

CÓDIGOS ÉTICOS Y FUNCIÓN PÚBLICA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

Ethical Codes and Public Service. An Approach from the Theory of Law

José Manuel Cabra Apalategui¹
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga
jcabra@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp19-41](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp19-41)

Recibido: 31.10.2019

Aceptado: 21.11.2019

Resumen

En las dos últimas décadas ha tenido lugar una eclosión de códigos éticos y códigos de conducta para los funcionarios públicos. En este trabajo analizaré algunos aspectos relevantes de la ética para la función pública, comenzando por sus relaciones con otros órdenes normativos y las razones que explican su lugar específico en el universo normativo (Sección 1). Seguidamente, se pondrá el foco en sus fundamentos políticos, pragmáticos y motivacionales (Sección 2). Finalmente, se señalarán algunos de los problemas a los que se enfrenta la codificación de valores éticos, principios morales y reglas de conducta de la función pública (Sección 3), con especial atención a la ética judicial (Sección 4).

Palabras clave

Ética pública, código ético, valores públicos, ética judicial.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

Abstract

An emergence of Ethics Codes and Codes of Conduct for public officers has taken place in the last two decades. In this paper, some important aspects regarding Public Ethics will be discussed, starting with its relations with other normative orders and the reasons that explain its specific place within the normative univers (Section 1). Next, I will focus on its political, pragmatic and motivational foundations (Section 2). Finally, I will point out some problems that codification of ethical values, moral principles and rules of conduct for public officials faces (Section 3), and pay special attention to judicial ethics (Section 4).

Keywords

Public Ethics, ethical code, public values, judicial ethics.

SUMARIO: I. EL LUGAR DE LA ÉTICA PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL UNIVERSO NORMATIVO. II. JUSTIFICACIÓN Y FUNCIONES DE UNA ÉTICA PROFESIONAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA. 1. *Razones políticas*. 2. *Razones prácticas*. 3. *Cultura ética*. III. LOS CÓDIGOS ÉTICOS PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA. 1. *Códigos éticos y códigos de conducta*. 2. *Valores y principios de la ética pública*. IV. ÉTICA JUDICIAL Y TEORÍA DEL DERECHO. V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

I. EL LUGAR DE LA ÉTICA PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL UNIVERSO NORMATIVO

Apenas seis días después de ser nombrado, el Ministro de Cultura del Gobierno de España se vio forzado a dimitir de su cargo como consecuencia de la publicación en los medios de comunicación de una información relativa a una sentencia en materia fiscal que condenaba al entonces escritor y presentador de televisión a pagar una determinada suma a la Hacienda pública. El problema en cuestión era si los ingresos por la actividad profesional del Sr. Ministro, que era gestionada a través de una sociedad, tributaban como ingresos de la sociedad (como, por cierto, se venía haciendo por numerosos profesionales de los medios de comunicación hasta ese momento) o como rentas personales, siendo el tipo del impuesto de sociedades considerablemente más bajo que el del impuesto sobre la renta de las personas físicas. No se trataba, por tanto, de la acusación de evasión de impuestos, blanqueo de capitales, o de la comisión de cualquier otro delito fiscal, sino de una discrepancia entre un ciudadano y la Agencia Tributaria acerca de cómo debían tributar dichos ingresos. El problema es que el Presidente del Gobierno que lo nombró había afirmado solemnemente, cuando ejercía como jefe de la oposición, que si algún miembro de la ejecutiva de su partido tuviera una sociedad interpuesta para pagar menos impuestos, sería expulsado de la misma. *A fortiori* tampoco podría ser ministro de su gabinete quien se ocultara tras una sociedad mercantil a efectos tributarios. Tres meses más tarde, dimitió la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, al conocerse algunas irregularidades en la obtención de un título de Maestría. Además de la modificación injustificada de calificaciones en el expediente, lo que determinó la caída de la Ministra fue la acusación de plagio que afectaba a diecinueve de las cincuenta y dos páginas de que constaba su Trabajo de Fin de Master, que incluía textos de otros autores a los que no se mencionaba ni a pie de página ni en la bibliografía. Nada que pueda extrañar a quien haya dirigido este tipo de trabajos.

Con posterioridad, se ha sabido que al menos otros dos miembros del Gobierno gestionaban parte de su patrimonio personal a través de sociedades; que la Portavoz ocultó datos sobre su patrimonio en la declaración de

propiedades e intereses que los cargos públicos deben realizar al momento de su ingreso en el puesto institucional; se han publicado grabaciones de la ahora Ministra de Justicia cuando era Fiscal de la Audiencia Nacional que la relacionan con el hampa policial y evidencian su conocimiento de actividades ilegales y prácticas que no pueden calificarse sino de mafiosas; y, en fin, hasta el propio presidente, se ha visto salpicado por las sospechas –más que fundadas– sobre la autoría de su tesis doctoral. La dimisión de cualquiera de ellos habría tenido un coste político difícil de asumir para un Gobierno que accedió al poder por el mecanismo constitucional de la moción de censura, precisamente, para sustituir a un ejecutivo acuciado por los escándalos de corrupción del partido que lo sustentaba. Y, como era de esperar en buena lógica política, ninguno lo hizo. Aunque se trate de un caso particular, resulta significativo del limitado alcance práctico de determinados principios y estándares cuando otros intereses políticos están en juego.

Volvamos por ahora al Ministro de Cultura. Cualquier estudiante de primer curso de Derecho está familiarizado con los intentos de la Teoría del derecho por distinguir su objeto de estudio –el Derecho– de, al menos, otros dos sistemas normativos, a saber, la moral –*ideal* (dimensión prescriptiva) o *social* (dimensión descriptiva)– y los usos sociales. Pero el reproche y posterior dimisión del Ministro no se justifica por el incumplimiento de normas jurídicas, morales o sociales. En sentido estricto, no cometió un delito o una infracción, sino que se produjo un desacuerdo en la calificación de unos ingresos a efectos fiscales. Tampoco incumplió una obligación moral. Ciertamente, estamos moralmente obligados a contribuir al bien común y a participar, mediante el pago de impuestos, en la asistencia a los más desfavorecidos de la sociedad. Sin embargo, no estamos obligados a hacerlo en mayor medida de lo que la ley establece o permite; lo que incluye el recurso a instrumentos jurídicos que no incurran en fraude de ley para obtener un tratamiento fiscal más favorable. En materia tributaria, no hay obligaciones morales más allá de la legalidad. O dicho en otros términos, pertenece al campo de lo supererogatorio –a la filantropía– asumir obligaciones tributarias que excedan el mínimo legal exigible. Y, por último, tampoco supone la vulneración de una regla social, especialmente en un país, como España, donde la picaresca tiene todavía cierto prestigio social. Entonces, ¿que justifica el reproche y las consecuencias? La respuesta no puede ser, simplemente, que el Ministro incumplió las pautas éticas autoimpuestas por el presidente cuando todavía era jefe de la oposición. Efectivamente, lo hizo, pero la incorporación al discurso político de este tipo de exigencias éticas a los cargos públicos no es un hecho aislado; antes al contrario, responde a un proceso más amplio, el de la inclusión de una ética para la función pública en el universo normativo.

La coexistencia de distintos sistemas normativos –la moral, el derecho, usos sociales, moral religiosa, etc.– es propio de sociedades complejas y

pluralistas. En el grupo social primitivo, monolítico y homogéneo, el código normativo es uno y el mismo y a él pertenecen indistintamente normas que hoy clasificaríamos como de muy diversa índole: moral, religiosa o, incluso, reglas relativas a la higiene y la salubridad. Puede decirse que cada episodio de fragmentación del orden normativo primitivo responde a un momento histórico determinado. Esta es, en parte, la tesis de Radbruch, cuando sostiene que entre los usos sociales, por un lado, y el derecho y la moral, por otro, existe una conexión histórica antes que sistemática y que éstos, los usos sociales, son la materia de la que se nutren aquellos: «El destino del convencionalismo social es –escribe Radbruch– el de ser absorbido por el Derecho y la moral, luego que él preparó e hizo posibles tanto el Derecho como la moral»². No debe perderse de vista, sin embargo, que ni todos los usos sociales están destinados a ser absorbidos por el derecho o la moral, ni aquellas normas que son incorporadas al derecho o a la moral, o a ambos, pierden su condición de regla social. Entre los distintos sistemas normativos se producen continuas transferencias de contenido, si bien en muchos casos pierden su condición originaria, de manera que cada uno de esos sistemas normativos cumple su función social a su modo. Por lo dicho, no es posible establecer una hipótesis general en relación con los usos sociales que permita señalar el momento histórico en que aparecen las formas jurídicas como diferenciadas de las reglas sociales; en cambio, parece existir un consenso bastante amplio en situar la separación del derecho y la moral en la modernidad y, más concretamente, en las reivindicaciones de tolerancia y libertad religiosa.

Un ensayo de genealogía de la ética para la función pública como elemento autónomo del universo normativo, debe atender tanto a los antecedentes inmediatos, como a un contexto filosófico y político de más largo alcance. La eclosión de códigos éticos en cualquiera de sus formas: declaraciones de valores, códigos de buen gobierno, códigos de conducta, etc., tiene su origen en las actividades de dos instituciones anglosajonas, el *Office of Government Ethics* de los Estados Unidos y el *Committee on Standards in Public Life*, cuyo primer presidente, Lord Nolan, dio nombre al informe que establece los valores y estándares de referencia en la ética pública. Igualmente, suele asociarse a lo que se conoce como «New Public Management» o *gerencialismo*, que supuso, a partir de la década de los 90, la modernización del sector público, la incorporación de criterios de organización y eficacia de la empresa privada (en muchos casos, mediante la privatización de servicios públicos) y, en general, la adopción de la cultura de los resultados en la gestión de servicios públicos. No obstante, la revolución ética que afecta a todo el sector público, desde los cargos electos, hasta el funcionario de a pie, no se entiende si no es

² Radbruch, G. *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina de Echeverría (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959) 66.

en el marco de una concepción racional–democrática de la legitimidad y la extraordinaria expansión del aparato estatal en el último siglo. La relación entre los ciudadanos y el Estado, entendida ahora como una relación de servicio y protección de los derechos fundamentales, plantea una exigencias de justificación del poder político en todos sus niveles que, en muchos casos, va más allá de la mera legalidad. Cabe aventurar que, cuanto mayores sean los ámbitos de la vida en los que interviene el Estado, mayor será la relevancia social y política de la ética para la función pública.

La existencia de diversos sistemas normativos genera lo que ha dado en llamarse como «campo de fuerzas deóntico»³ para expresar las potenciales tensiones que se producen entre ellos. Quienes ocupan cargos públicos electos, así como los trabajadores de la Administración están sometidos a un «campo de fuerzas deóntico» complejo que incorpora, al menos, cinco órdenes normativos. En primer lugar, la moral ideal o moral en primera persona. En tanto que agentes morales, capaces de razón práctica y, por tanto, de discernir lo que es correcto de lo que no lo es, toda persona reconoce sus propios valores o principios éticos. Segundo, el de las reglas sociales. Salvo excepciones –que más que eso, son anomalías–, los hombres crecemos en comunidad. La integración social consiste precisamente en el aprendizaje y puesta en práctica de reglas convencionales en muy diversos contextos: desde las reglas de urbanidad en lugares públicos, de educación a la mesa o la (anacrónica) pedida de mano previa al matrimonio, hasta el respeto por la propiedad ajena o la integridad física y moral. Ese proceso de integración moldea, aunque no determina definitivamente los valores morales de la persona. En las sociedades plurales resulta difícil identificar un único patrón de sociabilidad. Por otro lado, la convivencia pacífica con quienes no comparten nuestros valores morales sólo es posible desde la tolerancia. Esto significa evitar, por un lado, el fundamentalismo que impone unos valores morales como únicos y absolutos, y, por otro, el relativismo disolvente incapaz de discriminación entre las reglas y prácticas sociales justas y beneficiosas y aquellas que no lo son. Un patrón moral común de mínimos, compatible con diferentes concepciones del bien, es condición necesaria para esa convivencia. Los derechos humanos y la razonabilidad en el sentido de Rawls definen un tercer elemento, que podemos denominar razón pública, de este campo de fuerzas deóntico. El respeto a los derechos en que se encarna la razón pública, así como a aquellas reglas sociales más importantes para la supervivencia del grupo, son garantizados mediante normas y procedimientos jurídicos. El derecho es, por tanto, el cuarto elemento del campo de fuerzas deóntico. Por último, cabría incluir en este esquema la ética profesional. Quienes ocupan

³ Villoria Mendieta, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», *Encuentros multidisciplinares* 39 (2011), 42–50.

un cargo público o desarrollan su actividad profesional en el sector público están sujetos a los códigos normativos que hemos denominado en un sentido genérico ética del sector público, del mismo modo que quienes lo hacen en el ámbito privado están sujetos a los códigos deontológicos de su respectiva profesión (hay casos, como el de los profesionales sanitarios que trabajan en el sector público en que están sujetos a ambos códigos).

Con todo, aún podría cuestionarse la consideración como código normativo autónomo de la ética profesional y, en particular, la ética para la función pública. Si se aborda la ética profesional desde el punto de vista de la persona y su conciencia individual, se tendrá por una parte de la moral ideal; en cambio, si se le considera como una moral corporativa que encuentra su fundamento en el rol institucional asociado al ejercicio de determinadas profesiones, especialmente de las profesiones liberales, se ubicará en la órbita de las reglas sociales. Por último, desde un punto de vista estrictamente iuspositivista, cabría negar carta de naturaleza a la ética profesional, afirmando que el desempeño profesional, ya sea en el ámbito privado o en el público, no están sujetos a más normas que aquellas normas jurídicas que regulen dicho ejercicio. O dicho de otro modo, no existiría más ética profesional que aquella que hubiera sido incorporada al ordenamiento y resulte jurídicamente vinculante⁴.

Aunque el ejercicio profesional es un aspecto más de la biografía personal que supone una conexión inevitable con la moral ideal o la razón práctica⁵, hay buenas razones para no reducir el sentido de la ética profesional a éstas. Principalmente, que el rol o la imagen institucional que se asocia al ejercicio de una determinada profesión generan una confianza y unas expectativas sociales que no tienen su fundamento ni en la persona, ni en la conciencia individual del profesional, sino, precisamente en el conjunto de valores, cualidades y capacitación que se presumen a los miembros de cada grupo profesional. La moral social o corporativa, por tanto, no sólo incorpora nuevas exigencias éticas que pueden no formar parte de las convicciones íntimas de los profesionales, sino que, además, y sobre todo, proporciona razones para actuar en un sentido distinto al que le dicta su conciencia. En la práctica de la profesión uno no puede abandonarse a las preferencias o convicciones

⁴ Sobre la distinción de la deontología profesional como ética, como moral social y como norma jurídica, vid. Rodríguez Toubes, J. «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 20 (2010), 92-118.

⁵ Estoy de acuerdo con el Prof. Ollero cuando escribe que la invocación a lo profesional no puede entenderse como un «refugio en una dimensión presuntamente neutra o técnica» que signifique la suspensión de las convicciones morales, Ollero Tasara, A. «Deontología jurídica y derechos humanos», en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología* (2 vols.) (Murcia: UCAM-AEDOS, 2003) 53-72, cita en pág. 56.

personales e ignorar cómo se espera por parte de la sociedad que sea el comportamiento del profesional (por ejemplo, no se espera de un abogado que realice un reproche moral a su defendido, aunque los actos cometidos por éste resulten merecedores de aquél; tampoco se espera de un asesor fiscal que sea un puritano de los impuestos; que un profesor se dedique a adoctrinar ideológicamente a sus alumnos; o que un banquero juegue ser Robin Hood traspasando dinero de las cuentas de sus clientes más ricos a las de los más necesitados, aunque esté convencido, según los principios de su moral personal, de que eso y no otra cosa es lo que debe hacer; esto último, además, sería un comportamiento constitutivo de delito, naturalmente); no basta con atender a nuestras convicciones; debemos tener en cuenta las *expectativas legítimas* de la sociedad y, especialmente, las de aquellos que han depositado su confianza en nosotros, no por ser *quienes* somos (Fulano, Mengano), sino por ser lo *que* somos (abogados, médicos, etc.). Esta confianza institucional implica una responsabilidad correlativa por esos valores y cualidades que se presumen en el profesional y que puede suponer una responsabilidad cualificada, lo que explica que algunas conductas, cuando son realizadas por determinados profesionales o cargos, sean merecedoras de un mayor reproche moral y jurídico (por ejemplo, el médico que provoca negligentemente –no digamos ya dolosamente– la muerte de los pacientes que están a su cargo o el policía que mata a un detenido). Por último, y abundando en la relevancia de la dimensión social de la ética profesional, merece consideración un concepto estrechamente unido a los ya mencionados de confianza y responsabilidad institucional y ajeno al de la moral ideal: el de apariencia⁶. La confianza institucional únicamente se ve confirmada a partir de la apariencia de eticidad y capacitación técnica del profesional. Por supuesto, la apariencia no es condición suficiente para predicar la corrección de una conducta, pero es condición necesaria: para ser completa, la actuación del profesional no sólo debe ser correcta, sino ser reconocida como tal. Si desde el punto de vista de la moral individual la intención es esencial, el asunto es totalmente distinto desde el punto de vista de la moral social, porque la confianza sólo puede fundarse en las manifestaciones externas de nuestras acciones. Por otro lado, tampoco parece que las normas jurídicas que regulan el acceso y ejercicio de una profesión puedan agotar –y, probablemente, tampoco sea conveniente que lo hagan– el campo de lo «profesionalmente correcto», aunque estemos asistiendo a la expansión del derecho a ámbitos que eran propios de la deontología de las profesiones liberales, como la regulación de honorarios, la publicidad o el secreto profesional.

⁶ Vid. Ollero Tasara «Deontología jurídica y derechos humanos», 60.

En todo caso, me parece que aciertan quienes sitúan la autonomía de la ética profesional en el terreno de lo excepcional⁷. Cuando los códigos éticos o deontológicos se limitan a reproducir valores o normas morales generales o a reiterar obligaciones y prohibiciones jurídicas, la ética profesional resulta redundante, bien respecto a la moral o bien respecto al derecho. La ética profesional adquiere sentido propio cuando regula dos tipos de situaciones especiales. En primer lugar, cuando una pauta moral ordinaria adquiere especial importancia en el ejercicio de una profesión, como es el caso del secreto profesional de médicos o abogados. La especial importancia de una pauta moral ordinaria en el desempeño profesional se puede manifestar de dos modos: mediante la imposición de unas consecuencias más graves de las que tiene una vulneración ordinaria de esa norma, o mediante una interpretación extensiva de las normas que establecen obligaciones o una interpretación restrictiva de las normas facultativas, de manera que derivan de las mismas unos niveles más altos de exigencia, como sucede en el episodio del Ministro de Cultura y la escrupulosidad fiscal exigida a los miembros del Gobierno, que excede lo permitido por la ley y lo exigido por la moral. El segundo tipo de situaciones especiales que justifican la existencia de una ética profesional se produce cuando el desempeño de las actividades propias de la profesión contravienen obligaciones morales generales, como ocurre con la obligación general de denunciar a las autoridades la comisión de un delito cuando son un abogado o un cura en el ejercicio de sus funciones quienes tiene conocimiento del hecho. En este segundo caso, se produce un conflicto entre los deberes morales generales y los deberes y derechos específicos de una determinada profesión; o más bien, éstos constituyen excepciones de aquellos.

¿Concurren este tipo de situaciones en el ámbito de la función pública? Únicamente se producen situaciones del primer tipo, esto es, la intensificación de exigencias éticas generales; por el contrario, ninguna norma contenida en los códigos éticos para la función pública es contraria a una norma moral general. La explicación la proporcionan las razones y los intereses protegidos que justifican las excepciones establecidas por la ética profesional a las normas morales generales y, en particular, la posibilidad de conflicto entre los intereses privados de los profesionales y el interés público. Las excepciones que la ética profesional impone a las normas morales generales no responden a privilegios históricos de naturaleza gremial o corporativa, sino a que son condición necesaria para que el desempeño profesional

⁷ Hierro Sánchez-Pescador, L. «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», en *El buen jurista. Deontología del derecho*, coord. por Cristina García Pascual (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013) 269–301, aquí, págs. 284–5; García Amado, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VII, 14 (2016), 7–38, aquí, pág. 11.

cumpla con la función social que justifica la propia existencia de la profesión –lo que se denominan bienes *internos* de la profesión⁸–, fijando su límite en la violación de otros bienes de mayor importancia. Pero, ¿son concebibles este tipo de deberes o derechos específicos en el ámbito de la función pública? Creo que no lo son. Y ello, porque este tipo de excepciones vienen dadas por los conflictos entre los intereses privados de los profesionales y sus clientes, por un lado, y los intereses generales, por otro (el caso más evidente es el del abogado que oculta la verdad para defender a su cliente); situación que en el ámbito de la función pública no se plantea o se da por supuesto que cualquier conflicto entre el interés profesional o personal del cargo público y interés general se resuelve siempre a favor de este último⁹.

II. JUSTIFICACIÓN Y FUNCIONES DE UNA ÉTICA PROFESIONAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

Hemos concluido que únicamente la excepcionalidad de comportamientos especialmente virtuosos o de derechos u obligaciones específicas que establecen excepciones a las normas morales generales justifican la existencia de una ética profesional como sistema normativo diferenciado de la moral ideal o las reglas sociales. La eclosión de códigos éticos en las últimas tres décadas que afecta a todos los ámbitos de la función pública, desde el Gobierno hasta los funcionarios de nivel inferior, obligan a analizar las razones que se han argüido a favor de una ética para la función pública y, especialmente, para su articulación en códigos y otros documentos formales. Hay, al menos, tres tipos de razones: razones políticas, razones prácticas y un tercer tipo, que podemos denominar razones de cultura ética.

1. Razones políticas

a) El primero de los argumentos políticos a favor de la ética para la función pública es la *legitimidad*. Una legitimidad que depende ya no sólo de la imparcialidad o neutralidad en los procesos de toma de decisiones y en el

⁸ Sobre el concepto de bienes *internos* y *externos* en el ámbito profesional, vid. Cortina, A. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial* (Madrid: Trotta, 1994), 23.

⁹ Gema Marcilla ha llamado la atención acerca de los diferentes *intereses protegidos* por las deontologías de las profesiones liberales, por un lado, y de la función pública, por otro. Mientras la primera ha de conjugar la defensa del interés general con «salvaguardar la *relación clientela*. Es decir, los intereses particulares del cliente, y velar por el *prestigio del profesional en un contexto competitivo*», la ética para la función pública se debe únicamente al interés general; Marcilla, G. «Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 53 (2019), 263–290.

funcionamiento en general de la Administración, sino también de los resultados. Valores como la legalidad, la honradez, la transparencia o la rendición de cuentas inciden en la legitimidad *institucional* de la Administración, mientras que la efectividad o la eficacia en el servicio y la resolución de los problemas de los ciudadanos afecta a su legitimidad *funcional*. Y como muestran estudios empíricos recientes, la calidad del Gobierno y más específicamente el funcionamiento de la maquinaria administrativa del Estado tiene consecuencias importantes tanto para la legitimidad del sistema político, como para la mayoría de indicadores de bienestar, incluidos la prosperidad económica, la salud y otras variables de tipo subjetivo, como la felicidad o la confianza. Obviamente, esto no quiere decir que los indicadores tradicionales como la garantía de los derechos políticos o los servicios públicos y prestaciones sociales, como las pensiones, la educación gratuita o la seguridad social hayan perdido su importancia, pero lo que los datos muestran es que, sorprendentemente, la calidad del sector administrativo de la maquinaria estatal es tan o más importante para los ciudadanos cuando valoran la legitimidad de un gobierno¹⁰.

b) Directamente con el anterior está el segundo argumento político a favor de los códigos éticos: la lucha contra la *corrupción*. La corrupción no sólo afecta a la legitimidad institucional de la administración, sino que también disminuye sus niveles de eficacia. Los códigos éticos o de conducta son considerados por la mayor parte de los acuerdos internacionales sobre esta cuestión como un instrumento de primer orden en la prevención de la corrupción¹¹, cuya función –esencialmente motivacional y preventiva (*ex ante*)– es complementaria de aquella que cumple el derecho, de tipo disuasorio y represivo (*ex post*).

En otro orden de cosas, la corrupción es uno de los factores más importantes en la pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones. No obstante, como advierte Paul Bew, Presidente hasta 2018 del *Committee on Standards in Public Life*, los esfuerzos institucionales por imponer unos exigentes estándares éticos en la administración, no siempre se ven correspondidos por un incremento en los niveles de confianza de la sociedad; de hecho, las actitud de la gente a este respecto no responde tanto a la experiencia personal, como a sucesos específicos y su repercusión social (esto explicaría que en países que presentan un mismo nivel de corrupción, sean muy distintos los niveles de confianza pública)¹².

¹⁰ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey» *QoG Working Paper Series* (2017), 1–53(https://qog.pol.gu.se/digitalAssets/1663/1663513_2017_12_rothstein_sorak.pdf).

¹¹ Vid, entre otros, la *Convención contra la corrupción de la ONU*, aprobada el 21 de octubre de 2003 (<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>).

¹² Bew, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995–2015», *The Political Quarterly* 86/3 (2015), 411–418. Bew Se refiere

c) El tercer argumento tiene un marcado carácter económico. En el marco de la economía globalizada, las grandes inversiones de las corporaciones multinacionales dependen de la percepción que los operadores económicos tengan no sólo de circunstancias políticas más o menos coyunturales, como la estabilidad o la ideología de los gobiernos, sino también de la percepción que los operadores económicos tengan del funcionamiento del sector público en aquello que pueda afectar a sus intereses, como la regulación de los mercados internos –fundamentalmente, el mercado de trabajo y el financiero– o la seguridad jurídica¹³. El elemento ético, por tanto, puede convertirse en una variable económica a favor de aquellos países en los que sus instituciones en las que se haya erradicado las prácticas corruptas y garanticen el imperio de la ley y la transparencia.

2. Razones prácticas

a) La primera y principal razón de tipo práctico para una ética de la función pública, especialmente cuando está articulada como un código, es que éste opera como *guía de conducta*. Las sociedades contemporáneas presentan un alto nivel de complejidad: las transformaciones científicas y tecnológicas, pero también el pluralismo moral, colocan a los profesionales –esto no es exclusivo de la función pública– en muchas ocasiones frente a dilemas éticos de difícil solución. La ética profesional puede guiar la actuación o, en su caso, la reflexión acerca de cómo actuar, en esas circunstancias.

Otro tipo de situaciones que pueden requerir el auxilio de este tipo de instrumentos son aquellas en las que las normas jurídicas, entendidas como reglas generales y abstractas, se muestran inoperativas, como ocurre en el ámbito de las políticas públicas, en las que la intervención de la administración precisa de un alto grado de flexibilidad y dinamismo –esto es, de discrecionalidad– para atender los objetivos y las necesidades sociales que se pretenden satisfacer con esas políticas.

b) Los códigos éticos son una herramienta útil para clarificar los estándares y principios que deben regir la actuación de los miembros de la administración. Y ello en un doble sentido. En primer lugar, sociológico. La democratización del acceso a la función pública a través de los principios de mérito y capacidad ha proyectado en los cuerpos administrativos, legislativos

expresamente al caso de el Reino Unido y Holanda, que en 2013, arrojaban niveles similares de corrupción (por cierto, los más bajos de la Unión europea), pero mientras el 69% de la población de Reino Unido consideraba la corrupción un problema grave, en Holanda ese porcentaje bajaba al 49%.

¹³ Prieto Romero, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local* (2011), 315–347.

y judiciales la pluralidad social a la que antes me he referido. En muchos de ellos se ha perdido la homogeneidad social e ideológica y se ha puesto en cuestión el arquetipo del profesional o del servidor público¹⁴. El segundo sentido en que los códigos éticos pueden resultar útiles es en sentido técnico-jurídico, al recopilar y sistematizar principios y normas que se encuentran diseminadas en diversos documentos (leyes, declaraciones políticas, etc.).

c) Por último, los códigos éticos pueden resolver conflictos entre los profesionales o entre la administración y los ciudadanos antes de que se eleven a sede judicial.

3. *Cultura ética*

a) La formación y la concienciación acerca de los principios y reglas que deben guiar la conducta de quienes trabajan en el sector público propicia la creación de una *cultura ética* que minimiza o, al menos, disminuye el riesgo de desviaciones en el desempeño de las funciones profesionales¹⁵.

La aportación de los códigos a esta cultura ética se percibe más claramente en la discusión con los escépticos. El argumento escéptico, de manera muy resumida es el siguiente: las buenas personas no necesitan un código ético, saben y están motivados a comportarse como deben hacerlo; en cambio, ningún código convierte a los genuinamente malos en buenas personas y, salvo sanciones muy severas, tendrá poca o ninguna fuerza motivacional. Pero, como ha observado Judith Lichtenberg¹⁶, este argumento asume, primero, que toda persona predispuesta a actuar correctamente sabe en cada caso qué es lo que debe hacer, y, segundo, que el mundo se divide claramente entre personas virtuosas y personas que no lo son. Pero las cosas no funcionan así. Personas que de ninguna manera se comportarían de manera groseramente inmoral, pueden, sin embargo, desviarse del camino de la virtud bajo determinadas circunstancias: que el resultado de nuestra conducta sea muy tentador, que la observancia de la norma tenga un alto coste para nuestros intereses o que las consecuencias para terceros sean menores y/o poco probables. Igualmente, es posible que algunas personas no tengan plena conciencia de que lo que están haciendo es correcto o no lo es, o no son conscientes de

¹⁴ Vid. Atienza, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la democracia* 46 (2003), 43-46, aquí, pág. 43. Aunque Atienza se refiere únicamente al ámbito judicial, creo que el argumento es aplicable a todos los ámbitos de la función pública.

¹⁵ Bew, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995-2015», 414.

¹⁶ Lichtenberg, J. «What Codes of Ethics are for?», en Coady, M. / Bloch, S. (eds.) *Codes of Ethics and the Professions* (Melbourne: Melbourne University Press, 1996).

que una práctica habitual en otro tiempo –recibir regalos o atenciones– es ahora valorada negativamente; es decir, no se han formado una descripción completa y actual de sus prácticas y tampoco evalúan su corrección o no. Estas situaciones –la debilidad de la voluntad de la persona moral estándar o el déficit de autoconciencia reflexiva– pueden verse corregidas, al menos en parte, por los códigos éticos. La tipificación de determinadas conductas incorrectas e indeseables proporcionará razones para la acción en el primer caso, e incrementará la actitud crítica acerca de las propias prácticas, en el segundo.

b) Un segundo aspecto con un alto componente motivacional es la dimensión simbólica de los códigos éticos. Los códigos éticos no son únicamente herramientas de naturaleza práctica que señalan los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la conducta humana, sino que también definen un modelo o ideal: cómo nos vemos a nosotros mismos en tanto que profesionales, pero también cómo queremos que nos vean los demás. Las éticas profesionales, y en particular los códigos éticos, expresan el compromiso con un específico conjunto de valores y principios morales que provocan, simultáneamente, sentimientos de orgullo y responsabilidad por la pertenencia a un determinado grupo profesional¹⁷.

c) La implantación de una cultura ética en la función pública puede ser problemática, especialmente en aquellas sociedades en las que rige lo que se conoce como *familismo amor* (la predisposición a ayudar a «los nuestros» cuando ocupamos un cargo público, o la más fuerte aún disposición de los nuestros a reclamar un trato de favor para sí). La superación de cierta tendencia natural al nepotismo a favor de la imparcialidad y la promoción del bien común exige en muchos casos un proceso de aprendizaje, que puede no ser suficiente. Es en este punto donde los códigos éticos juegan un papel importante. El comportamiento ético tiene en muchos casos un coste personal o social, dado que la denegación de un trato de favor o de ventaja a un familiar puede suponer un reproche del grupo. La existencia de códigos éticos o códigos de conducta revierte completamente la situación, que no se trata ya de una mera decisión personal. El código establece los estándares morales que se esperan de un empleado público y, asimismo, contiene sanciones para quien viole sus normas, de manera que se pasa de no ayudar a un familiar a estar haciendo lo correcto, tanto en un sentido moral como prudencial¹⁸.

¹⁷ Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», Informe para la red Poverty Reduction and Economic Management del Banco Mundial (<https://www.oecd.org/mena/governance/35521418.pdf>), 5–6.

¹⁸ Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 8.

III. LOS CÓDIGOS ÉTICOS PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. *Códigos éticos y códigos de conducta*

Es tal la cantidad de documentos, declaraciones e informes que han aparecido en los últimos años relativos a la ética en la función pública que resulta difícil formular una definición más o menos clara acerca de qué sea un código ético. Algunas cuestiones surgen de manera inmediata en relación con los códigos éticos: ¿cuál es su estatus jurídico?; ¿tienen que ser aprobados por un Parlamento y/o aceptados por alguna alta autoridad del Estado como el Consejo de Estado o podemos hablar de códigos éticos *de facto*? Los estudios comparatistas tanto a nivel internacional¹⁹, como los de derecho interno muestran que no hay respuestas unánimes a estas preguntas. En algunos casos, los códigos éticos están incorporados a leyes, de manera que son aprobados mediante los procedimientos legislativos correspondientes; en otros, en cambio, son meros acuerdos políticos o recomendaciones sin eficacia jurídica.

Por otro lado, encontramos distintas denominaciones: declaraciones de principios, códigos éticos, códigos de conducta, códigos de buen gobierno o código de buenas prácticas. *Grosso modo*, las diferencias entre los distintos tipos de documentos son las siguientes²⁰: los *códigos éticos* contienen los valores y principios morales que deben guiar la conducta de los miembros o empleados de una institución u organización; los *códigos de conducta* definen de forma más precisa los comportamientos que se esperan o exigen, mediante la eventual inclusión de sanciones, de los empleados miembros o empleados de una institución u organización; los *códigos de buen gobierno* establecen principios y estándares de actuación para los órganos de gobierno o dirección de una institución u organización, regulan aspectos estructurales de la organización, como el marco de relaciones entre el gobierno y la administración, con otras instituciones o con la ciudadanía, y fijan sus compromisos y objetivos éticos. No obstante, ocurre que bajo distintas denominaciones encontramos instrumentos normativos esencialmente iguales; por el contrario, reciben la misma denominación documentos cuyo contenido difiere en aspectos relevantes. Por otro lado, resulta bastante frecuente que los

¹⁹ Al ya mencionado estudio de Rothstein / Soral («Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey»), hay que sumar el informe pionero de Moilanen / Salminen de 2006 para la European Public Administration Network (EUPAN), relativo a la cuestión en los Estados de la Unión Europea (Moilanen, T. / Salminen, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states» (<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan047469.pdf>)).

²⁰ Prieto Romero, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», 317, nota 3.

documentos de carácter ético, independientemente de cuál sea su encabezamiento, contengan elementos de las tres categorías: un catálogo de valores o principios, reglas de conducta y, en menor medida, pautas estructurales de organización.

Sea como sea, parece oportuno diferenciar dos momentos o fases en el desarrollo²¹ de las éticas para la función pública, que se corresponderían, respectivamente, con los modelos típicos de los códigos éticos y los códigos de conducta²².

Los códigos *éticos* tienen como función primera la identificación de un conjunto de valores y principios (*core values*) que deben informar tanto el desempeño profesional de los empleados públicos como la legislación específica en la materia y su interpretación. Este conjunto de principios y valores expresa un ideal o un modelo de excelencia para la función pública. No corresponde, por tanto, a los códigos éticos establecer reglas específicas que articulen estos valores y permitan su aplicación a situaciones concretas. Así, el código ético reconocerá como uno de los valores de la ética para la función pública la transparencia, pero no establecerá pautas o directrices acerca de, por ejemplo, cómo deben comportarse los empleados públicos frente a la ciudadanía en asuntos que se encuentran en proceso de tramitación. Los códigos éticos no contienen un catálogo detallado y específico de prohibiciones y, en su caso, sanciones, sino que tienen un carácter positivo y promocional. Esto no significa que los códigos éticos carezcan de relevancia práctica, pues son precisamente estos valores y principios los que se esperan de los empleados públicos cuando afrontan situaciones éticamente difíciles, poco claras o impredecibles.

En cuanto a los códigos de *conducta*, éstos deben proporcionar directrices en forma de reglas de acción, aunque resulta aventurado realizar afirmaciones generales acerca de si los códigos de conducta contienen más prohibiciones que obligaciones²³. Quizás, esta característica dependa del carácter más o menos preventivo del código: un código diseñado para anticipar y prevenir

²¹ No se trata –debe advertirse– de una aproximación evolutiva o diacrónica, sino lógico–sistemática, aunque es posible que estas fases se sucedan en el tiempo.

²² Vid. Moilanen, T. / Salminen, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states», 10; Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 12 y ss.

²³ En este sentido Gilman afirma que los códigos de conducta se centran en los «do nots» (Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 16); sin embargo, y por poner un (contra)ejemplo cercano, el código de conducta de los arts. 52 a 54 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), apenas contiene prohibiciones.

situaciones como los conflictos de intereses, el pago de sobornos, las llamadas «puertas giratorias» u otras conductas inapropiadas, contendrá más prohibiciones que obligaciones; por el contrario, un código de conducta orientado a la concreción de valores y principios éticos abstractos, cuya función es más orientativa que de otro tipo, estará articulado principalmente en forma de obligaciones.

Como hemos apuntado, esta distinción entre los códigos éticos y los códigos de conducta no siempre se refleja en la estructura o el contenido de los distintos documentos regulativos de la ética en la función pública, al margen de cuál sea su denominación. No obstante, existe entre ambos códigos tipo –o entre ambas fases de desarrollo de una ética para la función pública– una relación de complementariedad: es a partir de la reflexión y deliberación acerca de la implantación y realización de los valores y principios generales que se establecen directrices sistemáticas y detalladas para el desempeño de la función pública²⁴. De hecho, cabría esperar un mayor grado de sistematización en este sentido, de manera que un mismo código ético pudiera ser objeto, mediante las adaptaciones pertinentes, de diversos desarrollos sectoriales en distintos ámbitos e, incluso, en distintas agencias o instituciones públicas.

2. Valores y principios de la ética pública

Existe un alto grado de consenso global acerca de cuáles son los valores que integran la ética de la función pública. La literatura especializada y las propias organizaciones internacionales se refieren a estos, como los valores nucleares (*core values*) de la ética para la función pública. En 1995 el *Committee on Standards in Public Life* británico definió siete principios rectores –integridad, responsabilidad, asunción del interés público, objetividad, transparencia, honestidad y liderazgo– que han servido de referencia para documentos posteriores. Cuando en el año 2000 la OCDE analizó los valores sobre los que se articulaban las regulaciones y prácticas de sus miembros en materia de ética pública se identificaron ocho valores nucleares –imparcialidad, legalidad, integridad, transparencia, eficiencia, equidad, responsabilidad y justicia²⁵– que, como es de esperar, presentan un alto grado de coincidencia con los del *Informe Nolan*.

Desde el punto de vista ético, la identificación y la aceptación de estos valores no plantea problemas; tampoco su condición de valores nucleares.

²⁴ Un ejemplo significativo de este desarrollo a partir de los valores o principios generales lo constituye el informe anual del *Committee on Standards in Public Life* de 2016 «*Striking the Balance. Upholding the Seven Principles of Public Life in Regulation*».

²⁵ Vid. el informe de la OCDE, *Trust in Government, Ethics Measures in OCDE countries* (<https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>).

Las dificultades surgen cuando se constata – de nuevo, los estudios comparatistas resultan útiles en este punto– que cada uno de esos valores nucleares representa una especie de meta–valor que comprende otros múltiples valores²⁶. Ya sea bajo la etiqueta de «polos de integridad»²⁷, «constelaciones de valores» (*constellations of values*)²⁸ o «agrupaciones de valores nucleares» (*core value clusters*)²⁹, los diversos ensayos de sistematización reproducen de uno u otro modo el mismo esquema. Los valores nucleares expresan conceptos éticos abstractos y complejos, cuyo significado y alcance exige identificar aquellos valores más específicos que los componen.

Para apreciar la dimensión de esta dificultad nos detendremos en uno de los trabajos más recientes. Rothstein y Soral han identificado, a partir de los patrones que resultan de los estudios empíricos, nueve de estos grupos de valores: imparcialidad, sinceridad, integridad, legalidad, lealtad, igualdad de trato, confiabilidad, servicio y profesionalidad, cada una de las cuales, a su vez, está integrada por varios valores o ideas asociadas al valor de referencia. Así, la *imparcialidad* agrupa los valores de imparcialidad (*impartiality*), objetividad (*objectivity*), neutralidad o independencia política (*political neutrality*), equidad (*fairness*) y ausencia de sesgos (*unbiased*); la *sinceridad* abarca los de sinceridad (*openness*), transparencia (*transparency*), concurso público (*open competition*), transparencia patrimonial (*personal financial transparency*), discreción (*secrecy*) y confidencialidad (*confidentiality of government documents*); la *integridad* se identifica con los valores de integridad (*integrity*), sinceridad (*honesty*), veracidad (*truthfulness*), honorabilidad (*honor*), confidencialidad (*confidentiality of clients*), privacidad (*privacy*), anonimato (*anonymity*), legitimidad (*legitimacy*), decoro (*decency*), rendición de cuentas (*accountability*), conducta virtuosa (*ethical conduct*), respetabilidad (*respectability*), interés público (*public interest*), confianza pública (*public trust*), delación de conductas desviadas (*reporting misconducts*), salvaguarda del patrimonio público (*safeguarding public funds and properties*), autocontrol (*discipline*), austeridad (*austerity*) y responsabilidad económica (*personal financial responsibility*); etc³⁰.

²⁶ Beck Jorgensen / Bozeman han identificado en la literatura especializada nada menos que 72 valores; Beck Jorgensen, T. / Bozeman, B. «Public Values. An Inventory», *Administration & Society* 39, nº 3 (2007), 354–381, especialmente, p. 358.

²⁷ Villoria Mendieta, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», p. 7.

²⁸ Beck Jorgensen, T. / Bozeman, B. «Public Values. An Inventory», 359 y ss.

²⁹ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey», 20.

³⁰ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey», 23.

No es preciso reproducir la tabla completa para advertir que muchos de estos valores adolecen de cierto grado de ambigüedad, lo que indica –como advierten los propios autores– un posible sesgo subjetivo en su clasificación. Asimismo, algunos de estos valores podrían extenderse a dos o más categorías (por ejemplo, la *ausencia de sesgos*, integrada en la imparcialidad, bien podría clasificarse dentro de la igualdad de trato). Pero, al margen de estas precisiones clasificatorias, resultan más relevantes a efectos de este trabajo otros dos problemas que se desprenden de estos inventarios o clasificaciones de los valores de la ética de la función pública: en primer lugar, las dificultades que sin duda surgirán en su aplicación como pautas o estándares normativos, esto es, cuando se trate de esclarecer si una determinada conducta es subsumible o no en alguno de estos conceptos; y, en segundo lugar, los más que probables conflictos entre ellos.

IV. ÉTICA JUDICIAL Y TEORÍA DEL DERECHO

Uno de los conflictos entre valores de la ética para la función pública singularmente relevante en el ámbito jurídico es el que puede producirse entre los valores de *legalidad* y *justicia* en cualesquiera de los niveles de la administración, pero especialmente en el ámbito judicial.

Resulta llamativo que el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* (CIEJ) parece ignorar esta tensión en una suerte de síntesis que más que disolver el problema, lo oculta. O quizás no, como veremos más adelante. El artículo 2, que define la independencia judicial, establece: «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». Con esa mención casi circunstancial a «la decisión justa», pareciera que no sólo la ausencia de influencias externas, sino también la justicia de la decisión es exigida por la independencia judicial. Más directo –y también más cuestionable– resulta el artículo 35, que establece que «[e]l fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho».

He sugerido que estos preceptos del CIEJ en realidad no pretenden ocultar la tensión entre legalidad y justicia porque desde ciertos presupuestos teóricos –que, desde luego, son los de sus autores, los profesores Vigo y Atienza–, el conflicto entre la ley y la justicia no es un conflicto entre el derecho y un elemento externo al sistema jurídico –la justicia–, sino un conflicto interno al derecho. En otras palabras, nuestra concepción del derecho determina que veamos en este conflicto o bien una contradicción entre valores, la legalidad y la justicia, o entre sistemas normativos, el derecho y la moral, o bien un problema de validez jurídica.

Para el positivismo, que mantiene la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, el conflicto entre lo establecido por la norma jurídica

y la justicia es perfectamente posible, incluso si la contradicción es gruesa y evidente, o sea, incluso si la norma jurídica es manifiestamente injusta. De ahí que otra de las tesis que caracterizan la posición positivista, consecuencia de la tesis de la separación, sea la de la inexistencia de una obligación moral de obediencia al derecho. El positivismo no proporciona –ni lo pretende– respuestas o herramientas para resolver el conflicto entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales. La decisión de obedecer o no lo establecido por la norma injusta (o en el caso del juez, de aplicarla o no) corresponde a la conciencia de cada quien y a cada quien corresponde asumir las consecuencias de la decisión. En cambio, los no positivistas o iusmoralistas, evitan este tipo de dilemas negando el estatus jurídico a las normas injustas, y, consecuentemente, atribuyendo estatus jurídico a normas éticas. Para el no positivismo, las normas injustas, o al menos las normas extremadamente injustas, según reza la *Fórmula Radbruch*, no son derecho, ni obligan jurídicamente. Ni a los destinatarios y, en buena lógica, tampoco a los jueces. Asunto resuelto: no pueden darse conflictos (al menos, conflictos graves) entre legalidad y justicia porque existen entre ellos una relación de jerarquía a favor de la segunda, de manera que cualquier norma que contravenga los contenidos de la justicia pierde su condición de norma jurídica.

Esta solución, como ha denunciado García Amado, conduce a algunas conclusiones paradójicas. Para empezar, el no positivismo, llevado hasta sus últimas consecuencias debería admitir que si un juez se viera en la situación de aplicar una ley vigente que se estimara extremadamente injusta, «sólo la decisión *contra legem* sería no prevaricadora»³¹. Pero, si además se diera el caso –como no es difícil imaginar que pueda darse– de que dos jueces tuvieran convicciones antagónicas respecto de asuntos moralmente sensibles, como el aborto o la eutanasia, entonces, para cada uno de ellos, el prevaricador sería el otro y las consecuencias jurídicas de una u otra decisión dependerían exclusivamente no de un criterio objetivo jurídicamente establecido, sino de la ideología del juez superior que tenga que decidir sobre el asunto.

Volvamos ahora al primero de los problemas señalados: la dificultad para convertir estos valores en pautas normativas. Podemos convenir, al margen de otros principios como la capacitación, cortesía, integridad, transparencia o secreto profesional, que los tres principios rectores –o valores nucleares– de la ética judicial son la independencia, la imparcialidad y la motivación³². De estos tres valores dependen en gran medida la calidad, por así decirlo, de la actividad judicial. Pero, si bien la independencia respecto de los poderes políticos y fácticos a la hora de adoptar decisiones o la imparcialidad, entendida como no

³¹ García Amado, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», 21–22.

³² Atienza, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», 44.

discriminación de los justiciables, objetividad en la valoración de la prueba o la ausencia de relación personal con las partes u objeto del litigio, son valores cuyo contenido no parece susceptible de desacuerdos profundos en el marco del Estado de derecho, no ocurre lo mismo con la motivación.

La obligación de motivación, que afecta a toda decisión jurídica, adquiere una intensidad especial en relación con aquellas decisiones que suponen un ejercicio de discrecionalidad por parte del juez. Es precisamente en relación con el significado de esta discrecionalidad que se ponen de manifiesto los desacuerdos teóricos que determinan la comprensión de esta obligación.

La obligación de motivación, como expresa el art. 18 del CIEJ, «se orienta 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 efecto, la legitimidad de las decisiones judiciales es cada vez menos una cuestión de autoridad, y cada vez más una cuestión de racionalidad. Pero no toda motivación vale. La motivación –y siguiendo con las recomendaciones del CIEJ– debe «expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión» (art. 19); «[e]n materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio» (art. 23); «[l]a motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables» (art. 24); y, por último, se vuelve insistir en que 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» (art. 27). En mi opinión, tendrían cabida aquí también los avances que las teorías de la argumentación jurídica, especialmente en el plano analítico, han aportado en los últimos años: estructura lógica de los argumentos jurídicos típicos, requisito de saturación, etc.

Ahora bien, se ha discutido en la teoría del derecho si la tesis de la discrecionalidad judicial es compatible con la ética judicial o, al menos, con una ética judicial de máximos o de excelencia, lo que debería llevarnos a cuestionar cuál es la función de la motivación en el plano de la ética judicial. El trasfondo teórico de esta discusión los encontramos en la contraposición entre teorías escépticas o no cognoscitivistas de la interpretación (entre otras, las de los positivistas del siglo xx), y aquellas teorías que adoptan la tesis de unidad de respuesta correcta (entre otras, las de Dworkin o Alexy). Para las teorías escépticas, la obligación de motivación responde precisamente a la asunción de márgenes de discrecionalidad en la actividad judicial; y supone la asunción de la responsabilidad personal por parte del juez respecto del ejercicio de ese poder de decisión. La motivación, en fin, vendría a mostrar las razones por las que se ha optado por una de entre las diversas alternativas compatible con las normas sin pretender que es la única decisión correcta.

Por el contrario, podemos pensar que la labor judicial no puede limitarse a identificar las alternativas posibles de conformidad con los argumentos interpretativos disponibles y elegir una de entre esas alternativas, sino que debe estar orientada a obtener la mejor respuesta posible y a poder presentarla como tal. Hay algo de verdad, al menos teóricamente, en este planteamiento: el compromiso con la mejor respuesta posible es un compromiso con la única respuesta correcta, puesto que segundas o terceras opciones en una escala de preferibilidad son injustificables frente a la primera o mejor opción. Ahora bien, una ética judicial de máximos que asuma la tesis de la respuesta correcta, debe asumir algunos o ambos de estos presupuestos: uno, ciertas virtudes y capacidades epistémicas especiales en el juez y, dos, que los métodos y esquemas argumentativos utilizados en la motivación pueden garantizar la corrección y objetividad de las decisiones. ¿Debe una ética judicial fundarse en asunciones de este tipo?

V. CONCLUSIONES

1. Hay razones para hablar de una autonomía de la ética para la función pública, al elevar ciertos estándares morales en pos del interés público.

Aunque cabría preguntarse si, en el caso de la función pública, estos deberes éticos *praeter legem* son lo suficientemente importantes como para ser exigidos legalmente.

2. En cuanto a las razones que justifican una ética de la función pública, las razones políticas, especialmente la cuestión de la legitimidad, es indiscutible, especialmente cuando las grandes diferencias ideológicas se han reducido considerablemente y es en la gestión de la administración donde pueden apreciarse diferencias entre las diversas opciones políticas.

Las razones prácticas son algo más cuestionables. Tal y como están formulados los códigos éticos, deben ser completados con códigos de conducta para poder ejercer la labor de dirección y guía del desempeño en la función pública.

La creación de una cultura ética en la función pública puede sonar a quimera, sobre todo en relación a algunos países, pero la incorporación de códigos éticos es parte esencial de la misma. Ciertamente, como definición de un ideal profesional, los contenidos de la ética de la función pública son la reiteración de obviedades, para cualquiera con una mínima conciencia moral, pero, al mismo tiempo, una colección de principios generales y sub-principios difícil de articular coherentemente.

En cualquier caso, puede promover la reflexión y la crítica acerca del modelo o el ideal de servidor público.

3. Llegamos así a un tercera conclusión: su elevado número y las relaciones entre ellos, que suponen problemas de interpretación y de contradicción normativa.

4. En el caso de la ética judicial podemos apreciar que algunos de los problemas señalados y cómo asunciones de tipo teórico afectan a la comprensión de las respuestas en materia ética.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la democracia* 46 (2003), 43–46.
- BECK JORGENSEN, T. / BOZEMAN, B. «Public Values. An Inventory», *Administration & Society* 39, nº 3 (2007), 354–381.
- BEW, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995–2015», *The Political Quarterly* 86/3 (2015), 411–418.
- CORTINA, A. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Madrid: Trotta, 1994.
- GARCÍA AMADO, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VII, 14 (2016), 7–38.
- GILMAN, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», Informe para la red Poverty Reduction and Economic Management del Banco Mundial (<https://www.oecd.org/mena/governance/35521418.pdf>).
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», en *El buen jurista. Deontología del derecho*, coord. por Cristina García Pascual (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013) 269–301.
- LICHTENBERG, J. «What Codes of Ethics are for?», en Coady, M. / Bloch, S. (eds.) *Codes of Ethics and the Professions* (Melbourne: Melbourne University Press, 1996).
- MARCILLA, G. «Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 53 (2019), 263–290.
- MOILANEN, T. / SALMINEN, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states» (<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpdm/unpan047469.pdf>).
- OLLERO TASARA, A. «Deontología jurídica y derechos humanos», en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología* (2 vols.) (Murcia: UCAM-AEDOS, 2003) 53-72.
- PRIETO ROMERO, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local* (2011), 315–347.
- RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina de Echeverría, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, 66 y ss.
- RODRÍGUEZ TOUBES, J. «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 20 (2010), 92-118.
- ROTHSTEIN, B. / SORAL, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey» *QoG Working Paper Series* (2017), 1–53 (https://qog.pol.gu.se/digitalAssets/1663/1663513_2017_12_rothstein_sorak.pdf).
- VILLORIA MENDIETA, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», *Encuentros multidisciplinares* 39 (2011), 42–50.

CÓDIGOS ÉTICOS Y FUNCIÓN PÚBLICA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

Ethical Codes and Public Service. An Approach from the Theory of Law

José Manuel Cabra Apalategui
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga
jcabra@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp19-41](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp19-41)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado

Estudios de Deusto is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.