotivista*, que sostiene la imposibilidad de emitir juicios morales de carácter descriptivo. Dichas concepciones sostienen que los juicios morales son equivalentes a meras expresiones emotivas.

## Unidad 2. Concepciones morales y teorías de la justicia

1. Las respuestas correctas son:
  - a. *Justicia de la norma*: el juicio moral se efectúa sobre las cualidades de la norma en cuestión.
  - b. *Justicia del agente*: la corrección moral viene de la mano del sujeto encargado de impartir justicia.

- c. *Justicia del acto*: la expresión no hace referencia a la corrección moral de la norma aplicable, sino del resultado de su aplicación al caso concreto.
2. Las respuestas correctas son:
  - a. *Teleológica*: es la finalidad de obtención de la beca lo que motiva al agente a ser un buen alumno y no el valor del aprendizaje en sí mismo.
  - b. *Deontológica*: el agente se motiva en la norma moral, no para obtener un beneficio o por temor a una represalia, sino que actúa como considera correcto.
  - c. *Teleológica*: la justificación de una medida se efectúa en base a los supuestos beneficios que traerá aparejados.
  - d. *Deontológica*: se trata de una frase muy difundida que claramente expresa el ideal de las posturas deontológicas, la corrección moral no puede ser justificada por las consecuencias del acto, sino que la moral es un fin en sí mismo.
3. No existe una respuesta correcta sino que se trata de una invitación a reflexionar sobre el material de estudio y vincular distintos puntos.
4. La respuesta correcta es:
  - a. *Ley eterna*: ya que es definida como el plan de Dios para el mundo. Una parte de ese plan es expresamente revelado bajo la forma de ley divina. De ella también deriva el derecho natural, deducido a través de la razón. Por último, la ley positiva que debe ajustar su contenido a dichas normas.
5. La respuesta correcta es:
  - b. *Consecuencialista*: precisamente porque la teoría de Kant es deontológica, no hace depender la corrección moral del resultado de las acciones.
6. La respuesta correcta es:
  - a. Porque dicha frase corresponde a Kant, cuyo pensamiento se ubica en las antípodas de la teoría de Bentham, ya

que la teoría de este último es teleológica y la corrección moral es medida en términos de mayor felicidad para el mayor número.

7. La respuesta correcta es: *La Sociedad 1*, ya que si bien hay desigualdades, el que se encuentra en la peor condición se encuentra en mejor situación que en la sociedad absolutamente igualitaria. Sería el resultado de la aplicación de la “regla maximin”.
8. No existe una respuesta correcta sino que se trata de una invitación a reflexionar sobre el material de estudio y vincularlo con las normas de nuestro sistema jurídico.  
Solo a título ilustrativo, podrían citarse artículos como el 14 –en lo atinente a publicar las ideas sin censura previa, a enseñar y aprender, a peticionar–, el 32 relativo a la libertad de imprenta, el 37 relativo al sufragio universal y el 39 en cuanto a la iniciativa parlamentaria.

### Unidad 3. El papel del juez

1. Se trata de un típico ejemplo de formalismo jurídico, tomado precisamente del debate sostenido entre Sebastián Soler y Genaro Carrió en la obra *Notas sobre derecho y lenguaje*.
2. No existe una respuesta correcta, sino que se invita a la reflexión sobre la falta de certezas sobre el resultado de la actividad judicial, denunciada por el realismo jurídico norteamericano.
3. El vínculo con el contexto de “textura abierta” se encuentra precisamente en cómo era imposible para el constituyente de 1853 pensar en la idea de navegación aérea. En su momento, el concepto de navegación parecía ser claro y preciso, podía navegarse en mares y ríos. Sin embargo, los cambios tecnológicos hicieron aparecer nuevos sentidos del término.

4. El “modelo del código” propio del derecho liberal, presupone una racionalidad *deductiva y lineal* y una concepción del tiempo *orientada a un futuro controlado*; mientras que el “modelo del dossier” del estado social implica una racionalidad *inductiva* y un tiempo *instantánea y desechable después de uso*.
5. Las llama *antinomias*. Se trata de normas que si bien han sido creadas siguiendo los procedimientos formalmente previstos, su contenido no se ajusta a los aspectos sustanciales de las normas superiores.
6. Las llama *lagunas*. Se trata de contenidos previstos en los niveles más altos de los ordenamientos que no han entrado en vigencia por no haberse seguido los procedimientos de creación de las normas que los tornen derecho vigente.
7. Las respuestas correctas son:
  - a. *Falso*. La democracia sustancial hace referencia a aquel conjunto de derechos garantizados en los niveles más altos de los ordenamientos más allá de aspectos procedimentales. El quién y el cómo responden a la idea de democracia formal o política.
  - b. *Verdadero*. Para Ferrajoli los derechos fundamentales se caracterizan por pertenecer a la esfera de lo indisponible o indecible. Se trata precisamente del aspecto sustancial o material de la democracia.
8. La respuesta correcta es la:
  - b. *Sustancial*. Se fundamenta en la democracia sustancial toda vez que su legitimidad no proviene de su método de elección sino de su función de garante de los derechos fundamentales.
9. La respuesta correcta es la:
  - c. *Elegir los significados compatibles con las normas constitucionales sustanciales*. En el modelo garantista propuesto por Ferrajoli, los jueces tienen el deber de aplicar la ley, pero

siempre y cuando ella además de encontrarse vigente, resulte válida, es decir que su contenido sea coherente con los niveles más altos del ordenamiento.

10. Las respuestas correctas son:
  - a. *Falso*. Una concepción de fuerte carga ideológica, que pretende mostrar a la actividad judicial como técnica y neutral, desconociendo que tanto en la determinación e interpretación de las normas, como en la construcción de los hechos intervienen múltiples factores.
  - b. *Verdadero*. Desde el pensamiento crítico se cuestiona el carácter puramente cognoscitivo de la actividad interpretativa. Al ser el derecho una práctica social los operadores jurídicos conjugan un multiplicidad de saberes, tradiciones y sentidos, no siempre explícitos o conscientes.
  - c. *Verdadero*. Parte de los aportes de las teorías críticas, consisten en una tarea de deconstrucción, que permiten demostrar cómo por su carácter ideológico, las decisiones judiciales por las que se determina el sentido de las normas, no siempre responden a los motivos explícitamente reconocidos.
  - d. *Falso*. El ideal del juez como boca que pronuncia las palabras de la ley, sostenido por la ciencia jurídica burguesa a partir de la Revolución Francesa, es puesto fuertemente en cuestión por el pensamiento jurídico crítico, que destaca la dimensión necesariamente política de la función judicial.

## Unidad 4. La ética judicial y sus principios

1. No existe una respuesta correcta sino que se busca que el lector advierta cómo los problemas vinculados a la ética profesional no son patrimonio exclusivo de la reflexión filosófica, sino que atraviesan nuestra vida cotidiana.
2. No existe una respuesta correcta sino que se busca que el lector advierta cómo el Código iberoamericano, al tratarse

precisamente de un código “modelo” tiene profundas coincidencias con la enorme mayoría de los documentos análogos vigentes en distintas jurisdicciones.

3. Se vincula principalmente con el principio de *integridad*.
4. Se vincula principalmente con el principio de *independencia*.
5. No existe una respuesta correcta sino que se pretende que el lector reflexione sobre cómo la discusión en torno al “buen juez” antecede históricamente al concepto eminentemente moderno que lo vincula al mero “conocimiento técnico”.

## Bibliografía

ATIENZA, Manuel, “Ética judicial”, en *Revista Jueces para la democracia*, N° 40, 2001.

CÁRCOVA, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

\_\_\_\_\_, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

\_\_\_\_\_, “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en AA. VV., *Desde otra mirada*, Eudeba, 2001.

\_\_\_\_\_, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979.

COSSIO, Carlos, “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”, *La Ley*, 1962, T. 108: 1088-1092.

DOUGLAS PRICE, Jorge, “Aproximación conceptual a la ética aplicada” y “Problemas de la ética judicial”, ponencias presentadas en el Seminario de Ética e Independencia del Poder Judicial, Sesiones de Jueces de Segunda Instancia de las Provincias Argentinas, Córdoba, 2004.

DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2000. Esta obra ha sido editada también en portugués, *Entre a Lei e o Direito* (trad. de Amilton Bueno de Carvalho y Salo de Carvalho), Río de Janeiro, Editorial Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_, “De cómo los cántaros se volvieron fuentes”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 29, 2011, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2012.

DWORKIN, Roland, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

\_\_\_\_\_, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en *El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 3ª ed., 1999.

FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, CEAL, 1968.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.

HART, Herbert L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

HOLMES, Oliver W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.

HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición ampliada y revisada, 2003.

OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, en *Doxa-14*, Alicante, 1993.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2000.



RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.

SOLER, Sebastián, *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956.