



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 36, enero-junio 2017

TRANSPARENCIA Y ÉTICA JUDICIAL

TRANSPARENCY AND JUDICIAL ETHICS

Víctor Amaury SIMENTAL FRANCO*

RESUMEN: La transparencia es un tema central en el debate político-académico, y es uno de los rubros que deben atenderse prioritariamente en el ejercicio del poder. Bajo un marco teórico analítico, se define a la transparencia y se le ubica como un presupuesto político. Una vez que es situada la transparencia en el espectro político general, se concentra su estudio en la función jurisdiccional. En el ámbito jurisdiccional se propone que existe un vínculo dialéctico entre transparencia y ética. Finalmente se concluye con que es imposible discernir la función jurisdiccional de la ética, y que ésta se relaciona indisolublemente con la transparencia.

Palabras clave: transparencia, ética judicial, política, función jurisdiccional.

ABSTRACT: *Transparency is a central issue in the political and academic debate, and is one of the priority areas to be addressed in the exercise of power. Under an analytical framework, it defined the transparency and it is located as a political budget. Once it is in the general political spectrum to transparency, the study focuses on the judicial function. In the judicial field it is proposed that there is a dialectical link between transparency and ethics. Finally it is concluded that it is impossible to discern the judicial function of ethics, and that it is inextricably linked to transparency.*

Descriptors: *Transparency, Judicial Ethics, Politics, Judicial Function.*

* Licenciado, maestro y doctor en derecho por la UNAM. Investigador Nacional nivel 1, simental_franco@yahoo.com.mx

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Transparencia. Presupuesto político*. III. *Ética judicial y transparencia*. IV. *La transparencia, principio y fin de la ética judicial*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un marco analítico se presenta una perspectiva descriptiva de la transparencia y su estrecha relación con la ética judicial en el Estado mexicano en la actualidad; presentamos referencias histórico-sociológicas que cumplen una función complementaria a la explicación de las hipótesis, sin menoscabo del rigor en la investigación, que se refleja en las citas teóricas o conceptuales, nuestra apuesta ha sido por la originalidad en las dos hipótesis que se proponen.

En el primer apartado será explicada la hipótesis de arranque, consistente en que la transparencia es un presupuesto de la política, y que bajo ese supuesto todo Estado de derecho contemporáneo (los llamados Estados constitucionales) *debe* manifestar un ejercicio del quehacer público plena y absolutamente transparente, lo cual es una expresión de la ética. En este mismo capítulo indicamos el componente socio-cultural que ha determinado la falta de transparencia en el ejercicio del poder en México.

En el segundo apartado nos abocamos a caracterizar la relación entre ética judicial y transparencia, y explicar el *estado del arte* en el Estado mexicano, sus retos a mediano plazo y las virtudes de la situación vigente. Por ser el capítulo ideal para ello, se anotan las definiciones de argumentación, deontología y virtudes judiciales.

Finalmente en el tercer rubro, explicitamos cómo la transparencia es causa y fin de la ética judicial, que es un componente permanente en la manifestación práctica de la función jurisdiccional, transversal a esta actividad estatal (hipótesis conclusiva).

II. TRANSPARENCIA. PRESUPUESTO POLÍTICO

1. *Adopción de la palabra transparencia en el metalenguaje político*

La Real Academia Española (RAE) define a la transparencia del siguiente modo:

1. f. Cualidad de transparente.

Transparente. (Del lat. *trans-*, a través, y *parens*, -entis, que aparece).

1. adj. Dicho de un cuerpo: A través del cual pueden verse los objetos claramente.¹

La transparencia, gramaticalmente es un adjetivo calificativo que indica la característica de los cuerpos que permiten el paso de la luz; la palabra fue “exportada” a la semántica política por la necesidad de manifestar un sustantivo que indicara el límite a una de las formas en que se manifiesta el absolutismo: la *opacidad*. La RAE define a la opacidad de la manera siguiente:

Opacidad.

(Del lat. *opacitas*, -ātis).

1. f. Cualidad de opaco.²

Opaco, ca.

(Del lat. *opācus*).

1. adj. Que impide el paso a la luz, a diferencia de diáfano.³

Si bien es “entendible” que la gestión pública fuese opaca en los sistemas políticos absolutistas, en los que el soberano es irresponsable, es totalmente inaceptable que en los Estados que se precian de ser democráticos, no se manifieste el poder de manera diáfana.

Es bastante raro, por no decir extraño o peculiar, que importantes diccionarios de ciencia política no definan a la transparencia,⁴ ¿cuál será la razón

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., octubre de 2014.

² *Idem*.

³ *Idem*.

⁴ *Cfr.* Bobbio, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2007; Nohlen, Dieter, *Diccionario de ciencia política*, México, Porrúa, 2006.

por la que una palabra que ha sido uno de los más importantes estandartes de las democracias contemporáneas no se haya incluido en estos diccionarios?, consideramos la siguiente hipótesis: la transparencia es un presupuesto de la política, entendida ésta como una actividad valiosa *per se*. Coincide con nosotros (en cuanto a la consecuencia) Guerrero, quien indica,

el primer problema del concepto transparencia es su nivel de abstracción. Y esto plantea, desde el punto de vista teórico y como objeto de estudio, la necesidad de una definición que haga el término más asible, conmensurable, accesible o, en términos más académicos: dotado de referentes, “operacionable”.⁵

Qué entender por transparencia en el discurso político, pues nada más y nada menos que: “el quehacer político público”, que es casi toda la acción política. Es una definición sumamente concreta, que requiere de una explicación.

Por política entendemos las acciones de gobierno (*in extenso*) tendentes al bien común. La regla es que toda acción de gobierno (sea o no política) debe ser pública, es decir, accesible para su consulta por cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés jurídico, exceptuando aquella información que por su naturaleza jurídica deba mantenerse en secrecía.

Se ha dicho que la gestión de gobierno debe ser tan transparente que pueda ser verificada y visualizada por cualquier particular *como si se realizará en una vitrina*, coincidimos con tal analogía. Emmerich indica que “en el siglo XXI, democracia, ciudadanía y transparencia irán de la mano, o no serán”.⁶ La importancia del concepto de transparencia también es destacada por Guerrero Chiprés, “al centro de la discusión sobre democracia, rendición de cuentas y eficiencia gubernamental está ahora la noción de transparencia”.⁷

En México, de manera notoria, las bases que dan sustento a la transparencia (se les denominan principios) han sido ignoradas una y otra vez, son

⁵ Guerrero, Juan Pablo, “Transparencia: de la abstracción a la operación de un concepto”, en Merino, Mauricio, *Transparencia: libros, autores e ideas*, México, IFAI-CIDE, 2005, p. 46.

⁶ Emmerich, Gustavo Ernesto, “Democracia, ciudadanía y transparencia”, en Mayer Serra, Carlos Elizondo *et al.*, *Democracia y transparencia*, México, IEDF, Colección Sinergia, 2009, p. 13.

⁷ Guerrero Chiprés, Salvador, *Claroscuros de la transparencia en el DF*, México, CDHDF-INFODF, 2006, p. 9.

muchas las causas de esta violación sistemática, quizás precisamente porque la opacidad es un elemento estructural del sistema político mexicano.

Es cierto que el sistema político no es un componente aislado, sino que forma parte de la cultura nacional, en términos del materialismo histórico es un elemento más de la superestructura, y ésta a su vez es integrada por el conjunto de acciones de la sociedad en general, de tal manera que bien se puede decir que el sistema político es un *fruto* entre muchos más de la cultura mexicana.

La pregunta que cabe formular es, ¿existe una cultura mexicana?, de existir ésta, ¿en qué consiste?; evidentemente existen manifestaciones sociales que integran un conjunto al cual podemos llamarle *cultura mexicana*. Concurren una serie de conductas habituales y costumbres, que forman parte del comportamiento *común* de los mexicanos.

En la construcción de una ideología común, confluyen diversos factores, que pueden resumirse en los sucesos históricos que marcan el destino de una nación.

2. La cultura política, herencia histórica de la nación

México es una nación formada como consecuencia de la fusión de dos cosmovisiones distintas:⁸ española e indígena, en la que imperó la cultura hispana.

No obstante que la cultura mexicana tiene un componente español mayoritario (idioma, religión, jurisprudencia, por mencionar los más evidentes) hay algunos elementos que provienen de su matriz indígena que no deben soslayarse.

Como se sabe, el proceso de conquista española, a lo que hoy llamamos México, se dio hacia un conjunto heterogéneo de pueblos, que no integraban una unidad nacional, el más importante (por el dominio al cual tenía sometido a un amplio grupo de pueblos) era el “Estado mexica”, sin embargo se reitera que, a pesar de la relativa homogeneidad cultural que existía entre las comunidades indígenas (religiones similares, valores morales comunes, orden normativo símil, estructuras políticas, satisfactores económicos y organización comercial emparentadas, etcétera), estaban claramente divididos

⁸ Si bien se tienen componentes culturales heredados de las raíces africanas subsaharianas y de la migración asiática, en realidad ocupan espacios marginales en la integración de la nación mexicana.

entre ellos, o dicho de otro modo, tenían una organización política similar a las ciudades-Estado de la Edad Antigua.

Uno de los temas que más se destaca de la cultura prehispánica es la severidad con la que se castigaban los delitos, y el enorme valor que se le daba a la honestidad y al reconocimiento de la palabra, quizás en gran medida a la incipiente escritura que debía ser acompañada de interpretaciones orales. Es decir, la importancia de la honestidad y de la “transparencia” entre el decir y el hacer, no sólo era consecuencia de ideales sociales, sino de necesidades derivadas de sus propias condiciones de vida.

Los españoles que logran la conquista de América —específicamente para este ensayo, de Mesoamérica y Aridoamérica (el México histórico y el actual) — a su vez eran los descendientes directos de aquellos que lograron la reconquista de la península ibérica, la expulsión de los moros no sólo se debió a sus habilidades estratégicas militares, la historia de la reconquista muestra (y la leyenda del Cid es prueba de ello) que los reinos cristianos se valieron de todo tipo de estratagemas para lograr la ansiada reconquista después de la antigua Hispania romana.

Como se dice coloquialmente en México, los españoles se hicieron *mañosos* en el transcurso de los siete siglos que lucharon contra los árabes por reconquistar su *patria*, es más, se puede decir que la construcción del nacionalismo español en gran medida es debido a esa larga lucha, de otro modo hubiesen estado los reinos cristianos de la península ibérica tan divididos entre sí, como lo estaban los pueblos indígenas de América.

Entre las *habilidades* que adquirieron los españoles está precisamente el engaño, el fraude, *la corrupción*. A esto debe sumársele que las estructuras político-sociales en Europa obedecían a sistemas bastante cerrados, con una mínima movilidad social, tendente a la nulidad, así que si un siervo quería cambiar el sino bajo el cual había nacido, existían muy pocas alternativas, esencialmente dos: el clero o la milicia que, sin embargo, no le garantizaban nada; a estas rutas debía abonarles, astucia, suerte e inversión. En pocas palabras, aceptar la maquinaria estatal (López Portillo *dixit* en otro contexto) para permitir su flujo.

La corrupción (manifestada de todas las maneras imaginables) se presentó en los dominios españoles americanos y se convirtió muy pronto en uno de los “pilares” que sustentaban el edificio social.

El ingrediente indígena (división) rompió con el paradigma español de unidad, lo cual es fácil de explicar, la Nueva España era una colonia con

una clara división de clases (castas) entre las cuales los españoles ocupaban un espacio de privilegio, por encima de los españoles nacidos en América (criollos) y por supuesto del resto de los integrantes del conjunto social (indígenas, africanos, los mestizos y en menor medida los inmigrantes asiáticos).

La notoria distinción entre castas sociales impidió generar una nación. Así que la Colonia era una sumatoria de naciones que confluían en tiempo y espacio, sin que dieran pie a una comunidad nacional.

Gráficamente podemos ofrecer una representación de la compleja situación social que presentó la Nueva España durante sus tres siglos de existencia:

<i>Grupo étnico/racial ("casta")^a</i>	<i>Posición económica-social^b</i>	<i>Idioma^c</i>	<i>Religión^d</i>	<i>Bases culturales predominantes^e</i>
Indígenas (<i>indios</i>)	Baja, base trabajadora	Náhuatl, español y otras lenguas indígenas	Mezcla de ritos y costumbres prehispánicas con la católica	Trabajo Honestidad Desunión Desconfianza Obediencia
Europeos (nacidos en Europa —gachupines—)	Alta, detentadores del poder político y económico	Español	Católica	Trabajo Riqueza Poder Unión Obediencia
Europeos (nacidos en América —criollos—)	Alta y media, algunos compartieron el poder económico	Español con aportaciones de palabras indígenas	Católica	Trabajo Riqueza Poder Desunión Rebelde

^a Cfr. Colegio de México, *Historia mínima de México*, México, COLMEX, 1990.

^b *Idem*.

^c Cfr. León Portilla, Miguel, *El destino de la palabra: de la oralidad y los códices mesoamericanos a la escritura alfabética*, México, El Colegio Nacional, 1996.

^d Cfr. Colegio de México, *Historia mínima de México*, *cit*.

^e Cfr. León Portilla, Miguel, *La visión de los vencidos*, México, UNAM, versión electrónica, consultable en: <http://biblioweb.dgsca.unam.mx/libros/vencidos/indice.html>.

Mestizos (aunque esta “casta” se refirió originariamente a la descendencia de europeos con indígenas, para efectos de este trabajo nos referiremos como mestizos a cualquier descendiente de grupos originariamente distintos).	Baja, base trabajadora	Español con mucho influjo de lenguas indígenas (palabras, sintaxis, entonación)	Católica con influencia de ritos indígenas	Trabajo Desunión Desconfianza Rebeldía
Africanos y asiáticos	Baja (africanos), baja y media (asiáticos) base trabajadora	Español con mucha influencia de sus lenguas originarias	Católica (a veces sustituyendo sus creencias de manera subrepticia, especialmente los africanos —santería—)	Trabajo Desunión Desconfianza Rebeldía

Como vemos, el panorama social era sumamente complejo; gobernar este conjunto de comunidades ha sido una labor difícil, que en muchos aspectos se sustentó en el uso de la fuerza.

De tal modo que el concepto del poder ilimitado, específicamente el ejercicio de éste (de manera autoritaria) se enquistó en la “conciencia social”, y esa herencia de tres siglos ha marcado el destino de la nación mexicana en los 200 años de vida independiente. Para concluir este apartado, dado el vínculo que hemos expuesto entre transparencia y política, las palabras de Kaufman confirman nuestra afirmación, al indicar: “la transparencia es fundamental para mejorar la gobernanza, para controlar la corrupción, para mitigar la captura del Estado y los intereses creados”.⁹

⁹ Kaufman, Daniel, “Transparencia, acceso a la información y gobernanza: un marco internacional empírico con implicaciones para México”, en INFODF, *Transparencia, confianza ciudadana e instituciones*, México, Seminario Internacional, Memoria, INFO-DF, CDHDF, UNAM, IFAI, 2007, p. 35.

III. ÉTICA JUDICIAL Y TRANSPARENCIA

Tradicionalmente se ha dividido el ejercicio del poder en tres ámbitos: la creación de las leyes (Poder Legislativo), la impartición de justicia (Poder Judicial) y la administración pública (Poder Ejecutivo). El surgimiento de los organismos autónomos ha venido a complicar esta división, al ya de por sí complejo ejercicio del poder público.¹⁰

Sin embargo, esta división del poder no es exacta, admite diversas excepciones; específicamente, por lo que hace a la impartición de justicia, encontramos que existen varios tribunales que no forman parte del Poder Judicial, así como manifestaciones jurisdiccionales del poder que no están encomendadas a dicho poder (como el indulto del Poder Ejecutivo, o la amnistía y el juicio político del Poder Legislativo); por eso es preferente el uso del término jurisdiccional (que atiende a la esencia de la acción: impartir justicia) al de judicial (que refiere a la estructura formal).

Impartir justicia ha sido motivo de airadas discusiones, la palabra justicia de por sí es polémica, por ello es que los positivistas han renunciado a ese ideal, en aras de uno más cercano y tangible: legalidad.

La incertidumbre en la aplicación de la ley, fue uno de los reclamos más fuertes durante la Revolución Francesa, el *ius positivismo* que tuvo en el *Code Civil* su obra maestra, buscaba limitar la interpretación que los jueces hacían de la ley, mediante un código que previera todos los supuestos posibles y que además contuviera los criterios de interpretación; con su promulgación, se consideró que se resolvería esta demanda popular.

Y es que la evidencia empírica no deja lugar a dudas, la aplicación-interpretación del derecho dependía (en realidad hay quienes afirmamos que esto sigue siendo una realidad) del poder adquisitivo de las partes en litigio.

Desde que se generó la división del trabajo, la conducta humana además de limitarse por las normas jurídicas, también ha sido regulada por otro tipo de normas, que si bien no tiene esa fuerza obligatoria que caracteriza a las jurídicas, sí comparte el carácter deontológico y axiológico; es más:

¹⁰ Esto sin menoscabo de la tesis originaria de Ferdinand La Salle, en cuanto a que una Constitución no es otra cosa más que la *suma de los factores reales del poder*. Lo que, claro está, incluye a sectores que no necesariamente forman parte del poder institucional; ya se ha aludido a una amplia diversidad de tratadistas y desde variadas ópticas al ejercicio del poder desde el ámbito privado.

en esencia, toda norma jurídica es, a su vez, una norma ética; dicho de otro modo: todas las normas jurídicas deben ser normas éticas.

Como consecuencia de la distinción indicada en el párrafo inmediato anterior, las normas éticas que no son jurídicas, tienen reservado ese espectro de conducta que “no es tan relevante” como para ser normado con fuerza obligatoria, siguiendo a Díaz,

las normas morales obligan *internamente* (y ningún juez tiene autoridad para juzgar a nadie en materia ética), mientras las jurídicas *externamente*: por desgracia los jueces perversos pueden juzgar en su ámbito incluso cuando la sentencia es injusta, la cual en realidad no repara la violación del derecho, sino que por el contrario lo consagra. La sentencia injusta cumple el cometido secundario y material de toda sentencia, pero no realiza su misión, que es la de *restaurar el derecho reintegrando a cada quien lo suyo*, aquello de lo que se le había privado.¹¹

Los órganos jurisdiccionales del Estado (sean judiciales, ejecutivos o autónomos) tiene normado su actuar con base en leyes orgánicas y reglamentos que determinan organización, procedimientos, funciones y atribuciones; no obstante, no hay cuerpo normativo que pueda prever todas las situaciones de hecho que puedan presentarse en el ejercicio del poder; así, múltiples casos específicos han escapado a la normatividad explícita, esto dio “margen” de maniobra que derivó en conductas (aparentemente lícitas, pero inmorales).

En aras de resolver este dilema (la imposibilidad de prever legalmente todos los supuestos que pueden presentarse y la necesidad de orientar de un modo explícito la conducta de los funcionarios judiciales) han sido expedidos los códigos de ética, que han proliferado en la mayor parte de los órganos jurisdiccionales.

Al inicio de este ensayo aludimos a la transparencia como un presupuesto de la política, entendemos por política a la acción de gobierno (en general) orientada al bienestar común. Bajo la tesitura clásica de dividir el ejercicio del poder en: impartición de justicia, expedición de leyes y administración pública, queda claro que la transparencia va implícita en el ámbito jurisdiccional. Y que la ética judicial *debería* exponer permanentemente una conducta transparente. Esta relación: ética judicial y transparencia no ha

¹¹ Díaz Hernández, Carlos, *La ética del juez*, México, SCJN, 2013, p. 160.

sido evidente para los estudiosos de la ética judicial, al grado de que investigaciones especializadas han omitido incluir este binomio.¹²

1. *Principios constitucionales en materia jurisdiccional*

Es amplio el listado de los principios constitucionales en materia jurisdiccional, por ello es que sólo indicamos las disposiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene respecto a la impartición de justicia y que estrechamente se vinculan con nuestro objeto de análisis, veamos lo preceptuado por los artículos 14 y 16 (en su primer párrafo):

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Estos artículos constitucionales orientan y determinan la actividad jurisdiccional (y estatal en general) en gran medida, y consagran principios que a fuerza de ser obligatorios se han convertido *en caminos de una sola vía por la cual debe transitar el quehacer jurisdiccional*. Veamos:

1. *Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con*

¹² Cfr. Varios, *Casos prácticos de ética judicial*, México, SCJN, 2011.

anterioridad al hecho.¹³ Este largo enunciado que encierra en gran medida la esencia por la cual el pueblo ha cedido su libertad primitiva hacia un ente que le dé cohesión social, es por la *seguridad jurídica*, que en este punto en particular se traduce en que la única manera de ser molestado en su esfera personal patrimonial sea por medio de un mandato judicial; éste deberá manifestarse atendiendo a la normatividad aplicable, que sucintamente equivale a *las formalidades esenciales del procedimiento*; de otro modo estaríamos ante la arbitrariedad del poder público.

2. *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*.¹⁴ Este principio llevado a la *praxis* penal, es la tipicidad, que en general aplica a todo el orden jurídico, con ciertos matices, es decir, apegada la práctica jurídica mexicana a la escuela de la exégesis francesa, que es el positivismo jurídico en su más pura expresión, prácticamente ninguna conducta que no esté prevista por la normativa (aunque se advierta ilícita) es sancionada; si bien este principio en el campo del derecho penal es entendible y justo (dada la severidad de las sanciones penales) no tiene por qué ser aplicado en automático en otros sectores de la normatividad jurídica.
3. *En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*.¹⁵ Este principio proporciona un mayor margen de maniobra para los órganos jurisdiccionales, no obstante, en los hechos ha facultado la emisión de sentencias, que formalmente podrán cubrir los requisitos que la ley contempla, pero por lo que hace a la esencia de los casos en litigio pareciera que el sentido de la resolución es contrario a la idea de justicia generalizada (el mejor ejemplo y además reciente, es el caso Florence Cassez).
4. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del proce-*

¹³ Artículo 14 constitucional, párrafo segundo.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo cuarto.

dimiento.¹⁶ La falta de fundamentación y motivación en la emisión de los actos de autoridad es, seguramente, la principal causa por la cual se conceden los *amparos* en México; si bien, pareciera que fundar solamente significa vincular la acción pública con el sustento legislativo que la faculta, la realidad es que muchas veces este mínimo requisito, es “cumplido” a la ligera o peor aún, totalmente omitido; sin embargo, el relativo a motivar, queda peor posicionado, porque motivar es precisamente la labor de argumentación, que razona el porqué de un acto de autoridad, más cuando éste se traduce en un daño o perjuicio para el particular.

2. *Jurisprudencia*

El Poder Judicial de la Federación ha emitido criterios que permiten definir qué se entiende por fundamentación y motivación, en gran medida la terminología práctico-técnica para referirse a la argumentación jurídica que todo ente público debe realizar.

Destacamos tres tesis jurisprudenciales, dos de la Décima Época y una de la Séptima, esta última aunque ya no es obligatoria, no ha sido derogada por ningún otro criterio en sentido contrario.

SEGURIDAD JURÍDICA. ALCANCE DE LAS GARANTÍAS INSTRUMENTALES DE MANDAMIENTO ESCRITO, AUTORIDAD COMPETENTE Y FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA ASEGURAR EL RESPETO A DICHO DERECHO HUMANO.¹⁷ De las jurisprudencias 1a./J. 74/2005 y 2a./J. 144/2006, de la Primera y Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, ts. XXII, agosto de 2005, p. 107, de rubro: “PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN UNA VÍA INCORRECTA. POR SÍ MISMO CAUSA AGRAVIO AL DEMANDADO Y, POR ENDE, CONTRAVIENE SU GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA”, y XXIV, octubre de 2006, p. 351, de rubro: “GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. SUS ALCANCES”, respectivamente, se advierte una definición clara del contenido del derecho humano a la seguridad jurídica,

¹⁶ Artículo 16 constitucional, párrafo primero.

¹⁷ Tesis IV.2o.A.50 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2005777, Tribunales Colegiados de Circuito, libro 3, t. III, febrero de 2014, p. 2241, tesis aislada (constitucional).

imbibido en el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste en que la persona tenga certeza sobre su situación ante las leyes, o la de su familia, posesiones o sus demás derechos, en cuya vía de respeto la autoridad debe sujetar sus actuaciones de molestia a determinados supuestos, requisitos y procedimientos previamente establecidos en la Constitución y en las leyes, como expresión de una voluntad general soberana, para asegurar que ante una intervención de la autoridad en su esfera de derechos, sepa a qué atenerse. En este contexto, de conformidad con el precepto citado, el primer requisito que deben cumplir los actos de molestia es el de constar por escrito, que tiene como propósito que el ciudadano pueda constatar el cumplimiento de los restantes, esto es, que provienen de autoridad competente y que se encuentre debidamente fundado y motivado. A su vez, el elemento relativo a que el acto provenga de autoridad competente, es reflejo de la adopción en el orden nacional de otra garantía primigenia del derecho a la seguridad, denominada principio de legalidad, conforme al cual, las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo cual expresamente les facultan las leyes, en el entendido de que la ley es la manifestación de la voluntad general soberana y, finalmente, en cuanto a fundar y motivar, la referida Segunda Sala del Alto Tribunal definió, desde la Séptima Época, según consta en su tesis 260, publicada en el Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, t. VI, materia común, primera parte, p. 175, de rubro: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, que por lo primero se entiende que ha de expresarse con exactitud en el acto de molestia el precepto legal aplicable al caso y, por motivar, que también deben señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para su emisión, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, lo cual tiene como propósito primordial, confirmar que al conocer el destinatario del acto el marco normativo en que el acto de molestia surge y las razones de hecho consideradas para emitirlo, pueda ejercer una defensa adecuada ante el mismo. Ahora bien, ante esa configuración del primer párrafo del artículo 16 constitucional, no cabe asumir una postura dogmatizante, en la que se entienda que por el solo hecho de establecerse dichas condiciones, automáticamente todas las autoridades emiten actos de molestia debidamente fundados y motivados, pues la práctica confirma que los referidos requisitos son con frecuencia inobservados, lo que sin embargo no demerita el hecho de que la Constitución establezca esa serie de condiciones para los actos de molestia, sino por el contrario, conduce a reconocer un panorama de mayor alcance y eficacia de la disposición en análisis, pues en la medida en que las garantías instrumentales de man-

damiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación mencionadas, se encuentran contenidas en un texto con fuerza vinculante respecto del resto del ordenamiento jurídico, se hace posible que los gobernados tengan legitimación para aducir la infracción al derecho a la seguridad jurídica para asegurar su respeto, únicamente con invocar su inobservancia; igualmente se da cabida al principio de interdicción de la arbitrariedad y, por último, se justifica la existencia de la jurisdicción de control, como entidad imparcial a la que corresponde dirimir cuándo los referidos requisitos han sido incumplidos, y sancionar esa actuación arbitraria mediante su anulación en los procedimientos de mera legalidad y, por lo que atañe al juicio de amparo, a través de la restauración del derecho a la seguridad jurídica vulnerado.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.¹⁸ De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución federal todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

Séptima Época:

Amparo en revisión 8280/67, Augusto Vallejo Olivo, 24 de junio de 1968, cinco votos.

Amparo en revisión 3713/69, Elías Chahín. 20 de febrero de 1970, cinco votos.

Amparo en revisión 4115/68, Emeterio Rodríguez Romero y coags, 26 de abril de 1971, cinco votos.

Amparo en revisión 2478/75, María del Socorro Castrejón C. *et al.*, 31 de marzo de 1977, Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 5724/76, Ramiro Tarango R. *et al.*, 28 de abril de 1977, cinco votos.

Nota: Aparece también publicada en el Informe de 1973, parte II, con la tesis número 11, en la página 18, y se publican además los siguientes precedentes (en lugar de los A. R. 2478/75 y 5724/76):

¹⁸ Tesis 260, Apéndice de 1995, Séptima Época, 394216, Segunda Sala, t. VI, parte SCJN, p. 175, jurisprudencia (común).

Amparo en revisión 9598/67. Oscar Leonel Velasco Casas. 1 de julio de 1968, cinco votos. Ponente: Alberto Orozco Romero.

Amparo en revisión 7258/67. Comisariado Ejidal del Poblado de San Lorenzo Tezonco, Iztapalapa. D. F. *et al.* 24 de julio de 1968, cinco votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez.

INADECUADAS FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. ALCANCE Y EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.¹⁹ Si al emprender el examen de los conceptos de violación se determina que las normas que sustentaron el acto reclamado no resultaban exactamente aplicables al caso, se está en el supuesto de una violación material o sustantiva que actualiza una indebida fundamentación y debe considerarse inconstitucional el acto reclamado, ya que dicha violación incide directamente en los derechos fundamentales establecidos en el artículo 16 de la carta magna. Lo mismo sucede cuando las razones que sustentan la decisión del juzgador no están en consonancia con los preceptos legales aplicables, ya que la citada norma constitucional constriñe al juzgador a expresar las circunstancias especiales y razones particulares que justifican la aplicación del derecho; de tal suerte que si no existe adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, entonces el acto de autoridad carece de respaldo constitucional, lo que justifica la concesión del amparo. Esto no significa que el juez de amparo se sustituya en el quehacer de la responsable; por el contrario, con ello cumplirá precisamente la función que le es encomendada, al ordenar a la autoridad que finalmente ajuste su decisión a las normas constitucionales que le imponen el deber de fundar y motivar adecuadamente el acto privativo o de molestia.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 152/2012. Sutegamma Inmobiliaria, S. A. de C. V., 21 de junio de 2012, unanimidad de votos. Ponente: Fernando Rangel Ramírez. Secretario: Jaime Delgadillo Moedano.

3. *Argumentación y deontología jurídica*

Existen diferentes posiciones de lo que puede entenderse por argumentación jurídica. Al menos son tres las perspectivas desde las cuales puede

¹⁹ Tesis I.5o.C.3 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 2002800, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XVII, febrero de 2013, t. 2, p. 1366, tesis aislada (común).

abordarse (epistemológicamente hablando) la teoría de la argumentación jurídica:

a) Empírica. El objetivo de la teoría de la argumentación jurídica sería describir las decisiones derivadas de los órganos jurisdiccionales, auxiliándose de diversas disciplinas, como la economía, la sociología, la psicología, la antropología, etcétera; sin embargo, las causas sicosociales han sido suplidas por el estudio del llamado contexto de justificación en el que sólo resulta relevante el carácter justificado o no de una decisión, independientemente de su causa psicológica o social.²⁰

b) Analítica. En este supuesto, el fin de la teoría de la argumentación jurídica es conceptualizar y sistematizar sus contenidos. Lo cual significa la reproducción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática.²¹

c) Normativa. En este caso la finalidad de la teoría de la argumentación jurídica es proporcionar instrumentos y mecanismos que mejoren la argumentación que realizan los operadores jurídicos, incluyendo propuestas de cómo deben decidir.²²

Cárdenas resume en los siguientes términos:

En cuanto a la argumentación, debe señalarse que consiste como actividad en la generación y producción de razones para justificar pretensiones. Sobre la argumentación podemos decir que existen tres concepciones: la formal, que define al argumento y a la argumentación como una inferencia lógico-formal; la materia, propia de la tópica o retórica, se ocupa de la corrección material de los argumentos y, fundamentalmente, de la búsqueda de más y mejores razones. En la concepción material interesa el que da más y mejores razones. En la concepción material interesa el proceso de argumentación y el balance de las razones. La concepción dialéctica de la argumentación, por su parte, entiende el proceso argumentativo como una serie de interacciones humanas, esto es, se trata de un proceso dialógico sometido a reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas.²³

²⁰ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2005, p. 54.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 36.

Respecto al concepto de deontología, éste fue, probablemente, propuesto por primera vez por Bentham, en su obra *Deontology, or Science of Morality* (*Deontología o ciencia de la moral*) publicada en 1834, “en la que se ocupó de estudiar los deberes que han de cumplirse para alcanzar el ideal utilitario del mayor placer posible para el mayor número posible de individuos”.²⁴

La deontología jurídica puede ser conceptualizada como “la rama de la filosofía jurídica que tiene como finalidad específica la determinación de cómo debe ser el derecho y cómo debe ser aplicado”.²⁵

Según Del Vecchio, la deontología jurídica es la rama de la filosofía del derecho que tiene por objeto el estudio de la justicia.²⁶

El constructo *deontología* también suele utilizarse como el conjunto de “deberes que han de cumplirse en una profesión determinada: de donde se desprende que, en este sentido particular, la deontología jurídica se identifica con la ética profesional de los juristas”.²⁷

Para este texto, coincidimos con la siguiente definición: la deontología jurídica es el “apartado filosófico que identifica las conductas éticamente valiosas del quehacer de los operadores jurídicos”.²⁸

4. *Dialéctica argumentativa-deontológica*

Todos estos puntos estudiados nos llevan a proponer una hipótesis:²⁹ la práctica jurisdiccional debe reflejar en todos y cada uno de sus actos una sólida argumentación jurídica, sustentada en la deontología jurídica del órgano jurisdiccional.

Esto puede explicitarse bajo el siguiente silogismo bicondicional, que es una proposición de la forma “P si y sólo si Q” y afirma que la proposición P será verdadera cuando y exclusivamente Q también lo sea, así como también P será falsa cuando Q lo sea:

Argumentación jurídica **si y sólo si** deontología jurídica. Gráficamente puede representarse del modo siguiente:

²⁴ Simental Franco, Víctor Amaury, *Argumentación jurídica, práctica y deontología*, México, Porrúa, 2015, p. 19.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Cfr.* Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1980.

²⁷ Simental Franco, Víctor Amaury, *Argumentación...*, *cit.*, p. 19.

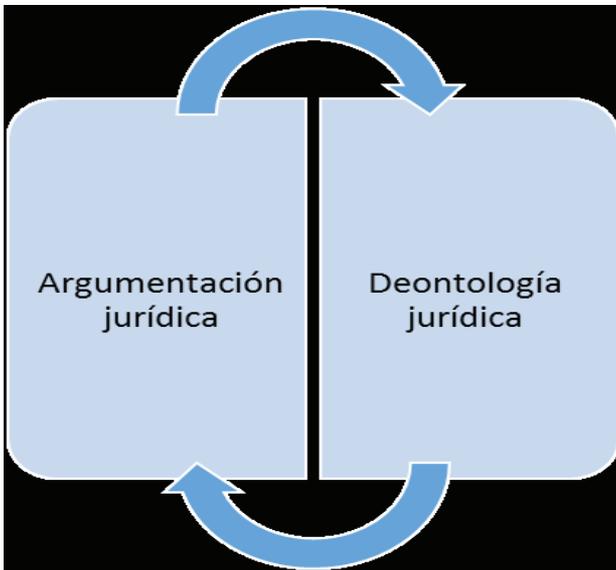
²⁸ *Ibidem*, p. 20

²⁹ *Idem*.

Argumentación jurídica = Aj
Deontología jurídica = Dj
Esto nos lleva a la siguiente formula:

$$Aj \Leftrightarrow Dj$$

La cual se lee: argumentación jurídica, sí y sólo sí, deontología jurídica.



Bajo esta fórmula, sólo hay argumentación jurídica cuando hay deontología jurídica y viceversa.
Finalmente, desde una postura notoriamente idealista y “ambiciosa”:

- La función jurisdiccional es una manifestación de la argumentación jurídica.
- Siendo la función jurisdiccional en esencia argumentación jurídica, es por tanto también una manifestación expresa de la *deontología jurídica*.

Resumiendo, no hay alternativa para la función jurisdiccional en todo Estado que aspire a constituirse como una democracia real; ésta es deontología jurídica.

Podemos afirmar que la deontología jurídica es la manifestación empírica de los valores éticos. En el mismo sentido se manifiesta De la Torre, quien indica que la deontología jurídica actual no puede ser concebida separada de la moral (entendida ésta como la manifestación de conductas valiosas), y que la deontología debe procurar unos mínimos obligatorios para todos.³⁰

IV. LA TRANSPARENCIA, PRINCIPIO Y FIN DE LA ÉTICA JUDICIAL

1. *Deontología jurídica versus virtudes judiciales*

Se expuso inicialmente a la transparencia como un presupuesto de toda la actividad pública (precisamente por ello la falta de definición en diccionarios políticos de autoridad); hemos explicado cómo la función jurisdiccional (en la que se incluye, por obviedad a la judicial) se manifiesta por medio de la argumentación jurídica y que ésta es (en esencia) deontología jurídica; así llegamos al punto de indicar que la ética judicial dispone de una teleología que, como la luz al atravesar un prisma, expresa múltiples facetas, una de éstas es la transparencia.

Sin embargo, existen autorizadas voces que perciben desde una posición distinta (y en cierto sentido contraria) a la función jurisdiccional y la transparencia que *debe* acompañarle, en específico la perspectiva que indica la primacía de las virtudes sobre la deontología, veamos las siguientes opiniones:

Amaya Navarro compara entre la ética de la virtud y la ética jurídica como preámbulo a la distinción entre virtudes y deontología.

La ética de la virtud considera las virtudes, en lugar de los deberes y las reglas (como el deontologismo) o las consecuencias de las acciones (como el consecuencialismo), como el concepto fundamental en teoría moral. A diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, la ética de la virtud se centra en el agente, y no en el acto; en el carácter, y no en la conducta. El deontologismo y el consecuencialismo son teorías morales

³⁰ Cfr. Torre Díaz, Francisco Javier de la, *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dyckinson, 2005.

que tratan de responder a la pregunta de qué debe uno hacer. A diferencia de estas teorías, la ética de la virtud está principalmente orientada a resolver la pregunta de qué tipo de persona debe uno ser.³¹

En el mismo sentido se expresa Solum, quien además sostiene que una teoría centrada en las virtudes logra demostrar el rol que juega el juicio práctico virtuoso en la aplicación de las reglas a situaciones de hecho particulares. Además, una teoría de la decisión centrada en las virtudes permite una mejor comprensión del fenómeno del legítimo desacuerdo judicial.³²

Sin duda, argumentos sólidos apoyan la visión de las virtudes judiciales, sin embargo, es precisamente la característica principal de este enfoque teórico lo que le afecta para proponerlo como el modelo a seguir tanto para el estudio como para la práctica jurisdiccional, el énfasis que pone en el sujeto y en características que son netamente subjetivas: las virtudes.

Para quien esto escribe, el modelo deontológico-argumentativo es preferible porque proporciona menos variables que el *virtuoso*. Esto es, genera elementos que objetivamente indican el qué, independiente del quién.

2. La función jurisdiccional y la transparencia

Contrario a quienes indican que la única finalidad de la función jurisdiccional es la de dar justicia, consideramos que existen fines paralelos complementarios, específicamente para el tema que nos ocupa, la transparencia es un fin de la función jurisdiccional, en seguida justificaremos nuestra visión.

Para explicar nuestra hipótesis recurramos a un ejemplo, un juez resuelve un conflicto X entre dos particulares a y b , la sentencia es respetada por ambas partes por considerarla justa, pero un particular c (con interés jurídico o sin él) no puede tener acceso al expediente, o tiene acceso parcial al mismo. Ese particular c puede ser una persona, cien, mil o un millón, el número es indeterminable, porque el interés de uno puede multiplicarse indefinidamente.

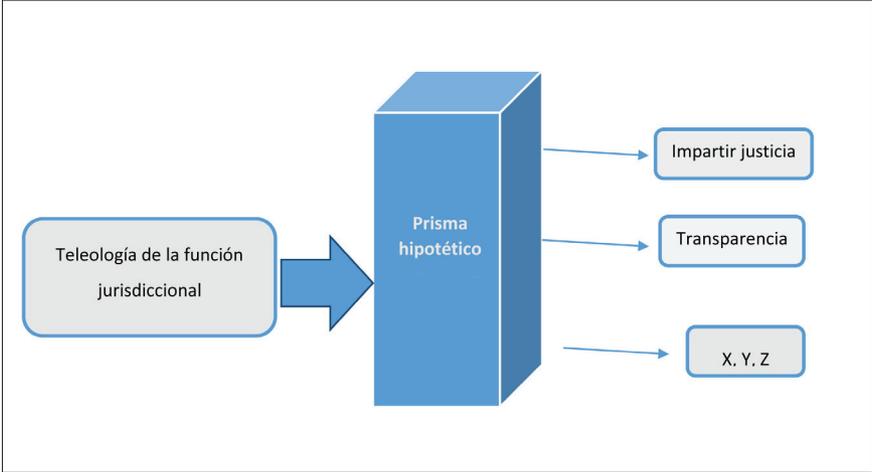
³¹ Amaya Navarro, María Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 19.

³² Cfr. Solum, Lawrence B., “Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, núm. 69, 2013, versión electrónica, disponible en: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/1571/1442>

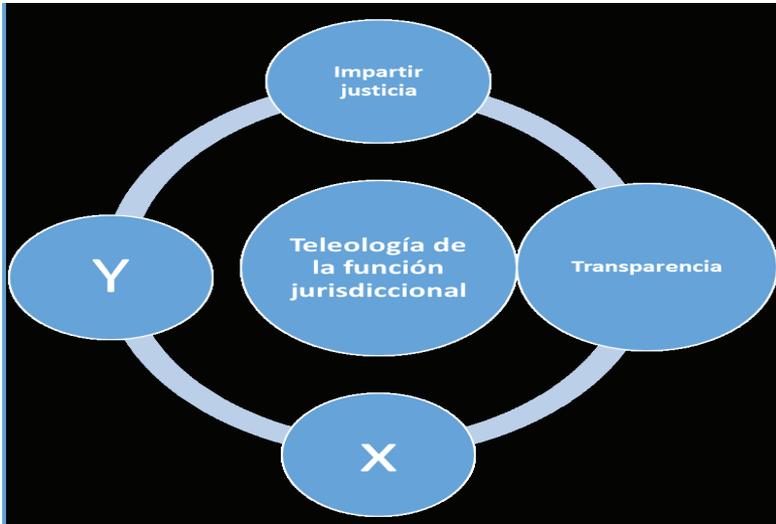
Bajo el supuesto antes expuesto, se explica como un fallo que puede ser justo (o no), que puede ser aceptado y acatado por las partes (o no), pero que no es publicitado, restringe la concepción ética de la función jurisdiccional.

Esto lo podemos esquematizar de la siguiente manera:

Donde x, y, z, significan cualquier otra función que corresponda a los fines de la actividad jurisdiccional.



En el gráfico siguiente se destaca cómo uno de los fines de la función jurisdiccional, concomitante al de impartir justicia, es el de la transparencia.



V. CONCLUSIONES

La función judicial, separada de la jurisdiccional sólo por la formalidad del órgano que la desempeña, es una de las manifestaciones del poder político; por tanto, tiene las mismas características genéricas respecto a las relativas de los órganos ejecutivo y legislativo.

La transparencia es un presupuesto de las manifestaciones del poder público; en consecuencia, lo es también del quehacer judicial.

Debido a las limitaciones de la legislación, específicamente la imposibilidad de prever todas las situaciones fácticas, se ha promovido la implementación de códigos de ética, que orienten la actuación de los funcionarios judiciales, a efecto de generar conductas valiosas, con independencia de que estén o no tipificadas.

La ética judicial tiene una relación tan estrecha con la transparencia, que se puede advertir por medio de la manifestación más evidente de los actos jurisdiccionales: la argumentación jurídica.

Hay argumentación jurídica *si y sólo si* hay deontología jurídica.

La deontología jurídica es la expresión de los valores considerados por la ética, de tal manera que la ética es el sustrato de la deontología.

La función jurisdiccional (género del cual forma parte la función judicial) persigue un *crisol teleológico*, es decir, la justicia no es la única finalidad de la función jurisdiccional.

En estrecha relación con la afirmación del párrafo inmediato anterior, la transparencia es una de las finalidades que tiene la función jurisdiccional.

La transparencia es un principio y un fin para la función jurisdiccional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA NAVARRO, María Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

BOBBIO, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 2007.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

DÍAZ HERNÁNDEZ, Carlos, *La ética del juez*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

- EMMERICH, Gustavo Ernesto, “Democracia, ciudadanía y transparencia”, en MAYER SERRA, Carlos Elizondo *et al.*, *Democracia y transparencia*, México, IEDF, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2005.
- GUERRERO, Juan Pablo, “Transparencia: de la abstracción a la operación de un concepto”, en MERINO, Mauricio, *Transparencia: libros, autores e ideas*, México, IFAI-CIDE, 2005.
- GUERRERO CHIPRÉS, Salvador, *Claroscuros de la transparencia en el DF*, México, CDHDF-INFODF, 2006.
- KAUFMAN, Daniel, “Transparencia, acceso a la información y gobernanza”, *Transparencia, confianza ciudadana e instituciones*, México, INFODF-CDHDF-IFAI-UNAM, 2007.
- LEÓN PORTILLA, Miguel, *El destino de la palabra: de la oralidad y los códigos mesoamericanos a la escritura alfabética*, El Colegio Nacional, México, 1996.
- , *La visión de los vencidos*, México, UNAM, versión electrónica, disponible en: <http://biblioweb.dgscu.unam.mx/libros/vencidos/indice.html>.
- NOHLEN, Dieter, *Diccionario de ciencia política*, México, Porrúa, 2006.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., octubre de 2014.
- SIMENTAL FRANCO, Víctor Amaury, *Argumentación jurídica, práctica y deontología*, México, Porrúa, 2015.
- SOLUM, Lawrence B., “Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Revista Persona y Derecho, Universidad de Navarra*, núm. 69, 2013, versión electrónica, disponible en: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/1571/1442>
- Varios, *Casos prácticos de ética judicial*, México, SCJN, 2011.
- Varios, *Historia mínima de México*, México, El Colegio de México, 1990.
- TORRE DÍAZ, Francisco Javier de la, *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dyckinson, 2005.
- VECCHIO, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1980.

Fecha de recepción: 23 de enero de 2016.

Fecha de dictamen: 9 de febrero de 2016.

C