

Manuel Atienza

Hay una anécdota famosa que tiene como protagonistas a Learned Hand y a Oliver Holmes, dos de los jueces más influyentes en toda la historia de los Estados Unidos. Al parecer, después de haber almorzado juntos, Holmes subió a su carruaje para trasladarse al tribunal, pero en seguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebatado de entusiasmo, había salido corriendo tras el coche y le animaba así: “¡Haga justicia, señor, haga justicia!” Holmes detuvo el carruaje y le espetó: “Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho”. En otra ocasión, Holmes escribió en una carta lo siguiente: “Muchas veces he dicho a mis colegas en el tribunal que odio la justicia, lo que quiere decir que, si alguien empieza a hablar de ella, sé muy bien que por una u otra razón está dejando de pensar en términos jurídicos”.

Una persona lega en Derecho consideraría, me parece, por lo menos extraño que un juez que ha servido de modelo a tantos jueces (y a tantos juristas) y no sólo en su país<sup>2</sup> tuviera, sin embargo, una opinión tan escéptica a propósito de la justicia. ¿Por qué esa actitud no les resulta, sin embargo, tan chocante a los profesionales del Derecho: a quienes participan en la administración de justicia (como jueces, como fiscales o como

---

<sup>1</sup> El texto es una reelaboración de la ponencia titulada “Ética para fiscales” presentada por el autor en el curso “Ética y Deontología en el Ministerio Fiscal”, celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, noviembre de 2013; y reelaborada luego para su presentación en el *X Congreso Do Ministerio Público*, celebrado en Vilamoura, en marzo de 2015. A esas circunstancias se el que algunos pasajes conserven el estilo de una conferencia.

<sup>2</sup> La primera de las anécdotas la refería hace unas semanas un juez español –Carlos Gómez– en una conferencia sobre ética judicial en la Escuela Judicial de Barcelona. Sobre ella puede verse Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap, Harvard, 2006, p.1. La segunda anécdota aparece en una carta de Holmes a John Wu. Tengo en mis manos un artículo sobre la reforma de la administración de justicia escrito por el actual fiscal general del Estado que arranca para su reflexión del “concepto positivista” pero, aclara, “también profundamente liberal de lo que significa el Derecho y la justicia” de Holmes; Eduardo Torres-Dulce (en “La inevitable reforma de la administración de justicia”, *El Notario del siglo XXI*, nº 50, julio/agosto 2013, p. 10) se refiere en concreto a la convicción del jurista estadounidense de que el bien común siempre se alcanza mejor mediante el libre intercambio de ideas.

abogados) o a quienes elaboran el pensamiento jurídico? La respuesta breve que parece habría que dar a esta pregunta es que, si no todos, la inmensa mayoría o al menos una buena parte de los juristas de un país como el nuestro son positivistas jurídicos, esto es, asumen la tesis de la separación entre el Derecho y la justicia (o la moral) y, en consecuencia, ven el ejercicio de su profesión como una práctica que no tiene que ver en sentido estricto con la justicia. O, quizás mejor, muchas o la inmensa mayoría de las decisiones que ellos toman (o que promueven) las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. La justicia sería así algo que se plantea, si acaso, en el momento de crear las normas (algo que atañe al legislador), pero no cuando se trata de aplicarlas e interpretarlas. El oficio de juez, como diría Holmes, consiste en aplicar el Derecho (y, en ocasiones, en crearlo, pero no abiertamente, sino de una manera que él llamaba “intersticial”: llenando los huecos dejados por las normas) y no en promover una determinada concepción de la justicia y de la moral; una actitud esta última que se habría visto reflejada en muchas de sus sentencias, como en el famoso caso *Lochner*, en el que defendió (frente a la mayoría del tribunal) la constitucionalidad de una ley que limitaba los horarios de trabajo en las tahonas del Estado de Nueva York, a pesar de que la medida –de inspiración socialista- no parecía estar nada de acuerdo con sus concepciones políticas. Y otro tanto habría que decir –o incluso más- de las actuaciones de los fiscales, profesionales que no raramente son definidos con expresiones como la de “guardianes de la legalidad” o alguna otra semejante.

El debate en torno al positivismo jurídico y a la relación entre el Derecho y la moral reviste, como es bien sabido, una considerable complejidad y no es por tanto cosa de referirse aquí al mismo con ningún detalle. Me limitaré a formular, y de manera inevitablemente dogmática, algunas tesis sobre el particular que son importantes para encarar el tema que nos ocupa, el de la ética de los fiscales. Son éstas:

1) No ser partidario del positivismo jurídico, como es mi caso, no significa pensar que existe algo así como el Derecho natural, o sea, no supone negar que el Derecho sea un fenómeno artificial, una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantean (al menos hoy) las cosas en términos de una alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, me parece, en el paralogismo de la

falsa contraposición. (Paralogismo que, por cierto, se da con bastante frecuencia en contextos jurídicos; seguramente cualquier lector de este texto tendrá algún ejemplo que poner de ello.)

2) No ser positivista (yo calificaría mi postura de postpositivista o constitucionalista –entendida esta última expresión en el sentido de una teoría general del Derecho<sup>3</sup>) no significa identificar el Derecho con la moral. Por supuesto, hay ciertas perspectivas desde las que tiene pleno sentido efectuar esa distinción. Y, en todo caso, aunque la argumentación jurídica contenga, en mi opinión, siempre un fragmento de razonamiento moral, eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan: el jurista (juez, fiscal o abogado) que construye una tesis jurídica utilizando razones morales no se convierte por ello en un moralista; o sea, no debe –no puede– argumentar para defender esa tesis de la misma manera que lo haría, por ejemplo, un filósofo moral.

3) El Derecho –esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica– no es sólo un sistema de normas establecidas autoritativamente, sino, además de eso (y sobre todo), una práctica social que persigue obtener ciertos fines y valores dentro de los límites fijados por el sistema (por los materiales jurídicos). En el contexto de esa práctica, el papel de la moral es considerable: por ejemplo, a la hora de identificar qué es lo que tal Derecho establece a propósito de tal cuestión; o de motivar una decisión, de aportar en favor de la misma argumentos de carácter justificativo.

4) El positivismo jurídico no es tanto una concepción falsa cuanto una concepción excesivamente pobre de lo que es el Derecho, especialmente en el contexto de los Estados constitucionales. Una consecuencia de esa pobreza teórica es que los juristas formados en esa cultura no están en las mejores condiciones para poder hacer frente a los problemas que les plantea la práctica, la experiencia jurídica. Así, entre otras posibles deficiencias, el jurista de formación positivista no cuenta con instrumentos adecuados para resolver problemas de interpretación (piénsese en una concepción como la de Kelsen, que de poco ha de servirle al operador del Derecho); ignora casi

---

<sup>3</sup> Sobre esto puede verse mi trabajo “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”: [lamiradadepeitho.blogspot.com](http://lamiradadepeitho.blogspot.com)

todo de lo que es la filosofía moral contemporánea; y tiene también ciertas dificultades para comprender el sentido de la ética de los jueces o de los fiscales. Veamos esto último con un mínimo detalle, y permítanme que haga referencia para ello a una experiencia personal.

Hacia mediados de los años 90 fui invitado a participar en algunos foros, con jueces españoles y latinoamericanos, para discutir acerca de ética judicial. Como se sabe, los primeros códigos de ética judicial surgieron en el mundo anglosajón en los años 70 del siglo pasado y, progresivamente, el tema de la deontología profesional (la ética aplicada a la conducta de los jueces o de los abogados, pero también a la de los médicos, los periodistas, los empresarios...) fue cobrando importancia por diversas razones, entre las que se encuentran la complejidad creciente de esas profesiones y la sensación de vivir en una época de crisis en la que muchas cosas –incluyendo valores y normas de comportamiento- que hasta entonces parecían indiscutibles, habían dejado de serlo. La impresión que entonces tuve fue que los jueces latinoamericanos mostraban, en general, un interés en la materia que era muy superior al de los españoles; y, a su vez, que entre estos últimos quizás los más escépticos respecto a las virtualidades de la ética judicial eran los jueces progresistas. La explicación no era difícil de encontrar: estos últimos vinculaban el discurso sobre las virtudes judiciales, sobre la moralidad del juez, etc. con el franquismo y, en general, con sistemas autoritarios y antiliberales, enemigos de la independencia judicial; y temían que la apelación a la moral (a una moral teñida inevitablemente de religión) proporcionase un (indeseable) medio de control ideológico de la profesión que facilitase, entre otras cosas, una (ilegitima) incursión en la vida privada de los jueces. Cuando se profundizaba más en el tema, las dos razones fundamentales que daban para negar la ética judicial (o sea, para poner en duda que tuviera, por ejemplo, sentido embarcarse en la tarea de elaborar un código de ética judicial) podrían resumirse así: no es necesaria y tampoco es posible.

La ética no es necesaria porque, venían a decir, lo que tiene que hacer el juez en cuanto juez es exclusivamente aplicar el Derecho, y en esto consiste su moral: en seguir el Derecho. Pero además es imposible, en el sentido de que no habría forma de saber lo que significa “la” ética judicial, ya que cada juez tiene la suya y no hay criterios

racionales que permitan optar en favor de una o de otra. Como se ve, dos argumentos típicamente positivistas (sobre todo, el primero) y, en mi opinión, equivocados. Tampoco aquí voy a entrar en ningún detalle, sino que me limitaré a señalar algunas deficiencias importantes que, en mi opinión, plantean esos dos argumentos. Sobre el primero de ellos, lo que cabe decir es que, aunque sea cierto que lo que tiene que hacer un juez siempre es obedecer el Derecho, ocurre que, por un lado, puede ser imposible saber en ocasiones en qué ha de consistir esa obediencia si se prescinde de la moral, pues ¿cómo interpretar si no (si no es recurriendo a una teoría moral) los términos que aparecen en los materiales jurídicos y que tienen una carga explícita o implícitamente moral?; y, por otro lado, la propia opción asumida por ese juez (discutible o no; esa es otra cuestión) tiene un carácter inevitablemente moral: las razones que le llevan a pensar que ha de seguir siempre el Derecho no pueden ser otra cosa que razones morales. Y sobre el segundo de los argumentos, el que suscribe la tesis del escepticismo moral, la razón que me parece de más peso en su contra, y para defender el objetivismo moral, aunque sea en un sentido mínimo, puede sintetizarse así: el escepticismo moral es incompatible con la práctica judicial y, en general, con las prácticas jurídicas del Estado constitucional. Si un juez fuera realmente un escéptico en materia moral, entonces no podría propiamente fundamentar (motivar adecuadamente) sus decisiones puesto que, como antes decía, el razonamiento de carácter justificativo incluye siempre un componente moral. Ésta es seguramente la razón de que los jueces (al igual que muchos ciudadanos) suelen incurrir en esta materia con bastante frecuencia en contradicción pragmática: dicen ser escépticos, relativistas morales, pero su propia práctica, su propio comportamiento, desmiente que lo sean: ¿o acaso no creen los jueces que, al menos en un porcentaje muy alto de los casos que tienen que decidir, sí que son capaces de justificar adecuadamente sus decisiones, de producir argumentos jurídicos que puedan pasar también el test de la moralidad?<sup>4</sup>

Pues bien, lo que vale para los jueces vale también, *mutatis mutandis*, para los fiscales. También ellos parecen ver (al menos, hasta hace poco tiempo), y quizás sobre todos los fiscales de significación progresista, la moral, la deontología profesional, con

---

<sup>4</sup> Una exposición amplia de esos argumentos puede encontrarse en mi libro *Reflexiones sobre ética judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

bastantes dosis de escepticismo y por razones semejantes a las de los jueces. La intervención de José María Mena en este curso<sup>5</sup> me parece que puede servir como un ejemplo de lo que quiero decir. Su planteamiento, al menos en buena parte, parece estar dirigido a mostrar que las normas deontológicas que regulan el comportamiento de los fiscales establecen exigencias de carácter corporativo (más o menos cuestionables en cuanto a su contenido) centradas en la idea del honor ( el honor de un grupo, de una profesión) y son, en cierto modo, una reliquia del pasado: “En el actual contexto histórico democrático la exigibilidad de virtudes específicas debe quedar reducida a las previsiones legales, excluyendo pautas de comportamiento privadas, extraprofesionales”. La razón para pensar así es que el comportamiento de los fiscales (establecer qué es lo correcto o incorrecto de sus actuaciones) no puede venir fijado por normas “extralegales” o “infralegales”, como denomina a las normas deontológicas, sino únicamente por el Derecho, por normas legales que, por lo demás, no tendrían que recurrir tampoco a “conceptos jurídicos indeterminados”: “Los deberes inherentes a la condición de fiscal, para ser auténticos deberes, vinculantes y exigibles, deben estar descritos en la ley. No pueden ser otros que los descritos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículos 48, 49 y 50 y Disposición Adicional Primera de supletoriedad de la ley judicial, con una enumeración que no cabe tener por exhaustiva, pero que contiene la única descripción normativa de las virtudes corporativas exigibles a los fiscales. Fidelidad, prontitud, eficacia, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, asiduidad profesional, deber de residencia, secreto profesional.” De manera que, cabría concluir, la ética fiscal no es, en sentido estricto, necesaria, puesto que esa ética es precisamente la ya contenida en las normas jurídicas que regulan la profesión; o sea, las normas deontológicas serían las normas disciplinarias y las normas penales que fijan los supuestos de las conductas ilícitas (y las correspondientes sanciones) en las que podrían incurrir los fiscales en el ejercicio de su profesión. Y por lo que se refiere a si es posible o no sostener que existen normas morales que se aplican a una profesión (por ejemplo, a la de fiscal), Mena da una respuesta positiva, pero referida únicamente a las normas de moral social, esto es, a las aceptadas por un determinado grupo social o por una profesión, y no entra en la

---

<sup>5</sup> Me refiero a su ponencia titulada “Deontología del Ministerio Fiscal y Poder Judicial. Similitudes y diferencias”, presentada en el Curso al que se hace referencia en la nota 1.

cuestión de si habría o no normas morales justificadas referentes a cómo debería comportarse un fiscal y que, naturalmente, puede que coincidan o que no (o que en parte coincidan y en parte no) con las normas aceptadas o practicadas por el grupo en cuestión. En seguida vuelvo sobre esto.

Esa misma idea (negativista en el fondo) es la que se encuentra también en uno de los pocos trabajos teóricos que se han escrito en nuestro país a propósito de la deontología del Ministerio fiscal. Muy al comienzo del mismo, la autora, María Leonor Suárez<sup>6</sup>, declara ya que “en el marco jurídico la deontología sólo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho” (p. 112). Y por si hubiera alguna duda en cuanto a cómo interpretar la anterior expresión, “en el marco jurídico”, el último párrafo de su trabajo deja las cosas claras a este respecto: “Finalmente...y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deontológicas del MF como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales, -tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de la moralidad del MF-” (p. 140).

Pero realmente no es así. Si uno quiere explicarse el auge que en los últimos tiempos ha cobrado la ética aplicada a las profesiones (jurídicas y no jurídicas), con lo que se encuentra (y de ello ha hablado ya Justino Zapatero en este curso<sup>7</sup>) no es con la exigencia de reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes, digamos, del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de “códigos”. Y si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata (o no se trata sólo) de deslindar la conducta lícita de la ilícita, sino, fundamentalmente, de definir qué es lo que debe entenderse por *excelencia* en la práctica de una profesión. No se trata, dicho de otra manera, propiamente de establecer “prescripciones” (lo que

---

<sup>6</sup> María Leonor Suárez Llanos, “Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXV, enero de 2008.

<sup>7</sup> El curso indicado en la nota 1.

von Wright llamaba así: normas que establecen que, dadas determinadas circunstancias, alguien puede hacer, debe hacer o tiene prohibido hacer una determinada conducta, amenazándosele con una sanción –una consecuencia negativa en caso de incumplimiento), sino de fijar “normas ideales”: las que definen qué es lo que hay que entender por un buen lo que sea: un buen juez o un buen fiscal<sup>8</sup>.

Es importante, creo yo, darse cuenta de esta diferencia entre prescripciones y normas ideales, para entender el sentido de la deontología, esto es, de las normas éticas que se aplican a las profesiones. Pues hay, por lo menos, dos aspectos en los que los dos tipos de normas mencionados difieren, regulan la conducta de manera distinta. Por un lado, la exigencia de ser un buen (en el sentido de excelente) juez, fiscal o profesor rebasa en algún sentido la idea de lo meramente debido (lo que puede ser regulado mediante prescripciones). Yo no cumplo con los requisitos del concepto de buen profesor simplemente porque no infrinja ninguna de las normas administrativas o de otro tipo (normas jurídicas) que se aplican a mi conducta como profesor, de la misma manera que nadie es un buen juez o un buen fiscal (ni tiene reputación de serlo), simplemente porque no haya cometido ninguna acción delictiva o merecedora de alguna medida disciplinaria. Todos parecemos manejar alguna idea de lo que significa ser un profesor excelente o un excelente juez o fiscal que no se reduce a la del cumplimiento de las normas jurídicas (prescripciones) que son aplicables a su conducta. Naturalmente, para ser un excelente X hay que ser también un aceptable X, y eso explica con facilidad que exista una zona más o menos amplia de solapamiento entre lo regulado por los códigos éticos de, por ejemplo, los jueces o los fiscales y las normas jurídicas que disciplinan esas profesiones. Por otro lado, otra diferencia también de cierta significación es que no cumplir con las normas ideales (con el ideal de buen profesor, buen fiscal, etc.) no puede llevar aparejadas las consecuencias que conlleva la infracción de las prescripciones. Entre otras cosas porque parece bastante razonable pensar que suelen ser muy pocos los miembros de una profesión que realizan de manera completa el ideal de la misma lo que, por cierto, no supone que la plasmación más o menos normativa (en realidad, no sólo normativa; luego hablaré de la ética de las virtudes) de la profesión carezca de sentido. Lo tiene

---

<sup>8</sup> La distinción entre prescripciones y normas ideales se encuentra expuesta en la obra (original de 1963), George H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.



porque (o si) opera como una especie de ideal regulativo que cumple una función de dirección y de justificación de las conductas.

Por supuesto (y me parece que este es el punto –sin duda, importante- de razón que hay que conceder a los escépticos), es bien posible, y en ciertas circunstancias incluso probable, que de la apelación a la moral se haga un uso puramente ideológico, interesado, y que la elaboración de excelsos códigos deontológicos juegue en realidad el papel de embellecer falsamente la realidad (de dificultar la crítica fundada a las profesiones). Ese falseamiento de la realidad se produce, por ejemplo, cuando la elaboración de un código ético se presenta como la mejor medida para resolver un problema que exigiría, sin duda, movilizar otros recursos que resultarían más eficaces para ello. Justino Zapatero trae muy oportunamente a colación una frase de Savater que no puede ser más expresiva: “confiar la solución de todos los males de nuestra sociedad sólo a la ética es como pretender apagar incendios forestales con hisopos de agua bendita”. Si nos trasladamos al campo de las profesiones jurídicas, sin duda el mayor atentado contra la ética es el fenómeno de la corrupción en la administración de justicia. Pues bien, la manera más eficaz de combatirla (y sé que eso no es un problema –me refiero a la corrupción, no a las corruptelas- en España, pero sí en muchos países latinoamericanos) no es a base de prédicas morales o de promulgar y difundir códigos deontológicos, sino introduciendo sanciones efectivas, llevando a cabo cambios institucionales que garanticen la independencia de los jueces o la objetividad de los fiscales, remunerando decentemente el ejercicio de esas profesiones, etc. Y, desde luego, en el ámbito de nuestra cultura jurídica, hay muy buenas razones (todavía hoy) para mantener cierta actitud de sospecha en relación con los promotores de las diversas éticas profesionales. Una actitud de sospecha, por cierto, que entiendo también se tenga conmigo, puesto que yo soy el primero en practicarla. Pongo un ejemplo de esto último.

Para preparar esta exposición leí, entre otros, un trabajo de Luis Beneytez Merino titulado “Reflexión deontológica sobre el Ministerio fiscal”<sup>9</sup>. Me ha parecido interesante en más de un aspecto ( y en alguna medida coincidente con lo que acabo de decir, al destacar la importancia del elemento de valor junto al componente

---

<sup>9</sup> En *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia, 2000.

normativo para entender los problemas deontológicos de los fiscales), pero resulta que los ejemplos concretos que pone de comportamientos éticos (modélicos) de los fiscales parecen consistir en una reacción frente a actuaciones (éticamente deficientes) de otros profesionales que el lector adivina fácilmente vienen motivadas por ideologías, digamos, de izquierdas: el fiscal que logra que se acuse por imprudencia temeraria al conductor del tren causante de un accidente –por saltarse un semáforo- y no exclusivamente al ingeniero jefe de señalización, oponiéndose así a los propósitos de un juez de instrucción que actuaba con la finalidad de proteger los intereses de la clase trabajadora; o el que se enfrenta a las órdenes de sus superiores –de la fiscalía- dirigidas a no actuar contra un político que había hecho manifestaciones ofensivas para un sector de la judicatura. Ahora bien, si hay buenas razones para ocuparse de (y para preocuparse por) la ética de los fiscales, parecería que deberíamos buscarlas más bien en otro lado: en otro tipo de delitos (los que verdaderamente ponen en peligro la convivencia social), en otro tipo de actitudes y quizás también en otro tipo de agentes.

Pero, en fin, una cosa es que haya razones para sospechar que en la elaboración de un código de ética profesional pueden deslizarse fácilmente elementos ideológicos, prejuicios, etc.; y otra cosa es que esas sospechas se lleven hasta el extremo de descalificar por completo cualquier iniciativa en ese sentido. Esto último me parece, como digo, equivocado, porque se basa en una idea también equivocada de lo que significa la ética profesional –la deontología- y de lo que significa la ética sin más. Y aquí me parece que conviene hacer de nuevo algunas aclaraciones de carácter conceptual.

Cuando se pretende conocer –o establecer- en qué consiste la ética de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los abogados, de los empresarios o de los banqueros es usual requerir el parecer de los “expertos” en ética. La especialización creciente del saber hace que, cada vez más, estemos en manos de los expertos, lo que, como ustedes saben muy bien, tiene una aplicación en el ámbito procesal, en el que la prueba pericial se encuentra evidentemente en alza: en muchos casos son efectivamente los expertos (médicos forenses, contables, etc.) los que juegan el papel determinante en la resolución de los pleitos. Ahora bien, ¿quiénes son los expertos en ética? Como es bien sabido, la ética es uno de los campos tradicionales de la filosofía, y

un campo que tiene su “réplica”, por así decirlo, en el interior de la filosofía del Derecho: supongo que la razón para que yo esté aquí no es otra que la de suponerseme ciertos conocimientos de “experto” en la materia. ¿Pero en qué podría ser yo experto? Desde luego, no en saber mejor que los que ejercen la profesión de fiscal cuáles son las pautas morales de conducta que son aceptadas y seguidas en la práctica; esta es una pretensión de conocimiento que quizás pudiera arrogarme si hubiera hecho algún tipo de investigación empírica sobre la materia, pero no es el caso. Ni tampoco sería experto a la hora de determinar qué es lo correcto o lo incorrecto, lo que está moralmente bien o no que haga un profesional (con independencia de qué sea lo que suele hacerse en la práctica), o qué cualidades debería tener un fiscal para alcanzar la excelencia y poder considerársele como un modelo para otros. Entiéndaseme, puedo tener ideas razonables, bien fundadas, sobre el particular, pero lo que quiero decir es que yo no podría pretender estar en mejores condiciones que los fiscales –por el hecho de que sea un filósofo del Derecho, “experto” en ética jurídica- a la hora de establecer esos juicios. Sería, casi diría, una idea ridícula por mi parte, dado que no tengo ninguna experiencia en la profesión, no conozco desde dentro ni con detalle los problemas éticos a los que tienen que hacer frente los fiscales, etc. Mi “experticia”, de existir, tendría que consistir en otra cosa; si efectivamente soy un experto en la materia, tendría que estar en condiciones (o en mejores condiciones que quien no tiene esa formación) de aclarar una serie de cuestiones de naturaleza teórica, pero que pueden suponer una ayuda muy significativa a la hora de resolver el segundo tipo de los problemas que acabo de distinguir: los problemas de ética normativa. Los primeros serían cuestiones de ética descriptiva, pues de lo que se trata es de describir y de explicar cuáles son las pautas morales que rigen en una determinada profesión o en una cierta sociedad, cómo evolucionan, cómo se explica que sean esas y no otras, etc. En lo que es experto el filósofo, en definitiva, es en lo que se llama teoría ética o metaética, aunque, como es lógico, no se puede hacer teoría ética de manera competente si se desconoce todo sobre los otros dos niveles de reflexión sobre la ética (la ética descriptiva y la normativa), de la misma manera que no se puede hacer tampoco filosofía del Derecho si se carece de una formación jurídica. De manera que las distinciones que acabo de hacer son seguramente útiles a efectos clarificadores, pero no hay por qué empeñarse

en considerar que las realidades a las que se refieren son algo así como compartimentos estancos.

Pues bien, hablando en términos muy generales, hay un par de clasificaciones que suelen hacerse en el nivel de las teorías éticas y que me parecen relevantes para lo que aquí nos interesa: la deontología de los fiscales, puesta en conexión con la de los jueces. La primera es la clasificación que divide a las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Sin entrar en muchos detalles: las primeras (como la concepción de Kant) consideran que lo “correcto” tiene cierta prioridad sobre lo “bueno”, lo que quiere decir que uno puede tener ciertos deberes, aunque la realización de los mismos no produzca buenas consecuencias (no persiga lo bueno); la idea que trata de captar esa concepción es que hay deberes morales que son absolutos, en el sentido de que se tienen con independencia de cuáles sean las consecuencias a las que pueda llevar su cumplimiento; pensemos, por ejemplo, en el principio de dignidad humana: la razón para respetar la dignidad de otro no es el beneficio que pueda obtenerse con ello, sino el convencimiento de que la dignidad es un valor último. El segundo tipo de teorías morales (como el utilitarismo de Bentham) invierte las cosas, las prioridades: lo correcto está subordinado a lo bueno. Lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias, como quiera que se entiendan las consecuencias, puesto que hay muy diversas maneras de hacerlo; la fórmula de Bentham, como se sabe (pero sería sólo una de las posibles maneras de ser utilitarista), hace referencia al logro de la mayor felicidad para el mayor número. Pues bien, algo que podría resultar sorprendente y que se desprende de lo anterior es que Bentham, el filósofo que suele ser citado como el introductor del término “deontología”, no sería, sin embargo, un deontologista en ética, o sea, Bentham no es un partidario de la deontología en el sentido técnico en el que hoy suele emplearse la expresión en la filosofía moral<sup>10</sup>. Pero esto no debe tampoco preocuparnos demasiado, pues no va más allá de constituir un simple problema de ambigüedad: no siempre se entiende “deontológico” o “deontología” de la misma manera. Cuando hoy se habla (en el plano de la ética prescriptiva o normativa) de deontología (o de código

---

<sup>10</sup> Sobre esto puede consultarse, por ejemplo, el *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora; pero, por lo que he podido ver, los jueces y los fiscales que se interesan por averiguar el significado de “deontología” suelen quedarse en el Diccionario de la Real Academia.

deontológico) a lo que se hace referencia es a la ética aplicada a una determinada profesión, pero el rótulo no nos dice nada sobre si esa ética (ese código ético) se inspira en una teoría de la moral deontológica o teleológica. Y, en realidad, me parece que puede afirmarse sin mucho temor a equivocarse que las éticas profesionales (y los correspondientes códigos deontológicos) recogen principios tanto de carácter deontológico como teleológico o consecuencialista.

La otra distinción que nos importa es la que permite diferenciar las teorías normativistas de la ética, de las concepciones de la ética basadas en la virtud. Las primeras tratarían de contestar a la pregunta de qué debe uno hacer para comportarse de manera éticamente adecuada, cuáles son nuestros deberes éticos: por ejemplo, cumplir con el imperativo categórico kantiano o realizar las acciones que produzcan la mayor felicidad para el mayor número. Las segundas (un ejemplo notable de este tipo de concepción es la ética aristotélica) tratan de contestar más bien a la pregunta de cómo construir una personalidad moral, qué rasgos de carácter –qué virtudes- son los que debería esforzarse por adquirir el que aspira a llevar una vida buena, una vida moral. Ahora bien, tampoco esta contraposición hay por qué verla de manera excluyente, sino que podríamos considerar que esas dos concepciones vienen a ser en realidad visiones distintas pero complementarias de la ética. Es lo que parece ocurrir también en relación con la ética de los jueces o de los fiscales: los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc. que, si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad.

2.

El modelo de construcción de la ética judicial, de un código deontológico para los jueces, puede ser de interés para los fiscales, al menos por un par de razones: porque sin duda la ética judicial ha alcanzado un mayor grado de desarrollo tanto teórico como práctico; y porque se trata de dos figuras afines, de manera que mucho de lo que es aplicable al comportamiento de los jueces se podría extender, analógicamente, al caso de los fiscales. Existe sin embargo una dificultad que no se puede soslayar: la

institución judicial tiene contornos mucho mejor definidos que la del ministerio público y eso parece tener consecuencias importantes. Si es posible fijar (en un código deontológico) las exigencias normativas que configuran la excelencia judicial, es porque pensamos que hay alguna noción básica y compartida de lo que sería el “buen juez”. ¿Pero cómo construir el concepto del “buen fiscal” cuando resulta que lo que se entiende por fiscal o por ministerio público (las funciones que se le confían) puede(n) variar considerablemente de un sistema jurídico a otro, e incluso puede ocurrir, como en el caso del Derecho inglés, que ni siquiera puede decirse que exista en puridad un ministerio fiscal? ¿Tiene razón uno de los mayores estudiosos de la figura del fiscal cuando, en un escrito reciente, la califica de “misteriosa institución”?<sup>11</sup>

Bueno, el misterio naturalmente no consiste en que no sepamos (y no sepa muy bien el autor citado: Luis María Díez-Picazo) lo que es un fiscal, cuáles son sus funciones (incluyendo las diferencias que pueden advertirse de un país a otro), cómo ha evolucionado la figura en diversos sistemas jurídicos, etc. El misterio, la dificultad, estriba en que parecen existir diversas maneras de concebir el ministerio fiscal, y una de ellas –el modelo norteamericano–, parece estar ganando mucho terreno en los últimos tiempos. Se plantea así una especie de batalla jurídico-cultural que en España se centra sobre todo en la cuestión de quién debe instruir: el juez o el fiscal. No es un debate, por cierto, sólo de dogmática –de técnica– jurídica sino, fundamentalmente, de filosofía moral y política. Por eso, yo creo que casi todos los participantes en el mismo estarían de acuerdo en que (como lo ha sostenido aquí Mena) ambas opciones son constitucional y conceptualmente posibles, de manera que el debate estriba en realidad en precisar cuáles son los valores a los que se desea dar prioridad en la configuración del proceso y hasta qué punto se lograrían satisfacer según que la instrucción se confiara a los jueces o a los fiscales<sup>12</sup>. Y si planteáramos así las cosas, me

---

<sup>11</sup> Vid. L.M. Díez-Picazo, “Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador”, en *Teoría&Derecho*, 1/2007, p. 33 y 29. No falta, sin embargo, quien califica la institución del fiscal como “de derecho natural”, aunque con ello lo único que pretende decir es que en nuestros sistemas jurídicos “no se concibe ya que la función de acusar quede en manos de los particulares” (Luis Pacheco Carve, “El fiscal en el Derecho comparado”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio fiscal*, VI, 2001, p. 133).

<sup>12</sup>La representante de la Asociación Profesional de Fiscales dijo en su presentación algo importante y en lo que parece existir un consenso amplio: en todo caso, antes de convertir a los fiscales en instructores habría que modificar su estatuto orgánico, precisamente para

parece que podría hablarse de un consenso bastante sólido por lo que hace a los valores a perseguir (los que deberían presidir el proceso penal: valores de tipo garantista), mientras que las discrepancias se concentran más bien en cuestiones de medios, de carácter instrumental: qué cambios institucionales habría que llevar a cabo para conseguir esos fines. Dicho de otra manera, parece indudable que en la cultura jurídica española (incluyendo, claro está la de los propios fiscales) la figura del ministerio público se ve como esencialmente afín a la del juez y alejada en consecuencia de la del abogado, el abogado de parte. Lo cual, naturalmente, tiene consecuencias de cierto relieve en el plano deontológico.

Por supuesto, nadie (cualquiera que sea el sistema jurídico del que parta) piensa que un fiscal deba comportarse exactamente igual que tendría que hacerlo un juez o un abogado. Claramente se trata de una figura distinta: la del acusador público. Pero que, en términos relativos, puede aproximarse más a la del abogado (el caso estadounidense), o a la del juez (el modelo de Europa continental y, en particular, el italiano y el portugués, en los cuales los fiscales se integran dentro de la magistratura). Y ello, como decía, tiene consecuencias en el plano ético. Así, en el contexto estadounidense, la ética del fiscal (que ocupa regularmente un capítulo en cualquier manual de ética jurídica: ésta es una materia a la que se concede una considerable importancia académica) se centra mucho en la necesidad de subrayar las diferencias entre el fiscal y el abogado de parte: se insiste, por ejemplo, en que el deber del fiscal es el de hacer justicia (actuar de manera imparcial) y no el de lograr condenas (lo que, supongo, no sería necesario subrayar en relación con el fiscal español). Y en la misma cobra gran importancia, por ejemplo, la discusión a propósito de bajo qué condiciones debería un fiscal llevar adelante una acusación: si basta con que considere probable que el acusado es culpable, o debería estar convencido de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” (sí, como exigencia no sólo para condenar, sino para perseguir

---

asegurar que no se pondrían en riesgo los valores característicos de un proceso garantista. Y, desde el otro lado, parece existir también un amplio consenso en que la instrucción por parte de los jueces plantea ciertas disfunciones bastante obvias; las discrepancias estarían en si las mismas podrían corregirse (o aminorarse significativamente) continuando con el modelo del juez instructor.

penalmente a alguien)<sup>13</sup>. Mientras que en contextos como el español, los problemas deontológicos tienen mucho más que ver con la “dependencia jerárquica”, esto es, con un principio organizativo que, al menos potencialmente, podría plantear problemas éticos al fiscal que quisiera actuar con independencia de criterio<sup>14</sup>. De manera que lo que se subraya en un caso es que los fiscales tienen que ser imparciales, a diferencia de los abogados; y en el otro caso, que no son (¿no podrían serlo?) independientes, al menos de la misma manera que lo son los jueces.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias de acento, me parece que podría decirse que, cualquiera que sea el modelo de fiscal del que se parta, lo que hace que cobre tanta importancia la ética de los fiscales es el carácter discrecional del poder que, en uno u otro caso, caracteriza a la institución del ministerio público: el poder de acusar. Sin duda, esa discrecionalidad es más patente en el caso del fiscal estadounidense, pero no deja de existir –ni mucho menos– en los fiscales de los sistemas de Derecho continental<sup>15</sup>. En el caso español, como es bien sabido, el fiscal aparece definido en la Constitución y en su Estatuto Orgánico como un órgano que actúa en defensa de la legalidad y con sujeción en todo caso al principio de legalidad. Pero, claro está, si

---

<sup>13</sup> Vid., por ejemplo, Monroe H. Freedman, *Understanding Lawyers' Ethics*, Matthew Bender, New York, 1990, pp. 218 y ss.

<sup>14</sup> O, en el caso extremo, que plantee una objeción de conciencia para no intervenir en un caso. Antonio del Moral (en “La objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal”, en *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007) entiende que podría admitirse la objeción (está pensando en casos en que la ley impusiera la pena de muerte, en los que se autorizase el aborto a practicar por una menor o se impusiera la expulsión a un extranjero “en medida que se le presenta [al fiscal] como inhumana y patentemente injusta”) si se dieran ciertas circunstancias: sinceridad de la objeción, sustituibilidad fácil y disposición a asumir otros asuntos en compensación (p. 279). Al respecto, trae a colación el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, aunque no establezca una previsión “que sirva para afrontar la objeción de conciencia frente a una norma legal, sino frente a órdenes o indicaciones concretas”, en su opinión, “mitiga los efectos de una dependencia jerárquica entendida como obediencia ciega “ y “estimula el debate interno”. Todo lo cual le lleva a lamentar el escaso uso que se hace de ese artículo 27: “El mecanismo allí previsto debiera ser algo de administración ordinaria –es normal que existan esas discrepancias y no debe ser insólito que en determinados casos se desencadenen esas fórmulas para provocar el debate y, como fruto del mismo, la decisión adecuada-. Sin embargo se ha convertido en algo excepcional, cuya utilización parece requerir ciertas dosis de heroísmo o estar reservada a fiscales “rebeldes”. En eso creo que los fiscales tenemos una importante cuota de responsabilidad” (p. 298).

<sup>15</sup> Resulta por ello absurdo que alguien pueda pensar (pero me temo que así ocurre a veces) que la diferencia entre los jueces y los fiscales radica en que los primeros toman decisiones, mientras que los segundos se limitan a aplicar la ley.



existe política criminal (que es lo que justifica que el fiscal general del Estado sea nombrado por el ejecutivo) es porque se supone que hay un margen de discrecionalidad a la hora de establecer prioridades sobre qué delitos perseguir y sobre cómo utilizar los recursos (escasos: insuficientes para perseguir eficazmente todos los delitos) de los que se dispone. Por eso, ningún fiscal que se plantee con seriedad los aspectos éticos de su profesión puede ignorar un hecho que parece irrefutable: la desproporción existente entre los actos delictivos cometidos y los efectivamente perseguidos y castigados. Luigi Ferrajoli (refiriéndose básicamente a Italia pero parece claro que sus palabras son también aplicables al caso español, donde en las últimas décadas hemos vivido un proceso incesante de inflación de las normas penales) afirmaba hace años lo siguiente: “Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, y no digamos si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión”<sup>16</sup>. De manera que el fiscal, por supuesto, tiene que esforzarse por defender la legalidad, pero no puede escudarse en ella y pensar que así ha resuelto todos los problemas éticos que le plantea el ejercicio de su profesión. No puede sentirse justificado para hacer interpretaciones formalistas<sup>17</sup> de las normas que dejen de lado lo que tendría que ser el valor último a perseguir en el ejercicio de su profesión: garantizar los derechos de los individuos, y no solo los de carácter procesal, sino también los de naturaleza sustantiva. Y para ello tendría que hacer, sin duda, un amplio uso de la equidad que, en la célebre formulación de Aristóteles, es una adecuación de la ley a las circunstancias de la realidad para evitar un resultado injusto: un castigo desproporcionado para algunos (para algunos delitos) y la impunidad para otros. Si se quiere decirlo de otra manera: el fiscal no puede (ni debe) evitar cierto

---

<sup>16</sup> Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 152, mayo 2005, p. 23.

<sup>17</sup> He aquí dos ejemplos de formalismo y, en mi opinión, de comportamientos contrarios a la ética. El primero tendría lugar si, dado que un fiscal no puede retirar las acusaciones en juicio sin pedir permiso y realizar luego un informe, para evitarse las incomodidades que eso supondría, mantiene su posición “pro forma”, incluso en casos de absoluta falta de pruebas. Y el segundo sería aquel en el que, existiendo antecedentes que tendrían que haber sido cancelados, mantiene sin embargo la solicitud de aplicación de la agravante de reincidencia por considerar que la petición de que no se aplique la agravante concierne sólo a la defensa.

ejercicio de la discrecionalidad<sup>18</sup>. Lo que le está vedado es hacerlo de manera arbitraria.

Como es sabido –y nos recordó Miguel Carmona en su exposición- en España (a diferencia de lo que ocurre ahora en muchos países europeos y americanos) no existe un código propio de ética judicial. Sin embargo, en el año 2006 se aprobó, en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial en cuya elaboración participó activamente el Consejo General del Poder Judicial y que, en algún sentido de la expresión, podríamos considerar “vigente”. Merece la pena, en mi opinión, prestar alguna atención al mismo, porque podría ser una referencia de cierto interés de cara a elaborar un código de ética del Ministerio fiscal o algún otro documento por el estilo.

El Código consta de una (extensa) exposición de motivos y de casi un centenar de artículos divididos en dos partes: en la primera se desarrollan los “principios de la ética judicial iberoamericana” (independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional), y la segunda está dedicada a regular la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Es importante subrayar que se trata de un código sin sanciones, pero no creo que por ello deba considerársele carente de eficacia. En realidad, las funciones que el mismo trata de cumplir son las de facilitar a los jueces la reflexión sobre su propia práctica, orientar esa práctica al explicitar los criterios que la guían (o que debieran guiarla) y facilitar a otros la crítica justificada de la profesión. Lo que quiere decir (y me parece que es importante subrayarlo) que los destinatarios de un código deontológico no son sólo los miembros de una determinada profesión. Si se piensa, por ejemplo, en los casos de actuaciones judiciales que, en los últimos años, han sido objeto de polémica, no me parece exagerado afirmar que la opinión pública podría haber encontrado en ese código una orientación útil. Más útil que limitar la discusión a si tal determinada

---

<sup>18</sup> En una reciente tesis de doctorado leída en la Universidad de Valencia (Arturo Todolí, “La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema”) hay todo un capítulo, el VI, dedicado a los “Supuestos de discrecionalidad en el funcionamiento real del sistema”.

conducta de un juez está o no prohibida por el Derecho positivo. Repitémoslo una vez más: un código deontológico no es una alternativa al código penal o a las normas disciplinarias. Un juez, al igual que un fiscal, puede actuar mal en el ejercicio de su profesión (o no de la mejor manera posible), aunque no haya cometido un ilícito jurídico.

Pues bien, ese conjunto de principios podría suministrar seguramente un esquema útil de cara a elaborar un código deontológico para los fiscales si bien, como es lógico, no se trataría tampoco de seguirlo mecánicamente. Puede que haya que introducir algún nuevo principio; desde luego, habrá que reinterpretar los antes mencionados al aplicarlos a la conducta de los fiscales; y algo parecido a esto último habría que hacer también en relación con las virtudes: las de los fiscales tendrían que ser, por así decirlo, más “activas” que las de los jueces<sup>19</sup>. Pero, con todo, me parece que lo más interesante no se encontraría tanto en el contenido, cuanto en el método seguido para su elaboración. En líneas generales, podría decirse que se trató de alcanzar una especie de “equilibrio reflexivo”, o sea, se procuró explicitar primero las pautas que los profesionales consideraban adecuadas en relación con cada uno de esos principios, para confrontarlas luego con los criterios que cabría obtener de una teoría ética justificada y proceder entonces a un ajuste mutuo: en algún caso, un principio general de la ética tuvo que ser “modulado” al aplicarlo a las circunstancias de la conducta profesional de los jueces, y en otras ocasiones hubo de reconocerse que ciertas prácticas más o menos consagradas de la profesión no eran justificables desde un punto de vista ético. A su vez, la articulación de cada uno de esos principios sigue una cierta lógica interna: se comienza señalando su finalidad, lo que sirve de justificación para el principio en cuestión; se procede luego a dar una definición del principio; se incluyen a continuación algunas reglas específicas que resultan significativas; y se termina señalando ciertas actitudes, ciertos rasgos de carácter o virtudes que

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, la perseverancia y la indignación ante la impunidad de ciertos comportamientos socialmente muy nocivos bien podrían ser consideradas como virtudes características de los fiscales, pero seguramente no de los jueces (o, al menos, no en el mismo grado). Me parece que es ilustrativo al respecto el relato de Giancarlo De Cataldo que forma parte del libro *Giudici*, publicado por Einaudi en 2011 (hay traducción española: A. Camilleri, G. di Cataldo, C. Lucarelli, *Tres jueces*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2014); a diferencia de las otras dos narraciones, de Andrea Camilleri y Carlo Lucarelli, que componen el libro, la de De Cataldo no tiene como protagonista a un juez, sino a un fiscal.

favorecen el cumplimiento del principio en cuestión<sup>20</sup>. Creo que fue un método en líneas generales acertado, pero que se mejoraría si al mismo se incorporara un ingrediente más: ejemplos de conflictos éticos reales con una (o, ¿por qué no?, varias) propuesta(s) de solución. Al respecto hay una reciente iniciativa que ha puesto en práctica la Escuela Judicial de Barcelona y que me parece de sumo interés: consiste en confeccionar, como base para una posterior discusión, una serie de micro-relatos, a partir de noticias de prensa, sentencias del Tribunal Supremo, o de la propia experiencia de los autores, en los que se plantean problemas conectados con los distintos principios, valores o virtudes de la ética judicial. En fin, si ese elemento más práctico haya de formar parte de un “código” o debiera incorporarse en algún otro tipo de documento es una cuestión que no debe preocuparnos mucho.

Termino mi exposición con una reflexión a propósito de la anécdota con la que la empecé. Mi admiración por el juez Holmes es inmensa y no tengo ninguna duda de que en muchísimos aspectos sigue siendo un modelo a seguir. Pero yo no le seguiría en su crudo positivismo. Me imagino, por eso, una escena en la que un fiscal experimentado acaba de comer con un recién licenciado que quería conocer las interioridades de la carrera fiscal, de cara a encaminar o no hacia ahí su futuro profesional. Cuando ya se han despedido y el fiscal está saliendo del restaurante en dirección a su coche, el joven exclama en alta voz: “¡Siga haciendo justicia!”. El fiscal se da la vuelta y en tono reflexivo le dice: “No es fácil hacer justicia. Requiere mucho esfuerzo y a veces estar dispuesto a aceptar algo más que incomodidades. La verdad es que casi siempre he tenido muy claro cuál habría sido la decisión justa a tomar en el caso. Pero a veces hay obstáculos insalvables; y no todo depende de uno... En fin, por lo menos estoy seguro de haber contribuido a evitar algunas clamorosas injusticias”.

Que no es poco.

---

<sup>20</sup> Una exposición más detallada puede verse en Manuel Atienza, *Reflexiones sobre ética judicial*, cit.

