

ENTREVISTA

**JOSÉ FERNANDO
TORRES VARELA**

Experto en *legal design*
de la Universidad de Stanford

**UNA RADIOGRAFÍA
CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS
SOCIALES**

Roberto Medina Reyes

**EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL MARCO
DE SU COMPARECENCIA PERSONAL ANTE
LOS TRIBUNALES CIVILES Y LA ADUCIDA
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 72 DE LA
LEY 834 DE 1978**

Édynson Alarcón Polanco

Estamos calificados por Latindex

Sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal.



CONTENIDO

- 05** ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
UNA RADIOGRAFÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES
 Roberto Medina Reyes
- 35** ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL MARCO DE SU COMPARECENCIA PERSONAL ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES Y LA ADUCIDA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 72 DE LA LEY 834 DE 1978
 Édynson Alarcón Polanco
- 44** ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
EL SECRETO PROFESIONAL: PRINCIPIO ÉTICO-CONSTITUCIONAL PROPULSOR DEL OBJETIVO 16 DE LA AGENDA 2030 DE LA ONU PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE
 Jorge Tomás Broun Isaac
- 83** ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
EL VERSARI IN RE ILLICITA (TRATÁNDOSE DE MATERIA ILÍCITA SE RESPONDERÁ DE SUS CONSECUENCIAS), ORÍGENES Y RESABIOS
 José Jaime Robleto Gutiérrez
- 98** ENTREVISTA
JOSÉ FERNANDO TORRES VARELA
 Dilenia R. Hernández

DIRECTOR

Dariel A. Suárez Adames
 Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

EDITORA

Dilenia Hernández Fernández
 Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet
 Catedrático de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)

Ana Jara

Profesora de la Universidad de Granada, España

David Ordoñez

Miembro de la red de expertos en derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España

Juan Proscopio Pérez Minyeti

Juez Coordinador Técnico de los Comités Responsables del Sistema de la Escuela Nacional de la Judicatura

Juan Francisco Puello Herrera

Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura

COMITÉ CIENTÍFICO

Johanny Castillo Sabarí
 Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

Sergio A. Palacio Jorge Jiménez

Profesor colaborador de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIA EJ)

Yadira de Moya

Jueza miembro de la Comisión Académica de la ENJ

COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Roberto Medina Reyes
 Édynson Alarcón Polanco
 Jorge Tomás Broun Isaac
 José Jaime Robleto Gutiérrez
 José Fernando Torres Varela

COORDINACIÓN

Dilenia Lorenzo

CORRECCIÓN DE ESTILO

Bismar Galán

DISEÑO DE PORTADA Y DIAGRAMACIÓN

Pia Menicucci & Asoc., SRL

PERIODICIDAD

Bianual

Santo Domingo, República Dominicana 2021

CONTACTO

Escuela Nacional de la Judicatura ENJ
 Tel.: (809) 686-0672
 C/ César Nicolás Penson núm. 59, Gascue
 Santo Domingo, República Dominicana
 E-mail: saberyjusticia@enj.org
 Web: <https://saberyjusticia.edu.do>
 Registrados en el directorio Latindex.org

EDITORIAL

Dariel A. Suárez Adames

Director Escuela Nacional de la
Judicatura
dsuarez@enj.org
<https://orcid.org/0000-0002-1370-3982>



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Con esta edición de *Saber y Justicia* culmina un año de importantes logros para la Escuela Nacional de la Judicatura. Nos complace presentar los trabajos que conforman la edición número 20 de nuestra revista, correspondiente al mes de diciembre de 2021. En ella, juristas y académicos de Costa Rica, Colombia y la República Dominicana abordan temas de interés y actualidad en el ámbito jurídico y judicial.

El profesor Roberto Medina Reyes profundiza sobre la importancia de los derechos sociales en el Estado social y democrático de derecho; el magistrado Édynson Alarcón Polanco aborda el tema del silencio de las partes en el marco de su comparecencia personal ante los tribunales civiles, en el marco de la aplicación del artículo 72 de la Ley 834 de 1978; el profesor José Jaime Robleto Gutiérrez estudia el principio penal *versari in re illicita* desde el derecho penal costarricense y con un enfoque comparado.

Asimismo, la revista presenta el ensayo ganador del Premio Nacional de la XV Edición del Concurso de Trabajo Monográfico en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial, titulado “El Secreto Profesional: Principio Ético-Constitucional Propulsor del Objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU”, realizado por el magistrado Jorge Broun.

Finalmente, podrá consultarse la entrevista realizada al profesor colombiano José Fernando Torres Varela, experto en *legal design* de la Universidad de Stanford y asesor de la Escuela Nacional de la Judicatura en la implementación del Laboratorio de Innovación para la Justicia de la ENJ (Lab ENJ), con quien conversamos sobre la importancia que tiene el fomento de la innovación en la enseñanza del derecho y la mejora de los servicios de justicia.

Saber y Justicia, en busca de la mejora continua, ha realizado una actualización de su plataforma que busca facilitar el flujo editorial, desde el envío de los artículos por parte de los autores hasta la revisión por pares y la indexación. De esta manera, tanto los colaboradores como el equipo editorial podrán optimizar su experiencia de trabajo.

Agradecemos a los autores, evaluadores y miembros del equipo técnico del Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd), por su esfuerzo para poner a disposición de la comunidad nuestra publicación, cumpliendo con el rigor y los estándares exigidos en una revista científica. Esperamos que el contenido presentado sea del interés de nuestros lectores y, con ello, continuar fortaleciendo la propuesta de temas que contribuyan con la mejora continua de nuestro sistema de justicia.

UNA RADIOGRAFÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

A constitutional radiography of social rights

Roberto Medina Reyes

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM)
República Dominicana
roberto3medina@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-4790-2290>

Artículo de investigación
Recibido: 30 de julio de 2021
Aprobado: 21 de octubre de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

La constitucionalización del contenido originario de socialización, que es inherente a la cláusula del Estado social y democrático de derecho, supone reconocer un conjunto de condiciones existenciales mínimas que constituyen precondiciones necesarias para establecer y conservar una democracia constitucional. Estas condiciones forman parte del «contenido esencial» de los derechos sociales, los cuales están ubicados al mismo nivel normativo que las libertades fundamentales y que los derechos políticos dentro de esta fórmula constitucional. En este trabajo procuramos demostrar que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales que están garantizados en los tratados, pactos y convenciones internacionales, así como en las normas iusfundamentales que conforman el texto constitucional. Los derechos sociales poseen una estructura común a los «clásicos» derechos civiles y políticos, pues ambas categorías imponen obligaciones positivas y negativas que reconocen una posición jurídica en favor de las personas.

Palabras claves

Derechos sociales, económicos y culturales; Estado social y democrático de derecho; mínimo social; principio de progresividad.

Abstract

The constitutionalizing of the original content of socialization that is inherent in the clause of the social and democratic state of law supposes to recognize a set of minimum existential conditions that constitute necessary preconditions to establish and preserve a constitutional democracy. These conditions are part of the “essential content” of social rights, which are located at the same normative level as fundamental freedoms and political rights. In this article we try to demonstrate that social rights are authentic fundamental rights that are guaranteed in international treaties, as well as in the constitutional text. Social rights have a structure common to the “classic” freedoms and political rights because both categories impose positive and negative obligations that recognize a legal position in favor of people.

Keywords

Social, economic and cultural rights; social and democratic state of law; social minimum; principle of progressivity.

INTRODUCCIÓN

El Estado social y democrático de derecho surge tras finalizar el período de entreguerras y con la derrota de las dictaduras fascistas, como una organización político-jurídica compuesta por un conjunto de referentes económicos, jurídicos, sociales y políticos provenientes del proceso de democratización, socialización y normativización del derecho. En efecto, este modelo comprende los pensamientos ideológicos de las tres fases o etapas históricas de la evolución del constitucionalismo, las cuales tienen como finalidad limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos. Es decir que, detrás del objetivo central de esta fórmula constitucional reposan los derechos de las personas.

En otras palabras, la cláusula del Estado social y democrático de derecho es una construcción histórica de las distintas vertientes que componen el modelo de democracia constitucional, las cuales procuran, por un lado, la organización del poder mediante una mayor participación política por parte de los distintos sectores de la sociedad y, por otro lado, la constitucionalización de un conjunto de derechos –de libertad, políticos y sociales– que fundamentan la existencia de los órganos administrativos. Es por esta razón que la función esencial de un Estado social y democrático de derecho consiste en la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, en un marco de libertad individual y de justicia social (Medina Reyes, 2019).

Es justamente el principio de justicia social, en el cual se fundamenta la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el que ubica al mismo nivel normativo a las libertades fundamentales, los derechos políticos y los derechos sociales, pues es a partir de su concepción que se asume la protección de un mínimo social como una precondition lógica y empíricamente necesaria para el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

En efecto, el carácter «social» en el Estado social y democrático de derecho lleva implícito el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como preconditiones para el ejercicio de las libertades fundamentales y, en consecuencia, de la democracia. Es por esta razón que estos derechos se articulan, dentro de esta fórmula constitucional, como criterios de legitimación de las decisiones adoptadas por la autoridad política, siendo un elemento imprescindible para alcanzar los valores superiores que sustentan el ordenamiento jurídico.

Cómo citar:

Medina Reyes, R. (2021). Una radiografía constitucional de los derechos sociales. *Revista Saber y Justicia*, 2(20), 5-34. <https://saberyjusticia.edu.do>

En muchos países, incluyendo a la República Dominicana, la socialización del ordenamiento constitucional a través de la protección de un mínimo de procura existencial orientado a garantizar una vida digna y el desarrollo de las personas en un marco de justicia social es todavía un tema pendiente. Y es que, a pesar de ser establecidos en varios documentos jurídicos internacionales y, además, en la propia Constitución, los derechos sociales continúan siendo tratados como meras directrices o normas programáticas que fijan un objetivo que ha de ser procurado por el legislador, porque favorece o asegura una situación económica, política o social que se considera deseable.

Esta concepción de los derechos sociales, como meras declaraciones de buenas intenciones que no generan ningún tipo de obligación para el Estado y tampoco prerrogativas a favor de las personas, parte de una idea totalmente sesgada sobre la estructura metafísica de los derechos sociales y el rol y funcionamiento del aparato estatal en un Estado social y democrático de derecho. Más aún, las críticas que sostienen los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los «clásicos» derechos civiles y políticos se sustentan en argumentos políticos, morales e ideológicos que confunden de manera inadvertida los planos conceptual y normativo en torno a los derechos sociales¹.

Siendo esto así, en este trabajo procuramos demostrar que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales que están garantizados en los tratados, pactos y convenciones internacionales, así como en las normas iusfundamentales que conforman el texto constitucional. Los derechos sociales poseen una estructura común a los «clásicos» derechos civiles y políticos, pues ambas categorías imponen obligaciones positivas y negativas que reconocen una posición jurídica en favor de las personas.

En efecto, las personas tienen el derecho a exigir al Estado o a los particulares –en caso de delegación– el acceso a mínimos sociales que son indispensables para vivir una «vida decente» y gozar de los demás derechos de carácter liberal y democrático. Es por esta razón que en un Estado social y democrático de derecho no se justifica un trato distinto entre estas categorías de derechos, pues su interdependencia obliga a su plena exigibilidad ante las autoridades competentes. Veamos.

¹ Estas críticas a la fundamentalidad de los derechos sociales son sustentadas por Milton Friedman, Friedrich Hayek, Robert Nozick, Riccardo Guastini, entre otros.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La constitucionalización del contenido originario de socialización que es inherente a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho supone reconocer un conjunto de condiciones existenciales mínimas que constituyen precondiciones necesarias para establecer y conservar una democracia constitucional. Estas condiciones forman parte del «contenido esencial» de los derechos sociales, los cuales están ubicados al mismo nivel normativo que las libertades fundamentales y que los derechos políticos dentro de esta fórmula constitucional. En palabras de Rawls (1993), un mínimo social que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos es un elemento constitucional esencial para garantizar el principio de las libertades, el cual es uno de los principios fundamentales de la justicia.

Del planteamiento de Rawls se infiere que las libertades políticas básicas se encuentran precedidas por un principio superior de interés social —el «principio del mínimo social»—, según el cual las necesidades socioeconómicas deben ser satisfechas para asegurar que las personas puedan gozar de sus derechos de carácter liberal y democrático.

Y es que, como bien señala Bovero (2000), “sin una distribución equitativa de los recursos esenciales, es decir, sin satisfacer los derechos sociales, las libertades quedan vacías, los derechos fundamentales de libertad se transforman de hecho en un privilegio de unos cuantos” (p. 40). Por tanto, es posible afirmar que el ejercicio de los derechos de libertad y de los derechos políticos depende en gran medida de la protección constitucional de los derechos sociales, por lo que estos poseen el mismo valor jurídico en un Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, el carácter social en el Estado lleva implícito el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como precondiciones para el ejercicio de las libertades fundamentales y, en consecuencia, de la democracia. Es por esta razón que estos derechos se articulan dentro de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho como criterios de legitimación de las decisiones adoptadas por la autoridad política, siendo un elemento imprescindible para alcanzar los valores superiores que sustentan el ordenamiento jurídico. Así lo explica Morales (2015) al señalar que “la asamblea democrática tiene autoridad si adopta decisiones políticas justas y las decisiones políticas son justas si respetan los derechos sociales” (p. 37).

De ahí que un Estado es realmente un Estado «social» y democrático de derecho si adopta decisiones «justas» basadas en la protección de ciertos contenidos sociales que son indispensables para garantizar el desarrollo de las personas en un marco de libertad individual y de justicia social, entendida la justicia como la distribución equitativa e imparcial de los beneficios y las cargas de la comunidad social.

Para esto es necesario, como bien señala Bilchitz (2008), que los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, sean impuestos a la sociedad y retirados de la discusión política ordinaria, pues, de lo contrario, es muy probable que la toma de decisión mayoritaria “falle sustancialmente en tratar la vida de todos los individuos en una sociedad como seres igualmente importantes” (p. 102).

En definitiva, el reconocimiento de la cláusula del Estado social y democrático de derecho trae aparejado la incorporación, en el ordenamiento constitucional, de un conjunto de condiciones existenciales mínimas como premisas a priori para garantizar las libertades fundamentales y, además, asegurar la separación y limitación de los poderes públicos. Estas condiciones forman parte del contenido esencial de los derechos sociales, los cuales están ubicados al mismo nivel normativo que las libertades civiles y políticas.

Ahora bien, más allá de su ubicación constitucional en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el reconocimiento de los derechos sociales ha generado ciertas objeciones o «mitos» con respecto a su estructura normativa como consecuencia de su supuesta naturaleza imperfecta (Medina Reyes, 2020b). Estas objeciones surgen durante el turbulento período de la República de Weimar y estuvieron amparadas en una jurisprudencia que, como bien explica Pizarro Nevado (2007), convirtió a los derechos sociales en “normas absolutamente programáticas, carentes de menor significación jurídica, abandonadas a la voluntad del legislador y a criterios políticos de oportunidad” (p. 271).

Estas objeciones, realizadas en gran medida por los defensores del constitucionalismo político, determinaron la estructura normativa de los derechos sociales en la mayoría de las constituciones europeas. En la Constitución española de 1978, por ejemplo, aunque se reconoció que España es un Estado social y democrático de derecho (artículo 1) y, por consiguiente, un Estado responsable de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículo 9.2), el constituyente realizó una clara distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.

Mientras que los derechos civiles y políticos fueron reconocidos como auténticos derechos fundamentales (artículo 53.1), los derechos sociales se configuraron como principios rectores de la política social y económica o, en los términos de Feinberg (1980), como derechos en sentido “meramente declarativo, sujetos, para alcanzar efectividad, a la voluntad del órgano legislativo” (p. 153).

Tal y como explicaremos a continuación, las principales críticas a la fundamentalidad de los derechos sociales parte de la idea de la objeción tradicional de los costes. Según esta objeción, la realización de estos derechos involucra costes que limitan la satisfacción de las exigencias sociales a la disponibilidad de los recursos, lo que impide que sean considerados como auténticos derechos fundamentales. Esta objeción, sin duda alguna, deja a un lado el estatus conceptual de los derechos sociales y desconoce que todos los derechos jurídicos son necesariamente derechos positivos que conllevan costes y requieren de la intervención positiva del Estado (Medina Reyes, 2020b).

Otra de las objeciones que se plantean en torno al reconocimiento de los derechos sociales y que supuestamente justifica la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, es que estos son supuestamente derechos generacionalmente posteriores a los «clásicos» derechos civiles y

políticos y, por consiguiente, se encuentran axiológicamente subordinados a estos. Además, es habitual que los partidarios del constitucionalismo político justifiquen una estructura diferenciada en base a la obligación jurídica que imponen los derechos sociales. Para estos doctrinarios, “los derechos sociales imponen deberes positivos, difíciles o imposibles de determinar, sin indicación precisa del sujeto obligado, e insaciables” (Morales, 2015, p. 35).

Cada una de estas objeciones, tal y como demostraremos en este capítulo, parten de argumentos políticos, morales e ideológicos que desconocen las implicaciones del contenido social que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho y que justifica, a nuestro juicio, un trato normativo similar para todos los derechos provenientes del proceso de democratización, socialización y normativización del Derecho. Es por esta razón que, antes de abordar las críticas a la percepción fundamentalista de los derechos sociales, nos adentraremos a analizar sus rasgos centrales, con el objetivo de demostrar que estos son conceptualmente derechos fundamentales como los «clásicos» derechos civiles y políticos. Una vez vista la estructura conceptual de los derechos sociales, procederemos a examinar su plano institucional, así como las garantías, tanto sustantivas como procesales, que permiten su justiciabilidad y exigibilidad.

Los derechos sociales: ¿principios rectores o derechos fundamentales?

Para esclarecer el concepto de los derechos sociales y distinguir los diferentes mecanismos constitucionales de protección es imprescindible examinar el concepto, la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales.

Es importante aclarar que cada derecho fundamental expresa en términos objetivos un principio normativo de máxima jerarquía. Esto se debe a que los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos, sino que además representan unidades institucionales dentro del ordenamiento jurídico. Es decir que los derechos fundamentales se rigen como instituciones constitucionales compuestas por un conjunto de normas iusfundamentales que fijan los límites formales y materiales de los poderes públicos y de los particulares y que se encuentran estructuradas bajo reglas y principios.

Esta compleja estructuración de los derechos fundamentales es perfectamente explicable a través de un enfoque pragmático del concepto. En efecto, desde la perspectiva teórica de las decisiones jurídicas, a lo que Robles Morchón (2006) denomina el análisis pragmático del derecho, es posible afirmar que los derechos fundamentales poseen una doble dimensión: por un lado, en su dimensión subjetiva, son derechos públicos subjetivos de rango constitucional; y, por otro lado, en cuanto a su dimensión objetiva, se tratan de un conjunto de valores que se concretan en principios cuyo contenido se irradia en todo el ordenamiento jurídico.

Alexy explica esta doble dimensión de los derechos fundamentales, al analizar la dignidad humana. Para este autor, el derecho a la dignidad humana consagrado en

el artículo 1 de la Ley Fundamental está estructurado como una regla y como un principio. A saber:

El carácter de regla de la norma de la dignidad de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no. Sin embargo, en vista de la vaguedad de la norma de la dignidad de la persona, existe un amplio espectro de respuestas posibles a esta pregunta. (...) Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla a la dignidad de la persona (Alexy, 2001, p. 108).

Lo mismo ocurre en la Constitución dominicana, pues al disponer que el Estado se fundamenta “en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes” (artículo 38), se configuran los derechos fundamentales no solo como derechos subjetivos que imponen reglas precisas en beneficio de su titular, sino además como elementos estructurales de un orden de libertad individual y de justicia social (artículo 8).

En palabras del Tribunal Constitucional español:

los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985).

En ese orden de ideas, dicho tribunal continúa señalando que los derechos fundamentales pueden conceptualizarse como:

elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (STC 25/1981).

En términos similares se expresa el Tribunal Constitucional dominicano, al reconocer que los derechos fundamentales están compuestos por un conjunto de principios que constituyen elementos estructurales del orden constitucional (TC/0058/13). Estos principios tienen un carácter primario sobre todo el ordenamiento jurídico, de modo que las normas infraconstitucionales deben ceñirse estrictamente a su observancia (TC/0150/13).

Es la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la cual encuentra su desarrollo a partir del caso Lüth del Tribunal Constitucional Federal alemán², que justifica la concepción de los derechos fundamentales como un “orden objetivo de valores que se impone como escogencia fundamental a todas las esferas del derecho”, de modo que cada derecho fundamental implica una garantía objetiva que fundamenta el orden jurídico y la paz social. Por ejemplo, los derechos de carácter liberal se encuentran basados en el principio de la libertad general de la acción humana; los derechos políticos, en cambio, en el principio democrático; y, los derechos sociales gravitan en torno a la dignidad humana y al principio de igualdad material.

En vista de lo anterior, podemos afirmar que los derechos fundamentales se encuentran estructurados por normas iusfundamentales compuestas por reglas y principios, de modo que estos no pueden ser concebidos solo como reglas o solo como principios. De hecho, es importante señalar que la aplicación de una regla dentro de un derecho fundamental está condicionada a la previa preferencia del principio con respecto a los demás principios opuestos. Es por esta razón que Alexy (2001) señala, a nuestro entender, que los derechos fundamentales deben ser interpretados como principios jurídicos.

Ahora bien, es oportuno resaltar que los derechos fundamentales son también auténticos derechos subjetivos con un “alto grado de importancia que no pueden ser dejados en manos de las simples mayorías” (Alexy, 2001, p. 395). Así, estos derechos limitan la competencia de los órganos legislativos, pues sustraen de la deliberación democrática determinadas decisiones en torno a su contenido esencial. Así lo explica Salazar Ugarte (2006), al señalar que “los derechos fundamentales se presentan como límites de contenido a las decisiones que los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, pueden adoptar” (p. 185), pues reducen sustancialmente el espacio de decisión política.

En términos similares se expresa el Tribunal Constitucional español, al disponer que “el legislador no puede afectar el contenido del derecho que resulta imprescindible para la dignidad humana, –por lo que– las limitaciones introducidas solo serán constitucionalmente válidas si respetan su contenido esencial” (STC 196/2016). De ahí que una de las características esenciales de los derechos fundamentales como derechos subjetivos es la intangibilidad de su sustancia; es decir, la imposibilidad de que el legislador pueda disponer y restringir de su contenido esencial.

De lo anterior se desprende que, en su dimensión subjetiva, “los derechos fundamentales son derechos de aplicación directa e inmediata que son susceptibles de ser puestos en obra por un juez, sin la necesidad de intervención previa del legislador” (Autexier, 1997, p. 197). Es decir que su fundamentalidad se deriva, en definitiva, de su reconocimiento en una norma de rango fundamental que les otorga

² Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, “los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivos, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (TCFA, Sentencia BverFGE 7, de fecha 15 de enero de 1958).

una posición constitucional que escapa del campo de la entera y libre decisión del legislador. En otras palabras, los derechos subjetivos son fundamentales, en la medida en que “son reconocidos en el ordenamiento jurídico positivo y están protegidos por la coraza constitucional frente a los poderes constituidos” (Jorge Prats, 2012, p. 47). Siendo esto así, es posible afirmar que la fundamentalidad de los derechos se encuentra condicionada a la observancia de un conjunto de requisitos que se derivan de su doble dimensión. Estos requisitos, a juicio de la Corte Constitucional de Colombia, son: (a) su conexión directa con los principios constitucionales; (b) su eficacia directa e inmediata frente a los poderes constituidos; y, (c) la intangibilidad de su contenido esencial (T-406/92).

Tanto la dimensión subjetiva como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales imponen obligaciones al Estado que otorgan a las personas una determinada posición jurídica. En palabras de Medina Guerrero (1997), “en su dimensión objetiva, los derechos imponen al legislador el mandato de garantizar su vigencia, -sin embargo-, en cuanto derechos subjetivos, prohíben al legislador autorizar injerencia alguna en el ámbito por ellos acotado” (p. 8).

Lo anterior es explicado por el Tribunal Constitucional español, al precisar lo siguiente:

(...) de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, – dimensión subjetiva–, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano, –dimensión objetiva–. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales, «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (STC 53/1985).

Así las cosas, es evidente que los derechos fundamentales responden a una estructura básica que está compuesta por “una norma jurídica iusfundamental, la cual se presenta en forma de reglas y principios; una obligación jurídica, que puede ser de respeto, protección, garantía y promoción; y, una posición jurídica, que reconoce a favor de las personas un derecho a algo, una libertad o una competencia” (Arango, 2012, p. 31).

En síntesis, los derechos fundamentales deben ser entendidos en un Estado social y democrático de derecho como un todo; es decir, como instituciones compuestas por distintas normas iusfundamentales que generan obligaciones para el Estado y prerrogativas para las personas. Estas prerrogativas son:

(a) la libertad jurídica para realizar las acciones que caen dentro del derecho fundamental tutelado; (b) el derecho a acciones estatales negativas para proteger la libertad jurídica; y, (c) el derecho a acciones estatales positivas

que permitan el acceso a la libertad jurídica de forma igualitaria, equitativa y progresiva (Alexy, 2001, p. 241).

Para lograr esta última, el Estado está obligado a garantizar determinadas condiciones sociales que son imprescindibles para asegurar el desarrollo de las personas en un marco de libertad individual y de justicia social.

Los derechos sociales constituyen auténticos derechos fundamentales que poseen una estructura similar a los «clásicos» derechos civiles y políticos. Decimos esto pues los derechos sociales están recogidos en normas constitucionales o en tratados internacionales que imponen obligaciones concretas al Estado y que reconocen el derecho de las personas a acceder a unos mínimos sociales que buscan la protección de la dignidad humana. Así se desprende del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en lo adelante “DUDH”)³, al establecer que todas las personas, en tanto miembros de la sociedad, tienen derecho a la seguridad social y a obtener “la satisfacción de los derechos –sociales– indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo adelante “PIDESC”)⁴ proclama en su preámbulo que “el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria”, no puede realizarse a menos que se creen las “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

La Constitución dominicana reconoce expresamente los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. En efecto, a juicio del constituyente, son derechos fundamentales: los derechos del consumidor (artículo 52); la seguridad alimentaria (artículo 54); los derechos de la familia (artículo 55); la protección de las personas menores de edad, de la tercera edad y con discapacidad (artículos 56, 57 y 58); el derecho a la vivienda (artículo 59); el derecho a la seguridad social (artículo 60); el derecho a la salud (artículo 61); el derecho al trabajo (artículo 62); y, el derecho a la educación (artículo 63). De igual forma, se reconocen en la Sección III y IV de la Constitución el derecho a la cultura (artículo 64); el derecho al deporte (artículo 65); los derechos colectivos y difusos (artículo 66); y, la protección del medio ambiente y los recursos naturales (artículo 67).

Para el Tribunal Constitucional dominicano, los derechos sociales gozan de una protección reforzada en el ordenamiento jurídico dominicano. Y es que, el ejercicio por parte de las autoridades estatales de facultades excepcionales que, por razones de orden público, supongan la modificación de las condiciones preestablecidas jurídicamente para el acceso de estos derechos, no debe “restringir, limitar o dificultar gravemente ni el acceso, ni el disfrute de la titularidad o ejercicio de los llamados derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y

3 La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de fecha 10 de diciembre de 1948.

4 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución 2.200 (XX) de fecha 16 de diciembre de 1966, la cual fue ratificada por España en fecha 20 de abril de 1977.

culturales)” (TC/0093/12). De ahí que cualquier injerencia en estos derechos debe estar fuertemente justificada y, además, debe observar su contenido esencial.

Los derechos sociales como derechos exigibles

Tal y como señalamos anteriormente, los derechos fundamentales son instituciones constitucionales que se encuentran estructuradas por reglas y principios. Estos derechos, desde una perspectiva estrictamente formal, adquieren su fundamentalidad por su reconocimiento en una norma que, como la Constitución, es de rango fundamental, pues ocupa la más alta jerarquía en el sistema de fuentes del Derecho (artículo 6) y, por consiguiente, les otorga una posición que los hace resistentes de la acción legislativa.

Ahora bien, es importante señalar que los derechos fundamentales no se limitan a los enunciados normativos consagrados constitucionalmente, sino que además se derivan de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República Dominicana. Decimos esto pues, al reconocer que:

la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas de derechos internacional (artículo 26), el constituyente reconoce una cláusula de integración y apertura constitucional a los tratados internacionales. Es decir, que éste reconoce el principio internacionalista o “principio de la apertura internacional (Jorge Prats, 2013, p. 706).

La apertura internacional supone: (a) en primer lugar, la apertura de la Constitución, la cual deja de pretender proveer un esquema regulatorio exclusivo, final y totalizante fundamentado en un poder estatal soberano y pasa a aceptar el encuadramiento ordenador de la comunidad internacional; (b) en segundo lugar, la aceptación del Derecho Internacional como “Derecho del propio país”, es decir, como “*law of the land*”, de modo que el Estado asume la obligación de observar y cumplir los valores, principios y reglas internacionales; (c) en tercer lugar, la existencia de una “base antropológica amigo del ser humano”, pues la Constitución se nutre del núcleo básico de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales; y, (d) en cuarto lugar, la responsabilidad del Estado como parte activa en la solución de los problemas internacionales, a través de las organizaciones internacionales (Jorge Prats, 2013, p. 706).

De lo anterior se infiere que el principio de la apertura internacional produce el reconocimiento de la «jerarquía supralegal e infraconstitucional» de los tratados. Es decir que, en virtud del artículo 26 de la Constitución, los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes, de modo que el Estado no puede ampararse en sus disposiciones internas para restringir el alcance de las obligaciones internacionales. En el caso de los tratados relativos a derechos humanos, éstos forman parte del bloque de constitucionalidad, pues “tienen jerarquía constitucional

y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado” (artículo 74.3).

Siendo esto así, es oportuno señalar que los derechos sociales se encuentran consagrados en la DUDH. En efecto, según su artículo 22, “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad”. En adición, dicho instrumento especifica que toda persona tiene derecho, entre otros, al trabajo (artículo 23), a un nivel de vida adecuado (artículo 25), a la asistencia médica, a una vivienda digna, a la educación (artículo 26) y a la participación en la vida cultural (artículo 27).

Estos derechos también han sido consagrados en el PIDESC, el cual reconoce los derechos sociales como “derechos humanos fundamentales”. Según el artículo 2.1 de este Pacto, “cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos –sociales–”.

Tanto la DUDH como el PIDESC consagran los derechos sociales como derechos subjetivos que imponen obligaciones positivas y negativas al Estado en favor de las personas y que son plenamente exigibles ante las autoridades competentes. Es por esta razón que los órganos internacionales creados por estos instrumentos han reconocido la interdependencia, interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, sin distinción de categorías ni importancia entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales⁵.

Esta interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales ha sido reconocida por el Tribunal de Estrasburgo. En efecto, en el caso Airey vs. Irlanda, el tribunal consideró que no existe división estanca entre la esfera de los derechos sociales y la de los derechos civiles y políticos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto en el entendido de que algunos derechos reconocidos en este Convenio poseen “prolongaciones de orden económico y social”, de modo que forman parte de su contenido esencial, en virtud de la técnica de los derechos por conexión, el contenido de algunos derechos sociales como son, por ejemplo, el derecho a la salud o la protección de los minusválidos o de los menores (Caso Airey vs. Irlanda, Sentencia del 9 de octubre de 1979).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la interdependencia de los derechos humanos, la ausencia de jerarquía entre ambas

⁵ Ver la Resolución No 32/130, de fecha 16 de diciembre de 1977, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en el año 1993.

categorías de derechos y su plena exigibilidad ante las autoridades competentes. En sus propias palabras:

la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, Sentencia del 1 de julio de 2009).

Dicha Corte continúa señalando que el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁶ “se ubica también en la Parte I [de la Convención], titulado «Deberes de los Estados y Derechos Protegidos» y, por ende, el Estado está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado «Enumeraciones de Deberes»), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado «Derechos Civiles y Políticos»)” (Caso Laguna del Campo vs. Perú, Sentencia del 21 de noviembre de 2018). En base a este razonamiento, la Corte reafirmó su competencia para considerar alegadas afectaciones al artículo 26, el cual consagra derechos subjetivos autónomos.

En definitiva, el principio de interdependencia de los derechos fundamentales – que se sustenta en el valor universal de la dignidad humana– hace improductiva la histórica y arbitraria distinción de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pues la unidad esencial de ambas categorías es lo que permite garantizar el pleno respeto de cada uno de estos derechos. Y es que, tal y como se proclamó en la Conferencia de los Derechos Humanos (1968), la realización de los derechos civiles y políticos resulta imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 1968).

En vista del reconocimiento de los derechos sociales como derechos subjetivos, tanto en la Constitución dominicana como en los tratados, pactos y convenios internacionales, no hay dudas de que éstos constituyen auténticos derechos fundamentales que imponen determinadas obligaciones al Estado en beneficio de las personas.

Ahora bien, a fin de demostrar que los derechos sociales poseen una estructura común con los «clásicos» derechos civiles y políticos, a seguidas analizaremos su obligación jurídica. Y es que, en palabras de Arango, “no existe un derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa que obligue a otro («obligado») a hacer o dejar de hacer algo (objeto del derecho)” (Arango, 2012, p. 12); es decir, es necesario que exista “una relación deóntica (...) de acuerdo con la cual el individuo está en la situación de poder exigir algo de otro” (Arango, 2012, p. 20).

⁶ Según este artículo, “los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Es justamente en el concepto de la obligación del derecho fundamental que se realiza la principal objeción dirigida contra la posibilidad conceptual de los derechos sociales como derechos fundamentales. Y es que, los derechos civiles y políticos se presentan constantemente como derechos negativos, no onerosos y de fácil protección, que sólo generan obligaciones estatales de abstención. En cambio, los derechos sociales aparecen como “derechos positivos, costosos y condicionados a su realización a la ineluctable reserva de lo económicamente posible o razonable” (Pisarello, 2007, p. 59). Esta crítica, como demostraremos más adelante, parte de una afirmación completamente errada: los derechos civiles y políticos solo generan obligaciones negativas y los derechos sociales solo generan obligaciones positivas.

Las obligaciones negativas son aquellas que obligan al Estado a abstenerse de realizar ciertas actividades. Por ejemplo, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de ejercicio del derecho de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, entre otras. Las obligaciones positivas, en cambio, imponen obligaciones de hacer o de dar, es decir, que requieren del Estado una acción positiva.

Las obligaciones positivas no se agotan, como bien explican Abramovich y Courtis (2014), en la disposición de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación, sino que además imponen otros tipos de obligaciones, a saber:

(a) la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tendría sentido; (b) la obligación de que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo; y, (c) la obligación de proveer de ciertos servicios a la población, ya sea de forma exclusiva o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual (Abramovich y Courtis, 2014, pp. 33-35).

Aclarado lo anterior, debemos señalar que ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse solo como derechos negativos, es decir, de abstención, ni los derechos sociales actúan siempre como derechos positivos o de prestación. En ambas categorías se imponen obligaciones positivas y negativas.

Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión (artículo 49) no sólo se limita a la prohibición de la censura, sino que también comprende la habilitación de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios o televisiones y, en general, todas aquellas medidas que son necesarias para fomentar la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

El derecho de educación (artículo 63) no sólo obliga al Estado a abstenerse de imponer una determinada creencia o doctrina, sino que requiere además de la

construcción de escuelas, la contratación de profesores y la adopción de medidas positivas tendentes a garantizar una enseñanza básica gratuita.

De igual forma, el derecho al voto comporta dos tipos de obligaciones: por un lado, la obligación estatal de no interferir en el derecho de las personas a elegir a sus representantes; y, por otro lado, la obligación de desplegar una infraestructura que incluye, desde cuestiones mínimas, como urnas, sobres o papel, hasta otras más complejas como personal fiscalizador, establecimiento en condiciones y complejos sistemas de recuento de votos. Incluso, el derecho a obtener una tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 69) exige la asignación de espacios públicos y recursos financieros que permitan al Poder Judicial organizarse administrativamente para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales.

Así las cosas, es evidente que los «clásicos» derechos civiles y políticos comportan un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado: por un lado, debe abstenerse de interferir en el ejercicio de las libertades públicas y, por otro lado, debe adoptar una serie de medidas a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. En palabras de Pisarello (2007), “todos los derechos civiles y políticos, en definitiva, entrañan, al igual que los derechos sociales, una cierta dimensión distributiva. Su satisfacción exige la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos que permitan a las personas (...) el ejercicio de sus libertades públicas” (pp. 60-61).

Pero, además, los derechos sociales también pueden ser caracterizados por un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado. Por ejemplo, el derecho a la salud (artículo 61) no se reduce al otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o de bajo costo, sino que además incluye deberes negativos como el de no contaminación o el de no comercialización de productos en mal estado. El derecho a la vivienda (artículo 59) no sólo consiste en el derecho a acceder a una unidad habitacional de protección pública, sino que además abarca el derecho a no ser desalojado de manera arbitraria. El derecho al trabajo (artículo 62) no se agota en el derecho a acceder a un empleo digno, sino que supone también la interdicción de los despidos injustificados o el respeto por la libertad de expresión de los trabajadores.

De hecho, una de las principales obligaciones que establece el PIDESC es negativa. En efecto, conforme su artículo 2, los Estados partes están obligados a adoptar los medios apropiados “para lograr progresivamente” los derechos sociales (numeral 1), “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (numeral 2). De ahí que los poderes públicos no pueden adoptar medidas y políticas que empeoren sin justificación razonable y proporcionada la situación de los derechos sociales o, en cambio, que impongan un trato distinto en su ejercicio sin que se encuentre fundamentado en razones objetivas.

Entonces, es posible afirmar que los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, comportan un abanico de obligaciones exigibles que van desde

obligaciones negativas de «respeto», obligaciones positivas de «promoción» y «satisfacción», hasta obligaciones de «protección» frente a vulneraciones provenientes de particulares y de actores privados⁷. Por tanto, es evidente que las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales son “diferencias de grado, más que diferencias sustanciales” (Abramovich y Courtis, 2014, pp. 24-25), de modo que la discusión debería centrarse en cómo y con qué prioridades se asignan los recursos⁸, más que en la estructura normativa de los derechos sociales (Medina Reyes, 2020a).

En definitiva, los derechos sociales son derechos subjetivos que prevén una obligación jurídica. Si bien se alude que su esencia es puramente positiva, por igual prevén obligaciones negativas. Estas obligaciones determinan la posición aludida por su titular y la obligación del Estado respecto a esa posición dependiendo de si la prestación requerida es de respeto, protección, garantía y promoción.

Siendo esto así, es oportuno referirnos a la posición jurídica que se deriva de las obligaciones que comportan los derechos sociales. Tal y como explica Bernal Pulido (2007), las posiciones refieren a la existencia de relaciones como la expresión de las distintas cualificaciones que se desprenden de una norma jurídica iusfundamental en la que el titular tiene derecho a algo a lo cual el deudor está obligado. Las posiciones jurídicas pueden ser de distinto orden, pero en términos básicos pueden ser de derechos a algo, libertades y competencias (Reyes-Torres, 2019, p. 20). En la mayoría de los casos, los derechos sociales reconocen la posición de las personas de exigir algo al Estado, pues, como bien señala Contreras-Peláez (1994), “la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial de estos derechos” (p. 21).

En materia de derechos sociales, las personas tienen el poder o la posición de exigir al Estado «dar pasos» para alcanzar la efectividad de estos derechos. Por tanto, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas inmediatas para garantizar, de forma gradual y progresiva, niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos sociales. Ese «contenido básico mínimo» de estos derechos ha sido identificado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al señalar que:

un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (CDESC, 1990, punto 10).

De ahí que el Estado solo puede justificar el no cumplimiento de las obligaciones mínimas de los derechos sociales, si logra demostrar que ha realizado todo el

7 Este esquema de «niveles» de obligaciones estatales es propuesto por Fried van Hoof. Tal y como explican Abramovich y Courtis, la propuesta de Hoof incluye cuatro «niveles» de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar o de satisfacción y obligaciones de promover el derecho en cuestión (Abramovich y Courtis, 2012, p. 29).

8 Esto, bajo la idea de que todos los derechos generan un coste para el Estado. (Holmes y Sunstein, 1999).

esfuerzo a su alcance para satisfacer, con carácter prioritario, dichas obligaciones. Así lo reconoce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante “CIDH”), al establecer que el artículo 26 de la Convención consagra “la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales”. Así pues, en el caso *Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, la Comisión decidió que no hubo violación al derecho a la salud, pues “el Estado salvadoreño respondió a cada uno de los requerimientos con información referente a acciones concretas encaminadas a prestar la atención médica y los medicamentos que precisaban las personas incluidas en el caso” (CIDH, 2009, párr. 102).

En vista de los aspectos antes analizados, es posible afirmar que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales que están garantizados en tanto en la Constitución dominicana como en los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos. Los derechos sociales poseen una estructura común a los «clásicos» derechos civiles y políticos, pues ambas categorías imponen obligaciones positivas y negativas, por lo que no tiene ningún sentido, a nuestro juicio, mantener un trato distinto entre estas categorías de derechos (Medina Reyes, 2020a).

Aclarado lo anterior, a continuación, analizaremos los presupuestos de las principales objeciones dirigidas contra la conceptualización de los derechos sociales como derechos fundamentales, a fin de demostrar –tal y como hicimos con la objeción de los costes–, que estas críticas parten de afirmaciones y criterios que desconocen las implicaciones de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

CRÍTICAS A LA PERCEPCIÓN FUNDAMENTALISTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La primera objeción a la fundamentalidad de los derechos sociales es aquella que establece que la realización de estos derechos genera costes que limitan su satisfacción a la disponibilidad de los recursos, lo que impide que sean considerados como auténticos derechos fundamentales. Tal y como señalamos anteriormente, esta objeción deja a un lado el estatuto conceptual de los derechos sociales y desconoce que todos los derechos subjetivos, incluyendo las libertades civiles y políticas, conllevan costes y requieren de la intervención positiva del Estado. Es decir, los derechos civiles y políticos, al igual que los derechos sociales, comportan un abanico de obligaciones exigibles que van desde obligaciones negativas de respeto, obligaciones de promoción y satisfacción, hasta obligaciones de protección frente a las injerencias del Estado y los particulares (Medina Reyes, 2020b).

Para la Corte Constitucional de Colombia, el solo hecho de que el contenido prestacional de los derechos sociales se encuentre acreditado en el texto constitucional desvirtúa la objeción de la falta de recursos económicos, estando el Estado obligado a justificar el no cumplimiento de sus obligaciones (T-406/92).

De ahí que la falta de recursos económicos no compone una dispensa para la protección de los derechos sociales, económicos y culturales.

Ahora bien, en adición a la objeción de los costes de los derechos sociales, la cual abordamos con detalle en la sección anterior, se plantean otras críticas a la percepción fundamentalista de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, se sostiene que los derechos sociales son generacionalmente posteriores a los «clásicos» derechos civiles y políticos; es decir, que se tratan de “derechos tardíos” (Pisarello, 2007, p. 19) que están jerárquicamente subordinados a los derechos de «primera generación». Esta objeción, en síntesis, justifica una protección devaluada de los derechos sociales, en el entendido de que la función esencial del Estado consiste originalmente en garantizar las libertades clásicas y el mantenimiento de la seguridad como factores elementales del orden público.

Esta crítica de la percepción histórica es sustentada por los pensadores del liberalismo individualista, tales como Milton Friedman, Friedrich Hayek y Robert Nozick, los cuales basan sus teorías político-morales “en derechos de abstención o libertades negativas” (Morales, 2015, p. 23), de modo que propugnan por un Estado mínimo que no interfiera en las relaciones económicas y sociales de las personas.

Esta crítica, tal y como señalamos anteriormente, está basada en una visión totalmente sesgada y «originalista» del rol y funcionamiento del Estado. Y es que, incluso para pensadores con enfoques libertarios, como Adam Smith y David Ricardo, es claro que existe una interrelación entre las obligaciones negativas del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas. Smith, por ejemplo, asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación y funcionamiento del mercado (Smith, 1937).

A partir del reconocimiento de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, la tesis de los derechos sociales como derechos devaluados por ser generacionalmente posteriores a los «clásicos» derechos civiles y políticos pierde validez. Decimos esto, pues esta fórmula constitucional sujeta la actuación del Estado al respeto de los derechos de las personas en un marco de libertad individual y de justicia social. Es decir, la función del Estado no se limita a garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, sino que además engloba las condiciones materiales que hacen posible su dignidad (Medina Reyes, 2020).

De ahí que los órganos y entes públicas están obligadas a asegurar la satisfacción de unos mínimos sociales como precondition del ejercicio de los demás derechos de carácter liberal y democrática, de modo que los derechos sociales se sitúan a un mismo nivel normativo que los «clásicos» derechos civiles y políticos.

En otras palabras, si bien los derechos civiles y políticos caracterizaron la actuación del Estado liberal desde mediados del siglo XVIII, a partir de las revoluciones burguesas se asume un conjunto de condiciones existenciales mínimas como

precondiciones para establecer y conservar una democracia constitucional. De ahí que se produce la constitucionalización de los derechos sociales, de modo que la distinción de los derechos en base a sus generaciones pierde importancia. Y es que, en un Estado social y democrático de derecho, la función del Estado consiste en la protección de los derechos de carácter liberal, democrático y social, sin distinción de categorías.

Otra de las objeciones que se presenta a la fundamentalidad de los derechos sociales es aquella que entiende que estos son derechos de tutela debilitada en relación con los «clásicos» derechos civiles y políticos. Esta crítica de la percepción dogmática es planteada por Guastini (1996), el cual consagra a los derechos sociales como meros “derechos de papel que carecen de verdaderas garantías jurídicas” (p. 154). El razonamiento de Guastini consiste, en resumen, en que un derecho sin garantías no es verdadero y, en consecuencia, es un derecho de papel. Por tanto, como en algunos ordenamientos jurídicos los derechos sociales son concebidos como derechos no fundamentales; es decir, que no cuentan con garantías sustantivas similares a las que se asignan a los derechos civiles y políticos, es obvio que estos son “derechos de papel” que no tienen un contenido exigible (Medina Reyes, 2020a).

La objeción de Guastini, la cual parte de las ideas de Kelsen, que vincula la existencia de un derecho fundamental “a su capacidad de exigirlo judicialmente” (Kelsen, 1999, pp. 73-74), se sustenta, a nuestro juicio, en un grave error: pretender que las garantías son una condición necesaria para la existencia de los derechos fundamentales. Es cierto que las garantías poseen un rol importante en la efectividad y eficacia de los derechos sociales, pero no es un elemento indispensable para su configuración. Así lo explica Ferrajoli (1998), al señalar que, si aceptamos que “solo existe un derecho cuando existen sus garantías, se debe rechazar entonces el carácter jurídico de los dos avances más relevantes del siglo XX: la apertura al derecho internacional y la constitucionalización de los derechos sociales” (p. 11).

Para Ferrajoli (1999) demostrar lo anterior, distingue entre las garantías primarias y las garantías secundarias. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer (positiva) o prohibiciones (negativa), señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional de “sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos o no válidos que violen las garantías primarias” (p. 59).

De ahí que, si bien en algunos sistemas jurídicos faltan las garantías secundarias que permitan proteger judicialmente a los derechos sociales, estos constituyen auténticos derechos fundamentales porque se encuentran contemplados en el texto constitucional y en los tratados, pactos y convenciones internacionales. Por tanto, es evidente que la ausencia de garantías secundarias no justifica la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos, sino que solo demuestra que existen «lagunas jurídicas» que deben ser colmadas para vincular a los órganos del Estado en la satisfacción de los derechos sociales.

Por último, frente a la fundamentalidad de los derechos sociales, se presenta la crítica de la percepción filosófico-normativa, la cual consagra los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos. Esta objeción relega la garantía de las exigencias sociales a la protección de los bienes que son “realmente” fundamentales para cualquier persona (su vida, su intimidad, su integridad física, su libertad de expresión) y, con ello, su propia dignidad. Esta crítica parte de la idea de que “los derechos sociales se adscriben al valor de la igualdad y, en cambio, los derechos civiles y políticos a valores y principios como la libertad, la seguridad, la diversidad y, en definitiva, la dignidad humana” (Pisarello, 2007, p. 37).

Es claro que esta objeción desconoce que el principio de dignidad es el que justamente justifica la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, pues la protección de los bienes fundamentales de los derechos civiles personalísimos depende en gran medida de la protección del contenido esencial de los derechos sociales. Así lo explica Habermas (2010), al señalar que:

la dignidad humana, que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de todas las categorías de los derechos humanos. Únicamente sobre la base de una colaboración recíproca los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana (p. 9).

En vista de lo anterior, es posible afirmar que las críticas a la percepción fundamentalista de los derechos sociales constituyen realmente «mitos» que desconocen las implicaciones de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Así pues, es evidente que los derechos sociales poseen una estructura común a los derechos civiles y políticos, la cual es susceptible de ser exigida a través de las garantías que la Constitución asigna a los derechos de carácter liberal y democrático.

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: UNA DISTINCIÓN NECESARIA

Llegado a este punto, es necesario preguntarnos: ¿todos los derechos contemplados en la Sección II del Capítulo I de la Constitución dominicana son derechos sociales fundamentales susceptibles de ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales? Para responder esta pregunta, es necesario diferenciar los derechos sociales fundamentales de las directrices o normas programáticas. Para Alexy (2001), los derechos sociales fundamentales:

son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares (p. 443).

Las directrices son, en cambio, un tipo de pauta que manifiesta un objetivo que ha de ser alcanzado porque favorece o asegura una situación económica, política o social que se considera deseable.

En definitiva, los derechos sociales fundamentales confieren una posición jurídica a un sujeto (o a una clase de sujeto) en relación con el Estado o los particulares (en caso de delegación) al que se impone un deber de garantizar un conjunto de necesidades básicas que son indispensables para asegurar su desarrollo en un marco de libertad individual y de justicia social. De ahí que estamos frente a un derecho social fundamental cuando existe una obligación de garantizar unos mínimos sociales esenciales para garantizar el desarrollo de una vida digna de las personas.

Siendo esto así, podemos afirmar que, si bien es cierto que la Sección II del Capítulo I de la Constitución dominicana contempla formalmente todos los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, no menos cierto es que es posible diferenciar materialmente los derechos sociales fundamentales de las directrices o normas programáticas que procuran orientar y dirigir las actuaciones del Estado.

Por ejemplo, el artículo 54 de la Constitución dominicana consagra el objetivo de promover “la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios”. Este artículo no contiene un derecho subjetivo, sino que establece una directriz tendente a asegurar “el incremento de la productividad y la seguridad alimentaria”. Lo mismo ocurre con los artículos 57 y 58, relativos a la promoción de la integración en la vida activa y comunitaria de las personas de la tercera edad y con discapacidad, y con el artículo 68, sobre el fomento del deporte.

Ahora bien, es importante señalar que en la Sección II del Capítulo I de la Constitución dominicana también se contemplan auténticos derechos sociales fundamentales. Por ejemplo, el derecho a la vivienda (artículo 59), el derecho a la seguridad social (artículo 60), el derecho a la salud (artículo 61), el derecho al trabajo (artículo 62), el derecho a la educación (artículo 63), entre otros. Cada uno de estos derechos imponen una obligación jurídica al Estado en favor de las personas. A continuación, analizaremos brevemente estos derechos, tomando en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos y del Tribunal Constitucional dominicano.

El artículo 59 de la Constitución dominicana establece que “toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales”. Este artículo consagra el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas como un derecho social fundamental, el cual abarca el derecho a no ser desalojado de manera arbitraria.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que:

el derecho a la vivienda es considerado como un derecho social, el cual impone al Estado la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias

para propiciar las condiciones que hagan posible el acceso a este derecho para que cada ciudadano pueda lograr tener una vivienda apta para la vida humana y en condiciones de dignidad (TC/0100/14).

De ahí que el derecho a una vivienda digna otorga a los particulares la posición de exigir al Estado la adopción de las medidas necesarias para garantizar su acceso a una propiedad de interés social y para evitar desalojos arbitrarios que desconozcan su contenido esencial.

De igual forma, el artículo 60 del texto constitucional dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez”. De este artículo se desprende una obligación precisa para el Estado, consistente en el deber de estimular el desarrollo progresivo de la seguridad social y, en consecuencia, de no adoptar medidas regresivas que afecten los niveles de pensiones previamente otorgados.

De esta manera lo reconoce la CIDH al considerar vulnerado el artículo 26 de la Convención Americana, en lo relativo al derecho a la seguridad social, por el Estado convalidar reducciones en los niveles de pensiones ya otorgados. En efecto, en el caso Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social vs. Perú, la Comisión estableció lo siguiente:

La naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la Comisión como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de petición individuales consagrado en la Convención (Caso Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social vs. Perú, Sentencia del 27 de marzo de 2009).

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, “el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado” (TC/0203/13). El objetivo de la seguridad social es asegurar el derecho de las personas “a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad” (TC/0203/13). Otro de los derechos sociales fundamentales consagrados en la Sección II del Capítulo I de la Constitución dominicana es el derecho a la salud. En efecto, conforme al artículo 61 del texto constitucional, “toda persona tiene derecho a la salud integral”.

Del citado artículo 61 de la Constitución se desprende la obligación del Estado de asegurar como mínimo: (a) el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base de no discriminación, en especial para los grupos vulnerables o

marginados; (b) el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura; (c) el acceso a medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS); (d) velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y, (e) adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción (CDESC, punto 43). Estas prerrogativas forman parte del «contenido esencial» del derecho fundamental a la salud, de modo que, en caso de incumplimiento por parte de los órganos y entes públicos, las personas pueden exigir su protección ante las autoridades correspondientes.

Así lo reconoce la CIDH, al considerar vulnerado el derecho a la salud, encuadrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el Estado no suministrar los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedir la muerte y una mejor calidad de vida de las personas afectadas con VIH/SIDA. En efecto, en el caso *Miranda Cortez y otros vs. El Salvador* (2009), la Comisión aceptó que el artículo 26 de la Convención puede ser invocado para proteger el derecho a la salud; es decir, que el derecho a la salud es uno de los derechos sociales fundamentales que se deriva de las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) (Sentencia del 20 de marzo de 2009). Continúa la Comisión señalando que existen dos supuestos en los que el derecho a la salud es inmediatamente exigible: discriminación y peligro de vida (Caso *Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, párr. 42-45).

El artículo 62 de la Constitución dominicana dispone que “el trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado”. Este derecho se sustenta en tres principios esenciales: (a) el de la igual dignidad de todos los seres humanos; (b) el de la no discriminación; y, (c) el de la participación democrática. De ahí que, el Estado está obligado, por un lado, a propiciar una política de pleno empleo (dimensión objetiva) y, por otro lado, a garantizar la igualdad y la libertad de las personas en el ámbito laboral (dimensión subjetiva).

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano al juzgar que de la dimensión objetiva del derecho al trabajo se desprende la obligación estatal de “propiciar una política de pleno empleo”. Pero, además, este derecho “no sólo encarna una dimensión objetiva como elemento estructural del orden constitucional, sino que, además, cuenta con una dimensión subjetiva de especial importancia en nuestro derecho constitucional”. Se trata, a juicio de dicho tribunal, “de un derecho social, cuyo contenido complejo encuentra en el derecho constitucional del Estado social y democrático de Derecho, al menos dos garantías: la igualdad y la libertad del titular del derecho al trabajo frente a la regulación y vigilancia del Estado” (TC/0058/13).

Continúa el Tribunal Constitucional dominicano señalando que:

El contenido de este derecho se concreta entonces en el respeto a las condiciones de igualdad para acceder a un puesto de trabajo, siempre que

se cumplan los requisitos de capacitación que exige cada tarea en particular. Así mismo, dichos requisitos deben ser fijados de tal manera que obedezcan a criterios estrictos de equivalencia entre el interés protegido las limitaciones fijadas, pues una excesiva, innecesaria o irrazonable reglamentación violaría el contenido esencial del derecho. Por último, es necesario anotar que, de una parte, los requisitos que condicionen el ejercicio de una profesión u oficio deben ser de carácter general y abstracto, vale decir, para todos y en las mismas condiciones; y de otra, la garantía del principio de igualdad se traduce en el hecho de que al poder público le está vedado, sin justificación razonable acorde al sistema constitucional vigente, establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales y viceversa (TC/0058/13).

Por otro lado, el artículo 63 del texto constitucional reconoce que las personas tienen derecho “a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones”. De este artículo se infiere que la educación constituye un auténtico derecho fundamental que genera una serie de obligaciones positivas a cargo del Estado, a saber: desde garantizar una educación pública gratuita, la cual es obligatoria en el nivel inicial, básico y medio (artículo 63.3), pasando por el financiamiento estatal de la educación superior en el sistema público (artículo 63.3), hasta la obligación del Estado de erradicar el analfabetismo y educar a las personas con necesidades especiales y capacidades excepcionales (artículo 63.12).

Para el Tribunal Constitucional dominicano:

El derecho a la educación es uno de los pilares en los que descansa el progreso de una sociedad. La educación es el medio a través del cual las personas pueden convertirse en entes productivos y útiles, sirviendo como medio de socialización humana en sus diferentes etapas. La educación es uno de los elementos que promueven la libertad, al mismo tiempo que es generador de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (TC/0081/16).

Ese tribunal continúa indicando que:

El derecho a la educación no sólo supone el acceso de todos los ciudadanos a la educación, pues no basta evaluar disponibilidad de planteles educativos, igualdad de oportunidades, entre otros, sino que el derecho a la educación supone la obtención de un resultado, por cuanto los objetivos solo podrán alcanzarse si un centro universitario otorga un aval académico de su nivel de profesionalización que permita determinar que han sido adquiridos los conocimientos que hagan posible el ingreso del educando al mercado laboral, sin comprometer el interés general que ha de ser respaldado por el Estado a causa del ejercicio de la profesión (TC/0081/16).

De lo anterior se infiere que el derecho a la educación obliga al Estado, por un lado, a garantizar el acceso de las personas a “una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones” (artículo 63) y, por otro

lado, a adoptar las políticas necesarias “para promover e incentivar la investigación, la ciencia, la tecnología y la innovación” (artículo 63.9) en los centros universitarios. De ahí que es evidente que la educación constituye un derecho y un servicio público esencial.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, la Constitución dota al Estado en el contenido esencial del derecho a la educación “de un mandato prestacional, dentro de los servicios públicos” (TC/0092/15). Ello significa, a juicio de dicho tribunal, “que la educación posee un carácter binario, al conjugar la dimensión subjetiva del derecho fundamental, con la dimensión institucional de servicio público” (TC/0064/19).

Cada uno de los derechos sociales fundamentales, tal y como explica Fabre (2000), “busca asegurar que las personas accedan a los recursos adecuados” (p. 18) para que puedan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social. Es por esta razón que estos derechos se encuentran fundamentados sobre el valor de la dignidad humana, delegando a los poderes públicos la tarea de garantizar a cada uno un mínimo vital digno. Ese mínimo vital digno forma parte del «contenido esencial» de los derechos sociales fundamentales, de modo que escapa de la libre configuración del legislador.

Por último, es importante señalar que los derechos sociales fundamentales gozan de una protección jurídica especial basada en el principio de progresividad y la cláusula de no retroceso social. Según este principio, el Estado está impedido de desmejorar las condiciones originalmente establecidas, pues existe una prohibición de regresividad o de no retroceso social, la cual implica que el núcleo esencial de los derechos sociales ya realizado y efectivizado debe considerarse constitucionalmente garantizado.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano:

Las condiciones de accesibilidad a la propiedad de las viviendas de interés social revisten, por la naturaleza prestacional del derecho a la vivienda digna como derecho social, de una protección jurídica –respecto de otros derechos fundamentales– sustentada especialmente sobre la base del principio de progresividad y la cláusula de no retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales que impiden a las instituciones del Estado desmejorar las condiciones originalmente preestablecidas salvo razones rigurosamente justificadas (TC/0098/12).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha juzgado que:

La denominada cláusula de no retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales en medidas de carácter legislativo o reglamentario, las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por

las autoridades competentes. En ciertos casos el mandato de progresividad u la prohibición de medidas regresivas pueden estar en estrecha conexión con el principio de confianza legítima, pues en última instancia ambos presentan un elemento común cual es el respeto por parte de las autoridades estatales del marco jurídico o fáctico previamente creado para la satisfacción de derechos prestacionales. También desde la perspectiva de la confianza legítima es reprochable el cambio intempestivo de las condiciones previamente definidas por la Administración para la satisfacción de derechos prestacionales, y a ésta en todo caso le corresponde la carga argumentativa de justificar el cambio intempestivo de las reglas de juego inicialmente acordadas (T-1318/05).

CONCLUSIONES

En vista de los aspectos analizados en este trabajo, podemos afirmar que los derechos sociales constituyen auténticos derechos fundamentales que poseen una estructura similar a los «clásicos» derechos civiles y políticos. Decimos esto pues los derechos sociales están recogidos tanto en la norma constitucional como en los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a los derechos humanos y reconocen el derecho de las personas a acceder a unos mínimos sociales. De ahí que es evidente que estos derechos son tan –o más– importantes que los derechos civiles y políticos, de modo que su otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría congresual, sino que debe gozar de una protección constitucional robusta.

La fundamentalidad de los derechos sociales se deriva de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, pues es a partir de su reconocimiento que las exigencias sociales son asumidas como precondiciones para el ejercicio de las libertades fundamentales y, en consecuencia, de la democracia. En definitiva, un Estado es realmente un Estado «social» y democrático de Derecho si adopta decisiones «justas» basadas en la protección de ciertos contenidos sociales que son indispensables para garantizar el desarrollo de las personas en un marco de libertad individual y de justicia social. Para esto, es necesario que los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, sean impuestos a la sociedad y retirados de la discusión política ordinaria; es decir, de las decisiones de los órganos legislativos.

Siendo esto así, es evidente que la concepción de los derechos sociales como meras directrices o normas programáticas está basada en argumentos políticos, morales e ideológicos y no así a su estructura dogmática, la cual se deriva de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales, pues están recogidos en normas constitucionales o en tratados internacionales que imponen obligaciones concretas al Estado y que reconocen el derecho de las personas a acceder a unos mínimos sociales, los cuales buscan la protección de la dignidad humana.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editora Trotta.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Autexier, C. (1997). *Introduction au Droit Public allemande*. Paris: PUF.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Bilchitz, D. (2008). *Poverty and Fundamental Rights. The justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bovero, M. (2006). *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*. Laterza: Roma-Bari.
- Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia núm. T-1318/05 de fecha 14 de diciembre de 2005*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Informe núm. 32/05 de fecha 7 de marzo de 2005*. Caso Cuscul Pivaral y otras personas vs. Guatemala.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe núm. 27/09 de fecha 20 de marzo de 2009*. Caso Miranda Cortez y otros vs. El Salvador.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). *Observación General núm. 3 del 14 de diciembre de 1990*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General núm. 14 del 11 de agosto de 2000*.
- Contreras Peláez, F. (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid, 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Sentencia del 1 de julio de 2009*. Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú.
- Corte Interamericano de Derechos Humanos. (2018). *Sentencia del 21 de noviembre de 2018*. Caso Laguna del Campo vs. Perú.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia núm. T-406 de fecha 5 de junio de 1992*.
- España. Tribunal Constitucional. (1981). *Sentencia núm. 25/1981 de fecha 14 de julio de fecha 1981*.

- España. Tribunal Constitucional. (1985). *Sentencia núm. 53/1985 de fecha 11 de abril de 1985.*
- España. Tribunal Constitucional. (1985). *Sentencia núm. 53/1985 de 18 de mayo de 1985.*
- España. Tribunal Constitucional. (2016). *Sentencia núm. 196/2016 de fecha 15 de agosto de 2016.*
- Fabre, C. (2000). *Social Rights under the Constitution, Government and Decent Life.* London: Oxford.
- Feinberg, J. (1980). *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy.* Princeton: Princeton University.
- Ferrajoli, L. (1998). Diritti fondamentali. En *Teoría Política*, núm. 2. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoría e metateoría del diritto.* Giappichelli: Turín.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 64. México: Universidad Autónoma de México.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.* New York: Norton.
- Jorge Prats, E. (2012). *Derecho constitucional, vol. 1.* Santo Domingo: Ius Novum.
- Jorge Prats, E. (2013). *Derecho constitucional, vol. 2.* Santo Domingo: Ius Novum.
- Kelsen, H. (1999): *Teoría pura del derecho.* Buenos Aires: Eudeba.
- Medina Guerrero, M. (1997). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* Madrid: McGraw Hill.
- Medina Reyes, R. (2019). La función esencial de la Administración pública. En *Acento*, 5 de abril de 2019. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/la-funcion-esencial-la-administracion-publica-8668041.html>
- Medina Reyes, R. (2020). *La administración del Estado social y democrático de derecho.* Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional.
- Medina Reyes, R. (2020a). Los derechos sociales en serio. En *Acento*, 15 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/los-derechos-sociales-en-serio-8861016.html>.

- Medina Reyes, R. (2020b). La fundamentalidad de los derechos sociales. En *Acento*, 19 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/la-fundamentalidad-de-los-derechos-sociales-8862203.html>
- Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Organización de las Naciones Unidas (1968). *Final Act of the International Conference on Human Rights*. Teherán: Naciones Unidas.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.
- Pizarro Nevado, R. (2007). "Tribunal Constitucional y Estado social: la Experiencia española", en Molina Betancur, M. (comp.). *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*. Colombia: Universidad de Medellín.
- Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales (2013).
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- República Dominicana. (2012). *Sentencia núm. TC/0098/12 de fecha 21 de diciembre de 2012*.
- República Dominicana. (2013). *Sentencia núm. TC/0203/13 de fecha 20 de noviembre de 2013*.
- República Dominicana. (2013). *Sentencia núm. TC/0058/13 de fecha 15 de abril de 2013*.
- República Dominicana. (2014). *Sentencia núm. TC/0100/14 de fecha 10 de junio de 2014*.
- República Dominicana. (2015). *Sentencia núm. TC/0092/15 de fecha 6 de mayo de 2015*.
- República Dominicana. (2016). *Sentencia núm. TC/0081/16 de fecha 7 de abril de 2016*.
- República Dominicana. (2019). *Sentencia núm. TC/0064/19 de fecha 13 de mayo de 2019*.
- Reyes Torres, A. (2019). Garantía de los derechos sociales fundamentales en la Constitución dominicana. En Fernández Vidal, S. et al. *Estado y Constitución: Derechos sociales y la reelección presidencial*. Santo Domingo: CUEPS.

Robles Morchón, G. (2006). *Teoría del derecho: Fundamentos de la teoría de comunicaciones del derecho*. España: Civitas.

Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: UNAM.

Smith, A. (1937). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1979). *Sentencia de fecha 9 de octubre de 1979. Caso Airey vs. Irlanda*.

EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL MARCO DE SU COMPARECENCIA PERSONAL ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES Y LA ADUCIDA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 72 DE LA LEY 834 DE 1978

The silence of the parties in the context of their personal appearance before the civil courts and the adduced unconstitutionality of article 72 of 834 act of 1978

■ **Édynson Alarcón Polanco**

Comisión Académica de la Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana
ealarcon@poderjudicial.gob.do

Artículo de investigación
Recibido: 6 de agosto de 2021
Aprobado: 21 de octubre de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

Se analiza la incidencia de la *ficta confessio* o confesión presunta en el marco de aplicación del art. 72 de la L. 834-78 y su no conflictividad, respecto del procedimiento civil ni con el principio constitucional de no autoincriminación, ni con la noción del debido proceso. Se plantea que el silencio o las respuestas esquivas durante la fase de prueba por escrito, no necesariamente afectan el derecho de defensa ni se contraponen al principio de no autoincriminación, así como que tal actitud puede estar justificada en determinado momento.

Palabras clave

Comparecencia personal de las partes; confesión; confesión ficta; medida de instrucción; silencio.

Abstract

The incidence of the *ficta confessio* or presumed confession is analyzed within the framework of application of art. 72 of L. 834-78 and its non-conflict, with respect to civil procedure, neither with the constitutional principle of non-self-incrimination nor with the notion of due process. It is argued that silence or elusive responses during the written test phase do not necessarily affect the right of defense or contradict the principle of non-self-incrimination, as well as that such an attitude may be justified at a certain moment.

Keywords

Confession; fictitious confession; instructional measure; personal appearance of the parties; silence.

INTRODUCCIÓN

A propósito del tratamiento procesal de la rebeldía o el defecto, en la República Dominicana ha imperado, en líneas muy generales, el sistema de la *ficta litis contestatio*, de origen romano-canónico, en que la inactividad del defectuante no se interpreta como una confesión ni cosa parecida, sino, todo lo contrario, como una objeción a lo alegado e invocado por su contendor. En consecuencia, la autoridad judicial debe instruir rigurosamente el proceso y garantizar la tutela de los derechos de la parte ausente, de suerte que, como manda el art. 150 del Código Procesal Penal (CPC), modificado por la L. 845-78, las conclusiones de la parte que requiera el defecto solo sean acogidas en la medida de su justedad y de que reposen en prueba legal.

Sin embargo, en el contexto referencial del interrogatorio directo o la comparecencia personal de las partes, que es como mejor se le conoce entre nosotros, regida por los arts. 60 y ss. de la L. 834-78, se produce una situación de excepción ya que, contra todo pronóstico, el juez queda habilitado para extraer cualquier secuela negativa de la ausencia de esas partes o de su renuencia a contestar las preguntas que le sean formuladas. Esta aparente contradicción entre lo que sería un régimen especial, pautado, en concreto, para la medida de instrucción de audición directa de las partes y el patrón general seguido para el procedimiento contencioso en defecto provoca algunas alarmas, señeramente, entre quienes piensan que con ello se quebrantan garantías de hondo calado, incluso de orden constitucional. Nosotros entendemos que no, que la disposición del art. 72 de la L. 834-78 no obedece a un capricho, a una divagación o a una irreflexión del legislador, sino que responde a una corriente solvente, de amplia aceptación, articulada con inteligencia para resolver coyunturas que de otro modo llevarían a un despeñadero.

Cómo citar:

Alarcón Polanco, E. (2021). El silencio de las partes en el marco de su comparecencia personal ante los tribunales civiles y la aducida inconstitucionalidad del art. 72 de la Ley 834 de 1978. *Revista Saber y Justicia*, 2(20), 35-43. <https://saberyjusticia.edu.do>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo con el art. 72 de la L. 834-78, “el juez puede sacar cualquier consecuencia de derecho de las declaraciones de las partes, de la ausencia o de la negativa a responder de una de ellas y considerar esta como equivalente a un principio de prueba por escrito”. La pasada disposición, sobre todo en lo concerniente a los posibles efectos y derivaciones procesales del silencio, cuando quien se ampara en él es uno de los litigantes durante su comparecencia personal, sea que se abstenga de presentarse al interrogatorio o que, habiéndolo hecho, se resista a responder sobre aquello que se le pregunta, recoge nuestra versión, tomada del molde francés, de la doctrina de la *facta confessio* o, en buen castellano, de la confesión ficta, tácita o presunta.

Tanto en Francia (art. 198 NCPC) como entre nosotros, el modelo de la *facta admisso*, como también se le conoce en derecho comparado, se corresponde con una trasposición mucho más ligera y atemperada que la vigente en España¹ y otros países del área, como, por ejemplo, Venezuela², Colombia³ y Argentina⁴, por solo citar algunos casos. Contrario a como pasa en el sistema procesal privado dominicano, en estos países la confesión ficta no opera sucintamente con motivo de la medida de instrucción relativa a la comparecencia personal o audición directa de las partes, sino con un vasto alcance y desde una fase inicial del proceso, cuando el demandado no comparece y entonces, casi a modo de sanción, se le tiene por confeso siempre que los elementos de la causa corroboren esta solución y no desmientan el imperio de la presunción que así lo establece. Se trata, en resumen, de un esquema de confesión por presunción *iuris tantum* que, en cuanto tal, admite la prueba en contrario.

En nuestro derecho, en cambio, dominado en general por la tradición de la *facta litis contestatio*, el art. 150 del Código de Procedimiento Civil, reformado por la L. 845-78, prevé que, con ocasión del defecto de alguna de las partes, las conclusiones de quien se sirva de él solo podrán acogerse si fuesen justas y reposasen en prueba legal. El procedimiento contencioso en defecto se erige en una garantía para el defectuante, lo que obliga al juez a asegurarse de que sus derechos –los del litigante ausente– estén resguardados aun cuando no haya nadie que los defienda. La *facta confessio*, no obstante, incide en derecho dominicano en un plano más restringido, discrecionalmente para el juez y en el contexto específico de una medida de instrucción: la comparecencia personal de las partes⁵.

Si el demandante o el demandado, indistintamente, no acuden en la fecha fijada para consumo de la medida de comparecencia personal o, ya presentes, se niegan a responder, el juez “puede” deducir de ese talante cualquier corolario y asimilarlo, por una ficción jurídica, a un comienzo de prueba por escrito. Pasa en el proceso civil, en el comercial y en el laboral⁶, no en el derecho público. De hecho, en materia penal sería una herejía. Lo del carácter facultativo de la confesión ficta y a efectos,

1 Arts. 304 y 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

2 Art. 362 del Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela.

3 Art. 210 del Código de Procedimiento Civil de Colombia.

4 Art. 417 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

5 Arts. 60 y ss. de la L. 834-78.

6 Art. 581 del Código de Trabajo: “La falta de comparecencia o la negativa a contestar de una de las partes sin causa justificada puede ser admitida como presunción contra ella”.

exclusivamente, de la indicada medida de instrucción, resulta del contenido mismo del art. 72 de la L. 834-78 cuando el canon, *ab initio*, emplea el verbo “poder” para dejar al juez en libertad de hacer uso de la figura de oficio o a petición de alguno de los instanciados.

Otra característica interesante que presenta la *ficta confessio* limitada al marco de aplicación del art. 72 de la L. 834-78 es que la regla, básicamente, más que un instrumento de valoración sustantiva se acopla a la dinámica del *onus probandi* o de la carga de la prueba porque el juez, en este supuesto, no sopesa una variable probatoria, sino que, más bien, aprecia las consecuencias de una conducta del litigante. Ante el vacío que deja su mutismo deliberado o sus declaraciones evasivas o a medias, el legislador interviene para sugerir la forma en que puede interpretarse la situación, sacando “cualquier consecuencia de derecho” y tomándose esta actitud cerrada, casi irreverente, como un principio de prueba por escrito: un indicio susceptible de ser completado con cualesquiera otras probanzas, incluso con presunciones.

El art. 72 de la L. 834-78 simula un modelo de confesión judicial expresa, pero la razón impone rehuir de las arbitrariedades y no convertir ese enunciado en un cheque en blanco. En efecto, lo primero es insistir en que su implementación viene condicionada al cumplimiento de tres exigencias esenciales, a saber: que el ausente haya sido regularmente citado, de preferencia en su propia persona o a domicilio; que el día y hora previstos, este no se apersona; o que, si fuera el caso, ya presente en el juzgado, se resista a contestar sobre hechos de su pleno conocimiento, en especial aspectos neurálgicos o de particular interés para el tribunal.

Lo segundo es tomar en cuenta que el objeto del precepto es sortear posturas obstructivas o de mala fe, no volcar la cólera de un juez obtuso sobre un litigante de pocas luces, acaso entrampado en sus propias limitaciones. De ahí que se requiera un plus de prudencia para que cuando la prueba concurrente desmienta objetivamente la orientación natural de la presunción de confesión en contra del pleiteante silente, el juzgador se abstenga de utilizarla. Después de todo, “el valor de la ficción no puede ser mayor que la realidad y nada obsta para que el perjudicado la destruya mediante prueba en contrario” (Vallejos, 2007, p. 156). El uso irracional del instituto no debe, bajo ningún concepto, conducir a un voluntarismo irreflexivo que atropelle el sentido de justicia, la lógica y la razón.

Mucho se ha discutido, empero, sobre la compatibilidad o no de atribuir consecuencias adversas al silencio de las partes con la garantía constitucional referida al debido proceso y, en particular, al ejercicio de la defensa. Hay quienes postulan que el art. 72 de la L. 834-78 es inconstitucional porque propicia una situación de desequilibrio y desigualdad en perjuicio del absentista o del silente, lo que limita, de cara al contencioso, sus posibilidades de defenderse y porque, además, el texto en cuestión violenta, según se afirma, el art. 69.6 de la carta magna dominicana, contentivo del derecho a la no autoincriminación.

Vayamos, sin embargo, por partes. No hay que olvidar que, como ha sido juzgado por la Corte de Casación francesa, la circunstancia de que se ordene una com-

parecencia personal no quita que los jueces basen su decisión en otros factores probatorios también suministrados al proceso⁷. Ello quiere decir que los virtuales efectos, perniciosos para la parte que no se apersona o que estando presente se niegue a responder al interrogatorio, son potencialmente desmontables en el período de instrucción o de producción de pruebas; que la aplicación de la presunción de confesión o asentimiento, amén de que es opcional para el juez, no es mecánica o irreflexiva, toda vez que admite la prueba en contrario.

Nada impide entonces que la parte en falta, luego de celebrada la medida y precluida esa etapa, se defienda por órgano de su abogado y desmonte la propensión de la presunción que, en principio, juega en su contra. A fin de cuentas, ni la instancia ni el litigio terminan en esa audiencia fijada para la comparecencia personal de las partes a la que, por alguna razón, alguien no asiste o, ya en ella, decide guardar silencio, pero como la carga de la prueba se invierte, le corresponderá a él, eso sí, probar que el espíritu de la suposición no es exacto y que las alegaciones de su adversario no se compadecen con la verdad material; que son inexactas, infundadas o ineficaces. Tratándose, incluso, de la tribuna demandada, está todavía facultada para promover ciertos incidentes tendentes a aniquilar el apoderamiento o el derecho a accionar del demandante, sin siquiera debatir sobre el fondo de la pretensión original.

Así las cosas, no parece que la disertación del art. 72 sea irrazonable o que concite un privilegio más allá de la intención del legislador de evitar un atascadero o una situación de probable indefinición. El peligro y la ineludible inconstitucionalidad sí persistirían ante el influjo de una presunción irrefragable tras el discurso del texto —que no es el caso— que dejara al tribunal y al propio litigante afectado sin opciones, especialmente cuando el grueso de la prueba, ya calibrada, condujera a una solución favorable a los intereses de este último. Lo de la consideración del silencio o del absentismo como un principio de prueba por escrito, muy típico del derecho francés, trae aparejado el requisito de añadir a la fórmula condenatoria, para completar la eficacia del mero indicio, otro u otros procedimientos de prueba, sean estos perfectos o imperfectos. La incorporación del principio de prueba es, en la especie, una garantía de reforzamiento que obliga al juez a no partir de ligero y a robustecer la fuerza precaria de la presunción con un suplemento, así sea un testimonio, un documento, un informe pericial o una comprobación directa.

Para la doctrina clásica, el despliegue del art. 72 de la L. 834-78, recogido antaño en una ley del 23 de mayo de 1942 que en su día modificó el Código de Procedimiento Civil francés, amplía considerablemente el ámbito del principio de prueba por escrito instituido en el art. 1347 del Código Civil: “ya no es imprescindible un documento, puesto que el tribunal cuenta con grandes poderes para hacer que ese principio de prueba surja de la comparecencia personal de las partes” (Mazeaud, 1959, p. 581).

El hecho de que el juez “pueda” suponer o deducir una confesión a partir de la conducta reticente de una parte, de su negativa a hacerse interrogar, su inseguridad

7 Civ. 3º, 9 nov. 1977: Bull III, n. 383, p. 292; JCP 78, IV, 13.

al hablar, sus contradicciones, etc., pasa por la obligación de que el resultado de la medida de comparecencia personal, al menos en nuestro sistema procesal, se tenga como un principio de prueba por escrito, con todas sus implicaciones. No por casualidad la disposición se refiere a que el juez “puede” –siempre es potestativo– “sacar cualquier consecuencia... de las declaraciones de las partes, de la ausencia o de la negativa a responder... y considerar esta como equivalente a un principio de prueba por escrito”.

El uso de la conjunción copulativa “y”, que es inclusiva, revela claramente la intención del legislador de que no solo baste con un ejercicio deductivo o de presumir en contra del rebelde tomando como punto de apoyo su propia postura o su cerrazón, sino que habrá también la necesidad de asumir aquel comportamiento como un comienzo de prueba, lo que, a su vez, pone al tribunal, como decíamos, frente al reto de hallar un complemento armónico que rescate el honor de la administración de justicia y cubra cualquier laguna. Es decir que el solo juego de la presunción no es suficiente ni ella se basta por sí misma.

La colocación de estos candados persuade de que la redacción del art. 72 de la L. 834-78 no infringe el debido proceso ni es contraria a la Constitución. El principio de no autoincriminación, uno de los baluartes más firmes del derecho procesal penal clásico, recogido en el art. 95.6 del Código Procesal Penal, así como en el art. 69.6 de la propia Constitución, no tiene resonancia en lo civil ni es extensivo, con toda su crudeza y su fuerte carga emotiva, al proceso privado en general. El alcance de la garantía del art. 69.6 de la Constitución se limita al derecho público, en particular al proceso represivo.

Tras el derecho reconocido al imputado de guardar silencio, en materia penal late la intención de prevenir la obtención de confesiones bajo tortura. Si se examinan las actas levantadas con ocasión de los trabajos de la Asamblea Nacional de 2010, en concreto el acta núm. 10, correspondiente al día 2 de febrero de 2010, puede advertirse el desarrollo penal de los debates escenificados en el foro legislativo en torno a lo que, en ese entonces, era el art. 58 del proyecto de reforma remitido por el Poder Ejecutivo y que posteriormente se convertiría en el art. 69 de la actual Constitución.

De hecho, conforme queda registrado en la citada acta núm. 10, de fecha 2 de febrero de 2010, el asambleísta por la provincia de Santiago, José Ricardo Taveras Blanco proponía añadir al ordinal 6º del art. 58 un injerto que dijera lo siguiente:

[N]o obstante, en investigaciones vinculadas al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, lavado de activos y otras infracciones vinculadas a la delincuencia organizada transnacional, las personas están obligadas a facilitar los datos que acrediten el origen lícito de su patrimonio.

Asimismo, el asambleísta Julio César Horton Espinal (Congreso Nacional, 2010) sugería incorporar al inciso lo que se indica a continuación:

[T]odo imputado tiene derecho a guardar silencio, el ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicios de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra”. En la votación sobre el particular, la moción fue rechazada 120 contra 52, de modo que el contenido original de la propuesta quedó igual, tal cual nos llegaría más tarde en el apartado 6to. del art. 69, con apenas un renglón: nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.

Desde siempre, pues, el principio de no autoincriminación ha tenido en la República Dominicana una lectura deliberadamente penal. Las discusiones que sobre él se escenificaron en la Asamblea Constitucional de 2010 así lo confirman. La intención del legislador jamás ha sido trasponerlo al derecho privado, mucho menos al proceso civil, discusión que ha quedado zanjada desde hace tiempo en Europa y en la mayoría de los países de nuestro entorno, pero que, de vez en cuando, reaparece entre nosotros con una porfía inagotable, digna de estudios freudianos.

CONCLUSIONES

La presunción de confesión del art. 72 de la L. 834-78, atenuada con la equivalencia del silencio o las respuestas esquivas al instituto del comienzo de prueba por escrito, no menoscaba, en lo absoluto, el núcleo esencial del derecho de defensa ni entra en conflicto con el principio de no autoincriminación; primero, porque la aludida presunción, aparte de que es prescindible y facultativa para el juez, cede ante la prueba en contrario y siempre puede ser desvirtuada en función de los demás elementos de convicción aportados al proceso; y segundo, porque la “no autoincriminación” es una garantía de configuración punitiva o de naturaleza procesal penal que no forma parte del proceso civil ni de sus áreas aledañas. Al fin y al cabo, la decisión del litigante de guardar silencio no constituye una renuncia al ejercicio de su defensa y este siempre dispone de los medios para revertir cualquier efecto pernicioso que pudiera tener en su contra esa actitud, probablemente justificada en un momento dado.

REFERENCIAS

- Calamandrei, P. (1997). *Derecho procesal civil*. Biblioteca Clásicos de Derecho Procesal. México: Editorial Harla.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*, Vols. 1-2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Chiovenda, G. (1997). *Curso de derecho procesal civil*. Biblioteca Clásicos de Derecho Procesal. México: Editorial Harla.
- Columna, J. A. (2020). *La sombra de Franz Klein en el enjuiciamiento civil*. Santo Domingo: Editora Corripio.
- Cuenca, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- España. (2002). *Ley de enjuiciamiento civil y legislación especial*. Madrid: Constitución y Leyes.
- Estévez Lavandier, N. (2017). *Ley núm. 834 de 1978 comentada y anotada en el orden de sus artículos, con doctrina y jurisprudencia dominicana y francesa*. Santo Domingo: Impresora Soto Castillo.
- Francia. (1999). *Code de Procedure Civile*. París: Litec.
- Guinchard, S. et al. (2004). *Droit et pratique de la procédure civile*. París: Dalloz.
- Guzmán Ariza, F. J. (2015). *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana*. Santo Domingo: Editora Judicial.
- Guzmán Ariza, F. J. (2020). *El procedimiento en defecto en materia civil y comercial después de las reformas de la Ley 845 de 1978*. Santo Domingo: Editora Judicial.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de derecho civil*. (Primera parte, vol. 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Petit, E. (1980). *Tratado elemental de derecho Romano*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- República Dominicana. (1978, 15 de julio). *Ley núm. 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de procedimiento civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil francés*. Gaceta Oficial núm. 9478.
- República Dominicana. (2015, 13 de mayo). *Constitución de la República Dominicana*. Gaceta Oficial núm. 10805, Julio 10, 2015.

República Dominicana. Congreso Nacional (2010). Asamblea Nacional de fecha 2 de febrero de 2010.

Vallejos, J. C. (2007). Prueba por confesión. En M. S. Midón (coord.). *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de la Paz.

EL SECRETO PROFESIONAL: PRINCIPIO ÉTICO-CONSTITUCIONAL PROPULSOR DEL OBJETIVO 16 DE LA AGENDA 2030 DE LA ONU PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Professional secrecy: an ethical-constitutional principle driving goal 16 of the UN's 2030 agenda for sustainable development

Jorge Tomás Broun Isaac

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana
jbrown@poderjudicial.gob.do
<https://orcid.org/0000-0003-3905-2468>

Artículo de investigación
Recibido: 17 de septiembre de 2021
Aprobado: 21 de octubre de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

En el presente artículo científico se analiza el secreto profesional desde el punto de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial, estableciendo nociones, elementos, naturaleza e importancia del mismo. Se identifican los datos protegidos por este principio ético y se presentan en una tabla de gradación según su naturaleza e intensidad, que sirve de referente para valorar de manera objetiva y razonable el posible agravio que pudiere causar la divulgación de determinada información. Se plantea el deber de secreto como principio ético y garantía de derechos humanos, obligación que exige sobrada verticalidad moral enfocada en la prudencia, en la salvaguarda de los datos personales sensibles y/o clasificados en los procesos judiciales y en la toma de decisiones, en procura de evitar violaciones a los derechos que integran el núcleo más íntimo de la vida de las personas. Se presenta el secreto profesional como límite al ejercicio del acceso a la información y libertad de información de cara a la imperante necesidad de analizar los estándares internacionales que sirven de base para la censura de datos, atendiendo a que estos

Summary

In this scientific article, professional secrecy is analyzed from the normative, doctrinal and jurisprudential point of view, establishing notions, elements, nature and importance of it. The data protected by this ethical principle is identified and presented in a grading table according to its nature and intensity, which serves as a reference to objectively and reasonably assess the possible harm that the disclosure of certain information may cause. The duty of secrecy is proposed as an ethical principle and a guarantee of human rights, an obligation that requires plenty of moral verticality focused on prudence, in the safeguarding of sensitive and / or classified personal data in judicial processes and in decision-making, in pursuit to avoid violations of the rights that make up the most intimate nucleus of people's lives. Professional secrecy is presented as a limit to the exercise of access to information and freedom of information in the face of the prevailing need to analyze the international standards that serve as the basis for data censorship, bearing in mind that these rights represent the foundation of democracy, for being transversal and multipliers of

derechos representan el fundamento de la democracia, por ser transversales y multiplicadores de otros derechos fundamentales. Asimismo, se estudia la obligación del deber de reserva durante el despliegue de las investigaciones en materia penal y en la fase inicial y preparatoria en el ámbito jurisdiccional. Se muestran los resultados de un trabajo de campo que determina el nivel de percepción de la comunidad jurídica en torno a cumplimiento de este principio y la necesidad de modificación de las sanciones por el delito de revelación de secretos. Por último, se demuestra de manera concreta y gráfica la manera en que impacta la debida observancia al secreto profesional en el alcance del Objetivo 16 de la Agenda 2030 de la ONU y su incidencia en la consecución del resto de los objetivos de la referida agenda pública.

Palabras claves

Secreto profesional; acceso a la información; datos personales; privacidad.

other fundamental rights. Likewise, the obligation of the duty of reserve is studied during the deployment of investigations in criminal matters and in the initial and preparatory phase in the jurisdictional sphere. The results of a field work that determines the level of perception of the legal community regarding compliance with this principle and the need to modify the sanctions for the crime of revealing secrets are shown. Finally, the way in which due observance of professional secrecy affects the scope of Goal 16 of the UN 2030 Agenda and its impact on the achievement of the rest of the objectives of the aforementioned public agenda is shown in a concrete and graphic way.

Keywords

Professional secrecy; access to information; personal information; privacy.

Cómo citar:

Broun Isaac, J. T. (2021). El secreto profesional: principio ético- constitucional propulsor del objetivo 16 de la Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible. *Revista Saber y Justicia*, 2(20), 44-82. <https://saberyjusticia.edu.do>

INTRODUCCIÓN

Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) trazados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Agenda 2030 ponen sobre los hombros de los Estados Parte la responsabilidad de identificar y aplicar medidas, estrategias y políticas públicas efectivas tendentes a la construcción de cada una de las metas que los integran, ya que de ello depende el cumplimiento de su responsabilidad esencial de proteger, garantizar y evitar violaciones a garantías judiciales y derechos fundamentales, en pro del alcance del verdadero sentido de la existencia humana: la felicidad de los pueblos.

En lo que concierne a los poderes judiciales, se identifica como reto la construcción del ODS 16, el cual se centra en la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles.

En el impulso del referido objetivo, la ética judicial juega un papel preponderante, puesto que depende sustancialmente de la consolidación de la institucionalidad. Por ello, los servidores públicos juegan un papel protagónico en esta meta común. Por vía de consecuencia, la función judicial contemporánea se encuentra sujeta al cumplimiento estricto de principios éticos, entre los que resalta el *secreto profesional*.

El principio ético de secreto profesional posee un rol nodal a lo interno del sector justicia, en el entendido de que su observancia constituye una garantía para su buena administración, la cual, depende indiscutiblemente del despliegue de investigaciones secretas que garanticen su eficacia, una gestión jurisdiccional caracterizada por el respeto al deber del secreto, mediante la tutela de los derechos de las partes frente al uso de las informaciones manejadas en los tribunales, de cara a los derechos a la privacidad e intimidad de las personas, lo que en su conjunto coadyuva a la formación de una *justicia sólida* que impulsa al *desarrollo humano sostenible*.

En ese sentido, la presente investigación tiene por finalidad analizar el impacto del secreto profesional en la consecución del ODS 16 de la Agenda 2030 y en los demás ODS. Este estudio se caracteriza por poseer un marcado *interés teórico* puesto que el tema presenta un enfoque local e internacional, desde el punto de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial; un *interés social* porque plantea e identifica los límites y alcance del secreto profesional de cara a la protección de los derechos humanos, lo que le convierte en un *tema de actualidad*; por último, una *relevancia aplicativa* importante, en razón de que se identifican estrategias para el logro de los ODS mediante la interpretación y aplicación debida del secreto profesional como principio ético-constitucional.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mediante informe de mayo del 2020, alertó que el *desarrollo humano global* podría *retroceder* por primera vez a partir del año 2020, desde la introducción de este concepto en el año 1990, por las crisis enfrentadas por el mundo en los últimos 30 años, incluida la crisis financiera mundial de 2007-2009 y los embates de la pandemia COVID-19 (PNUD, 2020); lo que sin lugar a dudas dificulta y retrasa el alcance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Por tanto, deben ser contundentes los esfuerzos de los Estados en la identificación y ejecución de estrategias que faciliten su consecución.

Es preciso señalar que, de 2012 a 2017, la República Dominicana escaló ocho posiciones en el Índice de Desarrollo Humano, aumentó del 0,710 al 0,736, ocupando en 2017 la posición 94 de entre 189 países (PNUD, 2018); en 2018 alcanzó un 0,751 y en 2019 un 0,756 (ONU, 2019). Muestra de que nunca ha descendido como aclaró la ONU, sin embargo, causa preocupación que esta tendencia podría variar considerablemente a partir de los años 2020-2021.

Resulta relevante valorar que, en la 70ª Asamblea General de la ONU que aprobó la Declaración Conjunta de Gobierno Abierto para la Implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, *se reconoce el objetivo 16 como una meta transversal para lograr con éxito el resto de los objetivos* (ONU. CEPAL, 2015). Por ese motivo los Estados deben fijar su atención y enfocar sus esfuerzos en este, cuya finalidad es promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Para la construcción de sociedades pacíficas e inclusivas se requiere eficacia y responsabilidad a lo interno de las instituciones, que sean dirigidas por servidores públicos que actúen en estricto cumplimiento a los principios éticos. En esta labor juega un papel nodal el secreto profesional, porque promueve el desarrollo de un servicio público garantista de los derechos fundamentales de la ciudadanía y se erige como herramienta para el combate de la corrupción y el crimen organizado, coadyuvando así a alcanzar una justicia sostenible, la paz y la inclusión social.

Partiendo de lo anterior, cabe preguntarse: *¿Cómo incide el secreto profesional en la consecución del ODS 16 de la Agenda 2030 de la ONU? ¿El alcance del ODS 16 impacta en los demás ODS? ¿Cumple el sector justicia con el deber de secreto?*

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SECRETO PROFESIONAL

Deontología, nociones de secreto profesional y su importancia

Deontología. La deontología es conocida como *teoría del deber ser* y junto a la axiología es una de las dos ramas principales de la ética normativa. A semejanza de

lo que sucede con los conceptos de bioética y ética médica, es común encontrar que no se distinguen claramente los límites entre la ética y la deontología (Atienza, 2003).

En ese tenor, el filósofo español Manuel Atienza señala las profesiones como las razones que explican la importancia de la ética:

a) el pragmatismo que impregna nuestra cultura y forma de vida: importa que las cosas funcionen, que resuelvan problemas; b) la complejidad creciente de las profesiones, que afecta no solamente a cuestiones técnicas sino también éticas; c) la desorientación que la complejidad de la sociedad contemporánea y el cambio acelerado generan (p. 43).

También establece que:

un código deontológico ha de tener como objetivo regular una profesión con el objetivo de fomentar la excelencia entre quienes la ejercen, porque de esa forma se incrementan también los beneficios de los usuarios de la administración de justicia y mejora en su conjunto el funcionamiento del sistema jurídico (p. 43).

Esta mejora en el sector justicia será alcanzada solo en la medida en que sus servidores actúen en estricto apego al *conjunto de principios y normas al que debe sujetarse la conducta de sus administradores, que hoy conocemos como ética judicial*. Vale añadir: “por parte de los jueces, secretarios y demás servidores judiciales, sin excluir al ministerio público, abogados defensores, etc.” (Atienza, p. 43).

En el ámbito institucional, la ética se refleja y promueve mediante el cumplimiento de *principios éticos* que son más que núcleos concentrados de optimización de ética judicial que regulan el comportamiento de los servidores, entre los que se pueden mencionar: transparencia, prudencia, credibilidad, *secreto profesional*, entre otros; siendo este último el principal objeto de análisis del presente estudio.

Nociones de secreto profesional. Partiendo de un punto de vista general, un *secreto* es todo aquello que debe mantenerse oculto; desde el punto de vista subjetivo, es el hecho de saberse y mantenerse una cosa en reserva o sin manifestarse, sea por promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella (CSJ, 2019).

El secreto profesional se impone a todas las personas a quienes se confían secretos por razones de su estado, profesión o cargo. Eduardo Rodríguez Piñeres afirma que:

Cuando un particular revela los secretos de otro comete una grave falta contra el honor, esta adquiere mayor magnitud cuando es cometida por aquel que solo en razón de su profesión ha obtenido una confidencia o ha sorprendido los secretos de sus clientes (p. 14).

Partiendo de lo anterior, el secreto profesional puede ser concebido como la obligación legal que tienen algunos profesionales de mantener en reserva los datos que

han recibido de las personas usuarias o clientes. A diferencia de lo que ocurre con algunos deberes de confidencialidad, este principio debe ser estrictamente respetado, incluso en las audiencias y durante la tramitación administrativa de las mismas.

El Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia núm. EDJ 2000/8895, de fecha 5 mayo 2000, desde la perspectiva constitucional, define el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10 EDJ 1984/110). Esta obligación resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos que, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona [...]. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos (Moreno, 2011).

Partiendo de las concepciones antes señaladas, podríamos decir que los elementos esenciales del secreto profesional son: 1. La información; 2. El ocultamiento de la información; 3. La reserva de la información; 4. La posesión de la información (CSJ, 2019, p. 95).

De acuerdo con el maestro Bielsa, “el fundamento del secreto profesional reside en el orden público en general, la defensa del cliente o persona usuaria y el decoro profesional; por tanto, los secretos confiados deben conservarse, porque violar el secreto es contrario al derecho natural” (Bielsa, 1960, p. 247).

Importancia. El Código Iberoamericano de Ética Judicial –en lo adelante CIEJ– establece en su artículo 61 que el secreto profesional tiene como fundamento *salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones*; de su interpretación se desprende la importancia de este principio ético, puesto que en el marco de los procesos judiciales y en cualquier otro ámbito tiene por finalidad tutelar derechos fundamentales esenciales, tales como la *protección de los datos personales* en los que se incluyen *datos sensibles*; es decir, aquellas informaciones relacionadas con las *condiciones de salud, orientación sexual, religión, política*¹, así como *las características personales, el origen* (TC, 2013), entre otros aspectos estrechamente ligados a la intimidad, privacidad, pudor, honor y, por ende, a la dignidad. Cuando se incumple el deber del secreto se pone en manos de terceros información delicada que afecta los derechos y valores mencionados e indudablemente se traspasan las fronteras de la privacidad, lacerando, en algunos casos, los derechos al *libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación*, prerrogativas

¹ Según el Consejo Permanente de la OEA, los *datos personales sensibles* son entendidos como información que versa sobre origen racial o étnico, opiniones políticas, religión, actividades sindicales, salud física o mental, preferencias sexuales y antecedentes penales. La categoría de datos que se consideran sensibles debe estar claramente definida porque los datos sensibles pueden requerir un tratamiento especial, como el consentimiento explícito para su divulgación o, tal vez, la existencia de una prohibición contra el procesamiento de este tipo de datos, a menos que exista una excepción en la ley. *Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, conforme al párrafo 11 de la parte dispositiva de la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) Núm. 2921/10 rev.1 corr. 1, de fecha 17 octubre 2011.*

ligadas a la felicidad de las personas, porque permite la exteriorización sincera y sin reservas de sus necesidades y anhelos.

Podemos afirmar que la importancia del principio ético objeto de estudio también estriba en que de su cumplimiento depende la paz, la armonía social y bien común, ya que cuando el Estado, a través de sus servidores públicos, revela un secreto, desconoce su función esencial: la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Convergencias entre el principio secreto profesional y otros principios

El Código IEJ ofrece un catálogo de principios que en buena medida han sido plasmados en códigos vigentes a nivel de Iberoamérica. Entre estos, el principio de *secreto profesional* juega un rol preponderante en la labor judicial. Esta relevancia, sumado a lo ya explicado, se evidencia en la estrecha relación que el mismo guarda con otros principios éticos que componen la lista, de igual o mayor importancia, como se observa en la Tabla 1.

Tabla 1

Similitudes del principio secreto profesional con otros principios

	Principios relacionados	Indicador
Secreto profesional	Conciencia	Ejercicio de la labor con conocimiento pleno de las funciones e implicaciones.
	Disciplina	Observancia y cumplimiento estricto de las normas administrativas.
	Decoro	Actuar con corrección dentro y fuera de la institución, abstenerse de formar parte de espectáculos inapropiados que alteren el orden público, las buenas costumbres o que afecten la imagen del Poder Judicial.
	Prudencia	Capacidad de comprensión, autocontrol, de valoración de los efectos de las actuaciones y decisiones; esfuerzo por ser objetivo y moderado.
	Integridad	Exhibir y promover altos estándares de conducta, acordes con los valores y principios éticos.
	Honestidad profesional	Atributo que refleja el recto proceder del individuo que le permite actuar con decencia, recato y pudor.

Fuente: elaborado por el autor

Convergencia. Actuar en observancia al principio de secreto profesional implica ejercer un servicio judicial con conocimiento pleno de lo que significa la judicatura (*conciencia*), con la suficiente capacidad de comprensión, autocontrol y valoración

de los efectos que acarrea cada actuación (*prudencia*). Es conducirse con decencia, recato y pudor (*honestidad*), observando en todo momento las normas que regulan el servicio público (*disciplina*), tanto dentro como fuera de la institución, acorde con las buenas costumbres, procurando no afectar la imagen institucional (*decoro*), en fin, es proceder con una verticalidad moral que refleje un comportamiento que responda a los estándares éticos más elevados (*integridad*).

Datos protegidos por el secreto profesional, clasificación y gradación según intensidad

Las informaciones protegidas por el secreto profesional son aquellas derivadas de datos personales o de la vida privada de las personas, relacionadas con el desarrollo científico y empresarial, así también aquellas informaciones públicas cuya divulgación podría afectar los derechos e intereses de la colectividad, entre otras.

La revelación de estos datos confiados bajo el secreto profesional acarrea responsabilidad *civil*², *pena*³ y *disciplinaria*⁴ contra quien lo divulga, por tanto, es necesario tener claramente definido cuáles son las informaciones cubiertas por el deber del secreto y cuál es el nivel de protección que debe darse a cada una según su naturaleza. En esa tesitura, se impone traer a colación que la *teoría del cono* ha sido una de las hipótesis desarrolladas por la doctrina que permite realizar este ejercicio, partiendo del grado de importancia de cada una.

La indicada teoría muestra la ventaja de que es capaz de organizar los diferentes tipos de secreto según su intensidad. Así, por ejemplo, los secretos que pertenecen a lo íntimo son más delicados y han de protegerse más que los que se encuentran en los archivos de las entidades públicas. Esta teoría determina qué tanto alcance y qué tan pesado será el derecho del secreto: si está más cerca del núcleo personal (como las convicciones políticas, religiosas o la intimidad corporal) merecerá mayor protección y el derecho será más protector que si la información naturalmente estuviera más expuesta al público (como la información de interés público o que se publica abiertamente en Internet. (Riofrío Martínez-Villalba, 2015).

Captar esta gradación de la intensidad de cada secreto resulta útil para determinar su peso específico, lo cual facilita realizar un mejor balanceo para definir derechos: los secretos más intensos tendrán *a priori* un peso específico mayor que los menos intensos. Los más intensos deberían protegerse de mejor forma, con el auxilio de medidas normativas, judiciales, administrativas o convencionales⁵.

Sin perjuicio de lo precisado, ha de tenerse en cuenta que algún secreto relacionado con el ámbito público en ocasiones puede tener una protección mayor, por razones de la materia custodiada (no por la consideración del secreto en sí). De esta manera, los secretos relacionados con la seguridad del Estado suelen merecer mayores

² Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por la revelación del secreto.

³ Artículo 377 y ss. del Código Penal dominicano (...) *prisión correccional de 1 a 6 meses*. Comparado: en España de 1-3 años de prisión, art. 199 del Código Penal. México de 6 a 12 años, art. 211 bis del Código Penal.

⁴ Ver art. 44.1 y 65.10 de la Ley núm. 327-98 sobre Carrera Judicial. *Sanción: 30 días de suspensión*.

⁵ *Id.*

protecciones, seguridades tecnológicas, sanciones penales más fuertes para quien los espía, etc.⁶, por tratarse de datos relacionados con la seguridad nacional, bien común y el bienestar general.

Partiendo de lo anterior, la doctrina ha hecho una gradación de los secretos según su intensidad. Los ubicados en el grado 15 son los datos más intensos de la vida privada de la gente y en el grado 1 los más intensos del ámbito público. *Grosso modo* la clasificación propuesta es la que aparece en la Tabla 2.

Tabla 2
Gradación de datos personales según intensidad

Grado de intensidad	Clase de secreto
15	Secretos exclusivamente intelectuales (conciencia, religión; delitos que recriminan la conciencia, pecados, culpas y omisiones, etc.; anonimato en las obras). El secreto del abogado, del confesor, del consejero espiritual; y agregamos el secreto de los jueces con respecto a las causas sometidas a su escrutinio.
14	Secretos exclusivamente corporales (imagen, genéticos, sanguíneos, orientación sexual; enfermedades pasadas, actuales o futuras, etc.). El secreto médico; el secreto de ciertos procesos judiciales (los penales relacionados con los atentados contra el pudor, algunos casos de menores de edad).
13	Otros secretos derivados del derecho a la intimidad personal y la privacidad.
12	Secretos derivados del derecho a la intimidad familiar (anécdotas familiares, origen social, nivel económico familiar, etc.). El secreto de ciertos procesos judiciales (por ejemplo: los de alimentos, los de divorcio, los de filiación, etc.).
11	La inviolabilidad de las comunicaciones. La inviolabilidad gnoseológica (no física) del domicilio, que prohíbe los registros visuales no autorizados del domicilio. La información, bancos de datos, registros, etc. que no se haya puesto a disposición del público, archivados en el domicilio virtual o físico.
10	Otros secretos derivados del derecho a la vida privada (por ejemplo: secretos en los documentos personales del portafolio o de los cajones propios en una oficina; riqueza personal; el desempeño laboral).
9	Secretos del ciudadano relacionados con la vida política (secreto del voto, la filiación política, etc.).
8	El secreto que nace de forma meramente convencional (cláusulas o acuerdos de confidencialidad lícitos; secreto en las negociaciones, en la mediación y en el arbitraje).
7	Secreto comercial (también llamado secreto de empresa o de fábrica).
6	Secretos relacionados con la defensa nacional.

⁶ Íd.

Continuación Tabla 2

Grado de intensidad	Clase de secreto
5	Secretos a los que están obligados los funcionarios y las autoridades en razón de su cargo, sobre otros secretos distintos a los anteriores (por ejemplo: los secretos sobre los gastos reservados y los secretos que los inferiores guardan de las autoridades superiores).
4	Secretos de Estado.
3	El secreto en las deliberaciones de los tribunales de justicia.
2	Secretos en los procesos judiciales o administrativos.
1	Varios secretos prohibidos (por ejemplo: los secretos que esconde quien comercializa productos que dañan la salud, de ínfima calidad, contrarios a las leyes, etc.).

Fuente: Riofrío Martínez-Villalba (2015)

Observaciones: Es menester aclarar que no existe un criterio pacífico en torno a la clasificación de los datos secretos según su intensidad y grado de protección que requieren, en función al nivel de sensibilidad que caracterice a cada uno. Sin embargo, entendemos que esta clasificación responde a estándares *objetivos y razonables* porque identifica como los datos de mayor intensidad aquellos que conforman la esfera más íntima de la vida privada de las personas; y es que, precisamente, son estos los que al ser divulgados causan mayores daños a su titular y a quienes le rodean; de igual manera, los relacionados con el bien común, por razones lógicas. Esta tabla constituye un referente útil e importante para los jueces al momento imponer sanciones por revelación de secretos.

¿Cuándo no existe obligación de guardar secreto?

El incumplimiento al deber del secreto puede acarrear responsabilidades, sin embargo, toda regla tiene su excepción. Existen casos en los que, quien posee la información, puede estar en el derecho o en la obligación de comunicarla; esto ocurrirá en aquellos casos en los que haciendo un ejercicio de ponderación se determine que es más beneficioso para la sociedad en general o para el titular del derecho la revelación de dato. Si bien, el principio de secreto profesional tiene por finalidad principal proteger la intimidad y la privacidad de las personas, no menos valedero es que estos derechos fundamentales –como todos los demás– no son absolutos; por ende, pueden ser limitados cuando se enfrenten a derechos colectivos o a otros más favorables, así se extrae de los artículos 74.4 de la Constitución dominicana y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Del análisis del artículo 18 de la Ley núm. 172-13, sobre protección de datos personales, se desprenden las siguientes excepciones al *deber de secreto*, las que también constituyen eximentes a la divulgación de información secreta, según el art. 212 del anteproyecto de modificación del Código Penal dominicano:

- a. *Consentimiento previo e informado.* Los derechos protegidos por el secreto profesional e información que este resguarda pertenecen a su titular y por ende esta información puede ser revelada por este o por un tercero siempre y cuando se ha dado consentimiento libre, expreso y consciente a estos fines y con explicación del uso pretendido.
- b. *Obligación de denunciar crimines y delitos.* Los procesos en materia penal son de orden público o de interés público⁷ puesto que en los mismos se encuentran en juego los bienes jurídicos más preciados de las personas, la vida y la libertad, también otros derechos ligados estrechamente a estos, tales como el trabajo, la libertad de reunión y asociación, entre otros; por esta razón, la ejecución del *ius puniendi* tiene como objeto principal mantener el orden público y el bienestar general, responsabilidad que no solo se encuentra en manos de los servidores públicos a través de las instituciones del orden judicial, sino que reside en toda la ciudadanía, es decir, entre Estado-ciudadanía existe una responsabilidad común pero diferenciada.

Por ello, todo aquel que recibe, por la vía que fuere, información fiable relativa a la ocurrencia de un crimen o un delito, está en la obligación ineludible de denunciarlo por ante las autoridades competentes; de no hacerlo, se hace cómplice del mismo, así lo prescribe el artículo 60 del Código Penal dominicano. En ese mismo orden de ideas, el artículo 264 del Código Procesal Penal expresa que todo funcionario público, que en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de éste, tome conocimiento de cualquier infracción de acción pública, está en la obligación de denunciarla. Así lo contempla la mayoría de los países de Iberoamérica y el Caribe. Por esta razón, en estos casos no aplica el deber de secreto, porque el bien común y el bienestar general prevalecen ante los derechos que se pretendan proteger mediante la reserva de los datos.

- c. *Bien común.* Cuando la información esté vinculada al bien común, es decir, cuando incida, afectando o modificando los derechos de la colectividad, no se requerirá consentimiento previo para revelar el secreto, por ejemplo: cuando se trate de informaciones relacionadas con crímenes y delitos, como se estableció anteriormente, cuando se trate de datos personales relativos a la enfermedades infectocontagiosas e impere la necesidad de difundir la información por razones de salud pública, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve el secreto de la identidad de los titulares, etc.

Un ejemplo de esta excepción al deber de reserva es uno de los casos juzgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en lo adelante Corte IDH–, en el año 2003, donde el Ministerio de Defensa Nacional de Guatemala, amparado en el *secreto de Estado*, se negó a proporcionar ciertos documentos relacionados con

⁷ En términos generales, el interés público es aquel que, de forma implícita o explícita, genera en la sociedad un acto, objeto, proyecto o norma que, debido a sus características, consecuencias o implicaciones, resulta en un interés general de la población. El interés público prevalece por encima de intereses individuales, ya que tiene un impacto sobre la sociedad en general. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a asuntos de interés público como aquellos “que afectan bienes sociales” (Corte IDH, Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, párr. 47).

el funcionamiento y estructura del Estado Mayor Presidencial (institución gubernamental involucrada en la ejecución extrajudicial de Myrna Mack) y aportaba información vaga e imprecisa que no respondía a los requerimientos de las autoridades judiciales y del Ministerio Público. (Corte IDH, 2003, párrs. 175 y 182).

La Corte IDH calificó esta *conducta como obstructora de justicia*, ya que, en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes (Corte IDH, 2003, párrs. 175 y 182); *el ampararse en el secreto de Estado para no entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la “clandestinidad del Ejecutivo” y perpetuar la impunidad* (Corte IDH, 2003, párrs. 175 y 182).

EL SECRETO PROFESIONAL COMO PRINCIPIO ÉTICO Y GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

El secreto profesional: principio ético y garantía

Secreto profesional como principio ético. El *secreto profesional* se encuentra contemplado en los artículos 61 al 67 del Código Iberoamericano de Ética Judicial⁸, los cuales establecen en *lato sensu* lo siguiente:

El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes frente al uso indebido de las informaciones manejadas por el juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por tanto, estos tienen la obligación de guardar absoluta reserva de las mismas, cuando estén relacionadas a las causas en trámite o de hechos o datos conocidos en su condición de magistrados. Esta obligación de reserva debe ser acatada, sobre todo, en los órganos colegiados, debiendo procurarse en todo momento que este principio sea respetado de igual modo por los servidores judiciales administrativos. El deber de reserva se extiende no solo al ámbito público de los servidores judiciales, sino también al ámbito de sus vidas privadas.

En ese mismo sentido, pero de un modo más concreto, el Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial de la República Dominicana, enarbola el principio de *secreto profesional*, en su punto 25, indicando que “el secreto profesional implica el estricto manejo confidencial o reservado por parte de un servidor judicial, de la información que se hallare en su poder por su condición en el ejercicio de sus funciones” (Resolución 2006/2009 del 30 de julio del año 2009).

⁸ Aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana en junio de 2006, reformado el 2 de abril del 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile.

En términos similares, este principio ha sido positivizado en los códigos de ética de la mayoría de los países miembros de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, entre estos: España, Argentina, Costa Rica, México, Colombia, Chile, El Salvador, y otros, teniendo como modelo el mencionado Código Iberoamericano.

La determinación de la debida observancia a este principio y a todo principio ético, como estableció el doctrinario Rodolfo Luis Vigo, permite “resolver dudas sobre el comportamiento judicial; avalar determinados comportamientos de los funcionarios judiciales; distinguir entre los buenos y los malos jueces, según se ajusten o no a los parámetros que constituyen el modelo del buen o mejor juez [...] (CIEJ. Ética Judicial, s/f); estos parámetros hacen posible la toma de decisiones en términos disciplinarios, lo que coadyuva a redireccionar la conducta del servidor y a un consecuente afianzamiento de las bases de los poderes judiciales, en pro de la consecución de una buena y sostenible administración de justicia, enfocada en la protección efectiva de los derechos y garantías de las personas involucradas en procesos judiciales y de toda persona usuaria.

En el contexto de la judicatura, la denominada figura del secreto profesional nos plantea como valor un componente de ética judicial valioso, puesto que su vulneración pone en juego dos aspectos: “la credibilidad de la sentencia y el buen nombre e imagen de los poderes judiciales” (CSJ, 2019, p. 97).

Por esta razón, los Estados iberoamericanos deben enfocar sus esfuerzos en lograr que los integrantes de sus poderes judiciales identifiquen e interioricen la importancia del principio de *secreto profesional*, en vista de que su inobservancia pone en tela de juicio la integridad de los jueces y servidores judiciales, afectando en consecuencia la credibilidad y el prestigio de la institución. Es por ello que el artículo 43 del Código IEJ establece que el juez debe promover en la sociedad “una actitud de respeto y confianza hacia la administración de justicia”.

No existe controversia cuando se afirma que el rescate de la confianza, la credibilidad y el prestigio de los poderes judiciales es uno de los desafíos actuales de algunos países iberoamericanos. En el caso de la República Dominicana, el informe sobre calidad democrática del PNUD muestra que en el año 2004 el país presentó un mayor nivel de confianza en el Poder Judicial que el promedio de países de América Latina y el Caribe. En ese entonces, la confianza en esta rama del Estado se situó en un 52%; sin embargo, para 2018 cayó hasta el 21%, por debajo del promedio regional de 24% (ONU, 2019, p. 96).

Por consiguiente, urge crear conciencia en torno a la capital relevancia del *secreto profesional*, entendido como uno de los límites al principio de *transparencia* de mayor contundencia, lo que significa que, si bien los jueces deben actuar de forma diáfana y clara tanto en el ámbito público como privado para garantizar que sus actuaciones sean encaminadas en concordancia con la ética y la moral, no menos cierto es que no en todos los casos podrán actuar de esta manera. Este principio debe ser interpretado y aplicado en armonía con el principio de *secreto profesional* el cual exige el estricto manejo confidencial y reservado de ciertas informaciones,

cuya divulgación puede afectar derechos y garantías a los usuarios y usuarias de la justicia. Es decir, se debe reconocer que un justo equilibrio en la aplicación de tales principios garantiza un buen ejercicio de la función judicial en una sociedad democrática. Tanto la transparencia como el secreto profesional tienen un interés crucial en toda regulación ética:

...por un lado, la *transparencia* pretende garantizar el correcto funcionamiento y control de la justicia; y, por otro lado, el *secreto* procura proteger los derechos de las personas que litigan en pos de la libertad y la defensa de su patrimonio, pero que también quieren mantener su vida privada al margen de la curiosidad de los demás. (CSJ, 2019, p. 101).

Por tanto, es indispensable valorar con alto sentido de conciencia y compromiso que el secreto profesional implica actuar con *prudencia*, o sea, con orientación al autocontrol del poder de decisión y sobre todo lo que se expresa o se pone en manos de terceros, en el marco de la función jurisdiccional. Podríamos agregar, que también implica asumir un comportamiento, actitud y adopción de decisiones que sean el resultado de un juicio justificado racionalmente en cada a los límites trazados por norma en cuanto a los datos protegidos.

La importancia de concebir este deber en estos términos reside en que, no solo provoca el fortalecimiento de la credibilidad y el prestigio de los poderes judiciales, sino también en que el secreto profesional además de constituir un principio ético es un derecho, un deber y una garantía de justicia, de cuyo cumplimiento depende el respeto a derechos humanos y valores supremos que se concentran en *el núcleo de la esfera más íntima de la vida de las personas*.

El secreto profesional como garantía de derechos humanos. Una de las novedades más relevantes de la Constitución dominicana de 2010 es la positivización del principio de secreto profesional. El artículo 49 del referido texto constitucional, que enarbola el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, establece que toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa; [...] “3) el secreto profesional y la cláusula de conciencia del periodista están protegidos por la Constitución y la ley”. Es decir, que en el marco del ejercicio de estos derechos civiles y políticos debe respetarse el secreto profesional. Este principio ético-constitucional simboliza uno de los límites más concretos al ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información pública.

El artículo 69 del texto supremo consigna que toda persona tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas siguientes: “3. el derecho a la presunción de inocencia [...] 7. Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes [...] y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio; [...]”. El *primero* exige que en el marco de los procesos de naturaleza penal la persona investigada sea tratada como inocente hasta tanto intervenga una sentencia irrevocable, jugando en este escenario un papel estelar el *secreto profesional*, al imponer la obligación

al juzgador y demás operadores de la no difusión y la censura información o expresiones que pueda poner en cuestionamiento la inocencia del justiciable, así como la difusión de sus datos personales y del propio hecho investigado, habida cuenta que su publicación puede afectar otros derechos fundamentales, imprescindibles para el desarrollo humano y, el *segundo*, importantiza que el proceso sea desarrollado en cumplimiento de las formalidades de cada proceso o etapas que componen el mismo, en las que se incluye el cumplimiento deber del secreto en las fases iniciales o investigativas.

De lo anterior se desprende que el *secreto profesional* es una garantía constitucional que procura el cumplimiento del debido proceso y la tutela judicial efectiva, puesto que su observancia por parte del juez en el marco de los procesos judiciales, incide significativamente en que las partes concurran a los mismos en condiciones de igualdad de respeto de derechos y garantías, ya que, tiene por objeto preservar el bien común y el bienestar general mediante la *efectividad en las investigaciones, el respeto a la presunción de inocencia, la privacidad, la intimidad, el honor, el buen nombre de las personas y la protección de los datos personales*, como límite al acceso a la información.

El derecho de acceso a la información. La Constitución dominicana en el artículo 49 y varios tratados internacionales sobre derechos humanos⁹ establecen en síntesis que, *toda persona tiene derecho a acceder a la información pública, componente clave del derecho a la libertad de pensamiento, expresión y participación política. Consiste en el derecho de toda persona a buscar y recibir información en poder de órganos, instituciones y empresas del Estado, exceptuando casos en los que la información sea calificada como secreta o de acceso restringido por la Constitución o por alguna ley.* El ejercicio de este derecho fundamental tiene sus límites, siendo uno de ellos el *secreto profesional*.

En esa misma línea, la Corte IDH en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, señaló que: “El derecho a la libertad de expresión e información es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público” (Corte IDH, 2004, párr. 72), razón por la que:

...el derecho al acceso a la información tiene como objetivo garantizar la máxima transparencia y divulgación posible del trabajo realizado y de los datos que producen el Estado y sus instituciones, y esto implica obligaciones positivas y negativas por parte del Estado. (Fuchs, 2021, p. 15).

La satisfacción de este derecho humano hace posible el incremento en la participación de la ciudadanía, una mayor democratización en la toma de decisiones de políticas públicas contribuye a la modernización del aparato estatal al fortalecer el

⁹ La Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948, art. 19; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 19, inciso 2); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969) en el artículo 13.1; el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus, 1998); la Convención contra la Corrupción (ONU, 2003), en su artículo 10, el artículo 5 del Acuerdo de Escazú (2018).

deber de probidad pública, el uso adecuado de recursos públicos y la transparencia en general (Fuchs, 2021). Dada esta sustancial relevancia y los desafíos actuales, la ONU en la Agenda 2030 integra en su meta núm. 16.10 *el objetivo de garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.*

En sintonía con lo anterior, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) declaró este derecho como un “requisito indispensable para la democracia” [2013, párr. 1] (Fuchs, 2021, p. 15). En esa misma línea, se pronunció la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (Corte IDH, 2006), señalando que: [...] en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

Por ello, el derecho al acceso a la información es catalogado como un derecho *transversal y multiplicador*, porque su ejercicio es indefectible para acceder a otros derechos. Algunos ejemplos hipotéticos son: el *derecho a votar* no se puede hacer efectivo si la sociedad no cuenta con información referente a cuál es el candidato idóneo; así como el derecho a la salud que se limita su satisfacción si no se tiene información sobre dónde están localizados los hospitales y las clínicas, también información virtual sobre salud, de gran utilidad en tiempos de pandemia y en este mismo escenario el acceso a educación a distancia y el teletrabajo o trabajo remoto.

El amplio reconocimiento del derecho al acceso a la información como derecho humano ha conllevado a que 174 países aprueben leyes de acceso a la información. En América Latina, todos los países cuentan con una ley de este tipo, excepto Bolivia, Costa Rica, Cuba y Venezuela. No todas las leyes de acceso a la información son uniformes, y “contienen variaciones importantes que pueden limitar este derecho” (Fuchs, 2021, p. 19); por tanto, para unificar criterios los Estados deben tomar en cuenta los estándares internacionales sobre limitación del derecho a la información:

- a. Los límites al derecho a la información deben estar claramente establecidos en la legislación nacional y deben ser excepcionales.
- b. Las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.
- c. Los motivos de la limitación deben ser razonables y estar fundamentados en un interés colectivo superior.
- d. Las excepciones establecidas en el marco legal deben ser claras y estar sujetas a pruebas estrictas, a fin de demostrar un posible daño o perjuicio al interés público que respalde una excepción.
- e. Cuando exista un conflicto entre normas, o bien no exista una regulación que limite el acceso a una información en particular, primará el principio del derecho al acceso a la información.
- f. El Estado debe limitar información que lesione el derecho a la privacidad de las personas.

- g. Las personas funcionarias del Estado están sujetas a un estándar más alto, porque su trabajo, los documentos que producen, y que se emiten desde las instituciones públicas son de interés público. Por ello, su derecho a la privacidad debe estar balanceado con el interés público por la función que ostentan. (Fuchs, 2021, pp. 24-26).

El acceso a la información podrá ser limitado cuando se trate de información protegida por el *secreto profesional*, sin embargo, es importante que estos datos se encuentren debidamente identificados y definidos, limitados por ley y que se pueda demostrar el daño que podría ocasionar el acceso o publicación de los mismos. Dentro de los datos con mayor nivel de protección se puede mencionar los que ponen en juego la intimidad y la privacidad de las personas (esfera privada) y los de secreto de Estado e informaciones judiciales (esfera pública); por tanto, esta prerrogativa debe ser interpretada de cara a los límites que presenta el *derecho a la protección de datos*.

El derecho a la protección de datos personales. Según la Comisión Europea, los datos personales son cualquier información relativa a una persona física viva identificada o identificable. Las distintas informaciones que recopiladas pueden llevar a la identificación de una determinada persona, también constituyen datos de carácter personal (CEDH, s/f); por ejemplo: información patrimonio personal, enfermedades, situación familiar, historial judicial, etc.

No todas las informaciones pueden ser cedidas a terceros, ni registradas en bancos de datos públicos, porque algunas se encuentran cubiertas por el derecho a la protección de datos. Sin embargo, esta protección no siempre prevalecerá frente al derecho de acceso a la información. Cuando se presenta una contradicción lógica entre esas dos prerrogativas, habrá que valorar cuál es el motivo que hace surgir la necesidad de proveer la información.

Realizando un argumento a contrario del artículo 13.2 de la Convención Americana, extraemos algunos criterios que colocan el acceso a la información por encima del derecho a la protección de los datos personales:

- a. Cuando la información versa sobre asuntos de orden público (datos útiles para investigación de crímenes y delitos o información sobre manejo de la cosa pública, etc.).
- b. Cuando el uso dado a la información persiga garantizar el bien común, seguridad nacional, la paz, el bienestar general.

Cuando no se den estos casos, el dato debe estar resguardado por el *secreto profesional* cuando se encuentre en manos de personas a las que le haya sido confiado el dato en razón de su oficio. Esta es la razón por la que los servidores públicos están en la obligación de respetar el deber del secreto, estipulado en el principio 6.5 de la Ley núm. 172-13 sobre protección de datos personales, el cual señala que: “el responsable del archivo de datos personales y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto

profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del archivo de datos personales”.

El derecho humano a la protección de datos personales, que en gran medida de encuentra fundamentado en el principio de *secreto profesional*, busca esencialmente salvaguardar la *privacidad, intimidad, buen nombre, honor, seguridad financiera, integridad física y protección familiar* del titular de los datos.

Intimidad, privacidad y honor de la persona. El derecho a la *intimidad* y al *honor personal* son derechos humanos consagrados en la Constitución en su artículo 44 y en diversos tratados internacionales¹⁰, los cuales consagran en esencia que: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, a que se reconozca el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen”.

La *intimidad* abarca el ámbito *privado de la vida* de una persona, prohibido para todas las demás, en lo que concierne a las informaciones, datos y situaciones que en ese ámbito se generen, las cuales deben gozar igualmente de la protección adecuada ante la injerencia de terceros no autorizados, con la finalidad de proteger el “buen nombre y el honor de las mismas” (Ley 172/13 sobre protección de datos en la República Dominicana, preámbulo).

La Corte IDH con respecto a la protección de la dignidad, intimidad, honor y honra ha señalado que:

El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, al acceso a la información, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección” (Corte IDH. 2004, párr. 101).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional dominicano ha establecido que:

El derecho a la protección de los datos personales se encuentra estrechamente ligado al derecho a la autodeterminación informativa que consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos; busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; protege a las personas de posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la

¹⁰ En nuestra región tenemos el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17, mientras que en Europa rige el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que lo estipula en su artículo 8.

exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos. (TC, 2017 pp. 18-19 párr. 4.1.m).

Este precedente constitucional nos debe motivar a la reflexión en torno a que alcanzar la paz en toda las naciones es el objetivo principal de la ONU y en su construcción el respeto a la privacidad juega un papel importante, porque el respeto de este derecho permite a las personas tener un espacio de intimidad, al relacionarse con los deseos personales o grupales para promover relaciones interpersonales, posibilita que las personas se encuentren fuera de la observación de otros individuos, *minimizando la estimulación sensorial* que recibe el individuo en el lugar que se encuentra. Por estas razones, es importante que las personas dispongan de espacios privados que les brinden *tranquilidad*, así como la posibilidad de reflexionar y encontrarse con ellos mismos (Negrete, 2013).

En virtud de lo anterior, se considera acertada la postura del doctrinario Eduardo Rodríguez Piñeres al señalar que:

cuando un particular revela los secretos de otro comete una grave falta contra el honor y que esta adquiere mayor magnitud cuando es cometida por aquel que solo en razón de su profesión ha obtenido una confidencia o ha sorprendido los secretos de sus clientes o usuarios. (Rodríguez Piñeres, 1980, p. 14).

Seguridad financiera, personal y familiar. Por otro lado, la protección de los datos personales bajo sombra del secreto profesional también persigue tutelar el derecho a la seguridad financiera, para resguardar las informaciones patrimoniales, en vista de que su exposición puede ser utilizada por la ciberdelincuencia en perjuicio de sus titulares, mediante la clonación de tarjetas, usurpación de identidad para retiros y uso de efectivo a través de las plataformas digitales y las TIC. La revelación de los datos financieros también pone en riesgo la *integridad física* y la *vida*, no solo de sus titulares sino también la de sus familiares, estos derechos están consagrados en los 37 y 42 de la Constitución, 4 y 5 de la Convención y 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

No obstante, *debe manejarse con rigurosidad el tema de la limitación del acceso a los datos*, ya que existen precedentes de que su errada interpretación, lejos de salvaguardar derechos podría restringir el acceso a información relevante para el fortalecimiento de la democracia de los Estados, en perjuicio de la colectividad. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia determinó que al analizar la procedencia de la censura del acceso a la información se deberá determinar si esta cumple con lo siguiente:

- a. Suficientemente intensa para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto;
- b. Que la gravedad de la misma no dependa en ningún caso de la impresión personal ni de la interpretación que este tenga de ella, sino del margen razonable

de objetividad que permita al juez avizorar la lesión del núcleo esencial de los derechos a la honra y al buen nombre, lo cual ocurre cuando se endilgan delitos o conductas sancionables por el derecho;

- c. Cuando se atribuyen comportamientos que, sin ser estrictamente punibles, suelen tener un grado significativo de reproche social. Por ejemplo: discursos que descalifican a la persona en los aspectos de su vida privada, como mensajes estigmatizante sobre preferencia sexual, vida sentimental, relación familiar, salud, etc. (CCC, 2019).

Es decir, la limitación del acceso a los datos debe analizarse con responsabilidad, no con ligereza. Debe verificarse el nivel de gravedad, el grado de afectación y la naturaleza del dato, o sea, si cumple o no con las características de los *datos sensibles*, porque censurar el acceso a la información sin justificación, no solo veda este derecho, sino que impide el libre ejercicio a la *libertad de expresión* y todos los derechos transversales a este.

El secreto profesional como límite al ejercicio de la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento permite la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de manera pública, sin que pueda establecerse censura previa. Así lo establece el artículo 13 de la Convención Americana y otros instrumentos que forman parte del bloque de convencionalidad¹¹.

La Corte IDH expuso que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática, ya que es indispensable para la formación de la opinión pública”. (Corte IDH. 2004 p. 66, párr. 112). He ahí su importancia para la consecución del bienestar general y la felicidad de los pueblos.

Expresarse libremente no solo implica la salvaguarda del derecho y la libertad de formular pensamientos propios, sino también la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por esto que, la libertad de expresión posee una dimensión individual y una dimensión social (Corte IDH, 2005, p. 126), las cuales –ha dicho la Corte IDH– deben garantizarse en forma simultánea.

En su dimensión social, poder emitir opiniones sin censura previa, conocer la opinión de los demás y recibir información de la que disponen otros y difundir la propia, permite consolidar la participación ciudadana y dota de herramientas para reclamar con fundamento una buena administración pública, obligando a los servidores públicos a rendir cuentas, a actuar de manera traslucida y en apego a las leyes, la Constitución y los principios éticos. El libre ejercicio de este derecho facilita el alcance de la meta 16.6 de la Agenda 2030 de la ONU: “crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes, que rindan cuentas”.

¹¹ Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Dentro del sistema interamericano, se contempla en el artículo 13 de la Convención Americana de 1969; instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

En su dimensión individual, el ejercicio de la libertad de expresión ejercido con seriedad y prudencia por parte de las personas juzgadoras constituye una herramienta eficaz de rendición de cuentas en torno a la labor realizada por medio de las redes sociales, lo que incentiva la transparencia y fortalece el prestigio institucional.

El uso institucional (en contraste con el uso individual) de las redes sociales por parte de los tribunales puede también, en circunstancias apropiadas, ser una herramienta valiosa para promover: (a) el acceso a la justicia; (b) la administración de justicia, en particular, la eficiencia judicial y la tramitación de casos con prontitud; (c) rendición de cuentas; (d) transparencia; y (e) confianza pública en la comprensión y respeto de los tribunales y el Poder Judicial. (UNODC, 2020, p. 8).

Los jueces no sólo deben preocuparse por “ser”, sino también por “parecer”, de manera que no susciten legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que cumple el servicio judicial. Por ello, deben actuar con prudencia, orientando sus acciones al autocontrol y recto proceder en sus vidas privadas. En ese tenor, se pronunció el Tribunal de Estrasburgo, indicando que: “todo funcionario público está sometido a un deber de discreción” (CIEJ, s.f., p. 6). Esto significa que, si bien es cierto, el derecho a la libertad de expresión se aplica a los servidores públicos en general y a los jueces en particular (CIEJ, s.f., p. 6), no menos valedero es que estos últimos deben crear conciencia plena sobre la trascendencia social de su cometido, puesto que están sometidos a un estatuto especial con restricciones (CIEJ, s.f., p. 2).

Los poderes judiciales continuamente son interpelados sobre la legitimidad de su gestión [...], (CIEJ, s.f., p. 2) por ello, se justifican estas restricciones para proteger la imagen y el prestigio del juez y de la institución. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha señalado que. “ciertas restricciones a la libertad de expresión de los jueces son necesarias en todos los casos donde la autoridad e imparcialidad de la judicatura pudieran ser cuestionadas” (CIEJ, s.f., p. 6). Por estos motivos, el juez no debe comunicar lo que está vedado por el *secreto profesional*, debiendo acatar fielmente el orden jurídico que regule la materia. Si utiliza redes sociales debe asegurarse de que sean de libre acceso y atender las recomendaciones de esta Comisión sobre el particular (CIEJ, s.f., p. 16), así lo exige el artículo 66 del Código Iberoamericano de Ética Judicial al establecer que: “el deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no solo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado”.

En sintonía con lo anterior, establecen los Principios de Bangalore en el apartado 2.4, que: “cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto” (CSJ, 2019, p. 105). Esto indica que el principio ético de secreto *profesional*, como lo expresa nuestra Constitución, y la mayoría de las Constituciones

de Iberoamérica, constituye uno de los límites a la libertad de expresión y, por consiguiente, una de las razones de censura.

Sin embargo, dentro de los retos constitucionales de la libertad de expresión identificados mediante la *Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario sobre Desafíos para la Libertad de Expresión*¹², se menciona: el *control público y privado como amenaza a la libertad de expresión*. Esto así, porque la censura indiscriminada de la libertad de expresión representa una grave amenaza a la democracia, por esta razón, se hace necesario analizar los criterios fijados por la jurisprudencia, al momento de determinar si un mensaje debe ser objeto de censura (Ver precedente Corte Constitucional de Colombia, p. 18).

EL SECRETO PROFESIONAL EN MATERIA PENAL: ÁMBITO INVESTIGATIVO Y JURISDICCIONAL

Etapas secretas en el proceso penal: fase inicial y preparatoria

El Código Procesal Penal modelo para Iberoamericana dispone que el procedimiento preparatorio no es público para terceros. Así lo establece el Código Procesal Penal dominicano –en lo adelante CPP– en su artículo 290 y también la Corte IDH al señalar que, en la etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que al juez se le solicite lo contrario y este lo admita (Corte IDH, 2013, p. 119). Esto se debe a que la publicidad en las fases iniciales del proceso puede comprometer el éxito de las investigaciones, al poner sobre aviso a los involucrados y a sus cómplices, quienes no solo podrían evadir la acción de la justicia, sino ocultar o desaparecer los elementos probatorios.

Con la confidencialidad de las dos primeras fases del proceso penal se procura también tutelar derechos, tales como: imagen, prestigio y presunción de inocencia de los investigados. Con respecto a la presunción de inocencia la Corte IDH señala que:

Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa (Corte IDH, 2013, párr. 153).

Por ello, el derecho constitucional de la presunción de inocencia debe mantenerse inalterable hasta que exista una sentencia condenatoria firme, por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente (Llobet, 2003, p. 512).

¹² Formulada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

En consecuencia, el secreto profesional debe ser observado de manera estricta en la protección de los mencionados intereses. Es por ello que, dentro de los derechos que deben asistir a los investigados en la fase inicial o preparatoria cabe mencionar, con base en las previsiones del artículo 95, apartado 8 del Código Procesal Penal, “el derecho a no ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro”, aspecto que se ratifica al exigirse a las autoridades de policía no permitir la presentación del arrestado en los medios de comunicación social o la comunidad, sin su expreso consentimiento.

Al margen de lo anterior, la publicidad es la regla, así lo contemplan los artículos 3 y 308 del código procesal penal, disponiendo este último que: “el juicio es público, salvo que de oficio o a petición de parte, el tribunal decida, mediante resolución motivada, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas”. Esta disposición legal tiene por finalidad lograr que los procesos sean desarrollados del mejor modo posible, en observancia a los principios de imparcialidad e independencia, evitando así la interferencia de móviles espurios. Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones, estas son: 1) *cuando se pudiere ver afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes*; 2) *cuando peligre un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible* (art. 308 del Código Procesal Penal); de lo que se colige que el secreto profesional resulta ser uno de los límites de la publicidad en materia penal.

Es preciso acotar, que cuando no se ha solicitado medida de coerción en contra de un investigado, ni se ha solicitado realizar un anticipo de pruebas, el órgano investigador está facultado para ordenar el *secreto total o parcial de las actuaciones*, siempre que sea indispensable para el éxito de un acto concreto de investigación. Así lo prevé el artículo 291 código procesal penal.

Lo antes explicado constituye el fundamento de que las actuaciones procesales, incluida de modo especial la prueba, son una fuente de conocimiento que el juez no puede utilizar fuera del ejercicio de sus funciones judiciales; y habrán de servirse tan solo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los actos que conozca (art. 64 del Código de Ética Judicial).

Las actuaciones investigativas protegidas por el secreto profesional

Como se explicó en el subtema anterior, las actuaciones desplegadas en el marco de la fase inicial y preparatoria son confidenciales. Con esta privacidad se persigue impedir que la investigación pueda alcanzar su objetivo, es decir, la recolección de la prueba y ejecución de diligencias tendentes a recolectar las mismas sin inconvenientes, obstrucciones u ocultamientos. Por ello, las actuaciones investigativas se encuentran protegidas por el principio de *secreto profesional*.

Dentro de las actuaciones investigativas protegidas por el *secreto profesional* podemos mencionar las siguientes diligencias:

- a. El *arresto*, para evitar que la persona infractora de la ley se dé a la fuga;
- b. El *allanamiento*, para impedir que los objetos buscados, ilegales o relacionados con el ilícito, sean ocultados, porque resulta frustratorio para las investigaciones;
- c. El *secuestro de documentos*, para evitar el ocultamiento de documentales útiles para la investigación o para el sustento de la acción. Es preciso señalar, que esta diligencia investigativa se encuentra protegida en doble sentido por el *secreto profesional*, porque aparte de que se pretende evitar la distracción de las evidencias documentales, también se procura garantizar los derechos del investigado *al impedirse que sean objeto de secuestro los exámenes o diagnósticos médicos protegidos por el secreto profesional ni las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor* (art. 187 del CPP); puesto que se trata de documentos que contienen *datos sensibles* relacionados con la salud de la persona y sobre la posible confesión de culpabilidad del imputado con su abogado defensor. En este mismo sentido; debemos mencionar el *secuestro de correspondencia* (art. 191 del CPP).
- d. La *interceptación telefónica*, también se encuentra protegida por el *secreto profesional*, para evitar que los mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona, puedan ser eliminados u ocultados, ya que la interceptación permite recolectar información relevante para la determinación de un hecho punible (artículo 192 del CPP), regulado también mediante Resolución núm. 2043-2003, de fecha 13 de noviembre del año 2003, emitida por la Suprema Corte de Justicia.

Establece el referido texto procesal que el funcionario encargado debe levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la investigación con *exclusión de cualquier otra comunicación de carácter personal o familiar*, por estar protegidos por el derecho a la protección de datos personales y por ende por el secreto profesional, por ello, se dispone también que *los registros y transcripciones deben ser destruidos a la expiración del plazo de prescripción de la acción pública*, a fin de evitar que sean utilizados para algo distinto, al margen del proceso judicial, en perjuicio de los derechos a la privacidad, intimidad, honor y buen nombre del titular de los datos.

En estos mismos términos se encuentran protegido regido por el referido principio las informaciones obtenidas con la instalación de *cámaras de video y sonido para la seguridad* espacios públicos, regulado por la Ley núm. 102-13 del 30 de julio de 2013; de igual manera los datos conseguidos por medio de *operaciones con drones*, Resolución núm. 008-2015, de fecha 23 de julio del 2015, dictada por el Instituto Dominicano de Aviación Civil (IDAC).

- a. La entrega de *datos financieros*. Los datos relativos a números de cuentas bancarias, activos y pasivos que reposen en los bancos de datos de las entidades de intermediación financiera se encuentran protegidos por el *secreto profesional*, por tratarse de datos personales cuya divulgación puede poner en juego la *seguridad financiera, física y familiar* de sus titulares.

- b. Por esta razón, la Ley núm. 183-03 sobre Sistema Monetario y Financiero en su artículo 56.b establece que estas entidades tienen la obligación legal de guardar secreto sobre las captaciones que reciben del público en forma desagregada que revele la identidad de la persona [...]. Estos datos solo podrán ser puestos en manos de un tercero cuando el titular de los mismos brinde consentimiento informado para su entrega o en virtud de autorización judicial expedida por tribunal competente, para fines judiciales, por esta razón, los juzgadores y sus auxiliares también deben guardar el *secreto profesional* con relación a los datos que reposaran en la instancia de solicitud de autorización y los consignados en la autorización que se explica al efecto. Esta obligación también persigue *evitar que el titular de las cuentas y los activos los pueda distraer u ocultar* para evadir responsabilidad.

Por los motivos anteriores, los operadores de la justicia están en el deber de mantener la confidencialidad de la información que han recibido de sus usuarios o fuentes. Con los avances tecnológicos el trabajo de mantener algunos asuntos en confidencialidad o secreto es arduo para el operador judicial, por ello, el personal ya sea judicial o administrativo debe ser de confianza. Por esta razón, el juez debe procurar que la información confidencial o secreta no se dé a conocer, ya que si se divulga podría traer como consecuencias pérdidas irreparables. Tal es el caso de las medidas de aseguramiento de pruebas, de las medidas de secuestro y las demás medidas enumeradas; de llegarse a divulgar, las diligencias resultarían infructuosas y, por ende, esto acarrearía pérdida de tiempo, de recursos económicos y credibilidad y confianza pública (CSJ, 2019, p. 99); por ello, el artículo 65 del Código Iberoamericano de Ética Judicial establece que: “el juez debe procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional en torno a la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción” (CSJ, 2019).

No obstante, debe tenerse claro que:

en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. (Corte IDH, 2003, p. 180)

El deber de reserva tiene que ser observado durante el despliegue de las investigaciones, sobre todo las ejecutadas en el marco de casos de *criminalidad organizada*, entre los que podemos mencionar: *narcotráfico, trata de personas, lavado de activos, tráfico de armas de fuego, secuestro, sicariato*, entre otros, puesto que se caracterizan por la concurrencia de grupos de delincuentes bien estructurados, que asumen el crimen como negocio o empresa, y que se desenvuelve con frecuencia en un ámbito internacional, por tanto, la investigación amerita mayor esfuerzo y estrategias efectivas.

El esfuerzo que se exige en investigaciones de este tipo se debe precisamente a la solidez, alcance de sus estructuras y a su transnacionalidad. Esto implica que en estas redes sus integrantes se mantengan ocultos, distribuidos estratégicamente, tanto en un mismo territorio como fuera del mismo. Esta modalidad de organización criminal obliga al aparato investigativo a *guardar absoluta reserva de las investigaciones* para evitar que alguno de sus integrantes advierta sobre la misma.

En ese sentido, es preciso señalar que existen tratados internacionales que hacen referencia a “las técnicas especiales de investigación de entrega vigilada, agente encubierto y vigilancia electrónica, a objeto, de prevenir, detectar, controlar e investigar actividades ilícitas e ilegales que continuamente desarrollan las organizaciones criminales” [...] (OEA, 2019, p. 15). Dentro de estas técnicas investigativas cubiertas por el secreto profesional la más común en términos prácticos es la del:

agente encubierto o secreto, que es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen (OEA, 2019, p. 57).

Existen delitos que son susceptibles de ser descubiertos y probados sólo si los órganos encargados de la investigación son admitidos en el círculo en el que ellos tienen lugar. Resulta necesario su empleo para que de modo encubierto se introduzcan [como un integrante más] en el corazón mismo de dicha organización criminal, a fin de proporcionar [desde su interior] información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación. (OEA, 2019).

Durante la utilización de estas técnicas especiales de investigación se debe mantener absoluta reserva y secreto por parte de las agencias intervinientes, como son: el Ministerio Público, Fiscalías, Agencias Policiales, instituciones intervinientes, pero también los jueces que autorizan esta reserva (ver art. 371 del CPP). Con la finalidad de mantener la seguridad del procedimiento y el éxito investigativo, a objeto de que pueda llegarse a conocer la ruta, la forma de traslado, tránsito y los destinatarios finales. “El fiscal del caso o la autoridad competente en este procedimiento especial debe, por ende, disponer el secreto de la investigación para proteger todos los procedimientos y diligencias que se llevarán a cabo, hasta terminarla con los resultados esperados” (OEA, 2019, p. 90).

El respeto al principio ético-constitucional de secreto profesional en los términos descritos coadyuva a enfrentar con eficacia los crímenes y delitos, mitigando así todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad por crímenes y asesinatos en todo el mundo (*meta 16.1 de la Agenda 2030 de la ONU*); el maltrato, la explotación, la trata de personas (*meta 16.2*). Así mismo, permite reducir el tráfico de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada (*meta 16.4*); por último, pero no menos importante, combatir la corrupción y terrorismo (*meta 16.a*).

El secreto profesional en la gestión jurisdiccional

Como se explicó en el apartado anterior, el secreto profesional juega un papel nodal en el marco investigativo, puesto que de su la estricta reserva de las informaciones depende la eficacia de las indagatorias, cualquiera que fuere su naturaleza. Este deber posee el mismo grado de importancia en el ámbito jurisdiccional. Por esta razón, las decisiones dictadas en la fase preparatoria ameritan un tratamiento cauteloso y reservado para que pueda alcanzar los fines perseguidos. A esto se añade que los jueces también tienen la obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite [...] así se desprende del contenido del artículo 62 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

En ese orden de ideas, es preciso acotar que de conformidad con el artículo 63 del referido código deontológico: “los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal”, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes y atendiendo a los acuerdos dictados sobre la publicidad de sus sesiones, guardando un justo equilibrio entre el secreto profesional y el principio de transparencia en los términos previstos en la legislación de cada país.

Es bien sabido que cuando el secreto se encuentra en poder de una sola persona, existen mayores posibilidades de que el mismo sea guardado sin mayores inconvenientes, ya que la garantía del manejo adecuado del dato depende de la prudencia de un solo individuo. Sin embargo, cuando se encuentra en poder de varias personas son menores las posibilidades de reserva, ya que se puede filtrar con facilidad, debido a que, por regla elemental, mientras más amplio es el espectro para el manejo y tratamiento del dato, mayores son las posibilidades de difusión, porque en este último caso con el deber de reserva no solo convergen los valores y principios de una persona, sino de un grupo, ampliándose el radio de las relaciones e interacciones interpersonales.

Esta es la razón por la que normativas deontológicas son tan enfáticas en cuanto al tema de la reserva del secreto de las deliberaciones. En esa tesitura, podemos citar lo que preceptúa el artículo 35 del *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*: “las deliberaciones del Tribunal de Justicia serán y permanecerán secretas”. Asimismo, el *Código de Conducta de los Miembros y Antiguos Miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en vigor desde el 1 de enero de 2017, prevé la lealtad para con la institución y aconseja que los miembros recurran de modo respetuoso a los servicios de los funcionarios y demás agentes de la institución. El artículo 7, relativo a la discreción, prescribe que los miembros respeten el secreto de las deliberaciones, el deber de discreción en la tramitación de los asuntos judiciales y administrativos, y sus miembros mantengan, en su actitud y en sus comentarios, la reserva exigida por sus funciones.

El deber de reserva y secreto profesional corresponde tanto al procedimiento de las causas como a las decisiones adoptadas en las mismas (artículo 67 del indicado código). El objeto del legislador con respecto a la exigencia de la debida observan-

cia del secreto profesional en el ámbito jurisdiccional, sobre todo en los órganos colegiados, no es más que evitar que las informaciones sobre las decisiones lleguen a oídos de terceros o de las mismas partes, previo al dictado de las mismas en audiencia oral, porque suele convertirse en *una peligrosa brecha que da paso a la corrupción en el sector justicia*, precisamente uno de los desafíos que actualmente enfrentan poderes judiciales.

A este tema se debe prestar atención, porque el combate del flagelo de la corrupción ocupa uno de los primeros lugares en las agendas públicas de América Latina y el Caribe.

Cuando la corrupción irrumpe el sector justicia se afecta el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva, sea de manera directa, indirecta o difusa. En esa perspectiva, casi todos los derechos fundamentales son afectados de una u otra manera. (Montoya, 1919, pp. 265-266).

Producto de lo anterior, la Comisión IDH considera que “los Estados deben adoptar medidas institucionales que le permitan ejercer sus funciones con garantías de independencia” (OEA, 2019, p 124); también señaló que “la corrupción menoscaba la confianza de la ciudadanía en las autoridades, lo cual exacerba el clima de violencia. Es un problema que permea desde las policías, las instituciones de justicia, muchas procuradurías, y genera una percepción generalizada de impunidad” (OEA, 2019, p. 58); por esta razón, la reducción del índice de la corrupción y el soborno en todas sus formas es uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU, específicamente la meta 16.5, en cuyo alcance incide significativamente la correcta interpretación y aplicación del secreto profesional.

EL SECRETO PROFESIONAL Y LA AGENDA 2030 DE LA ONU

El secreto profesional como principio impulsor de la consecución del Objetivo 16 de la Agenda 2030 de la ONU: mapa conceptual

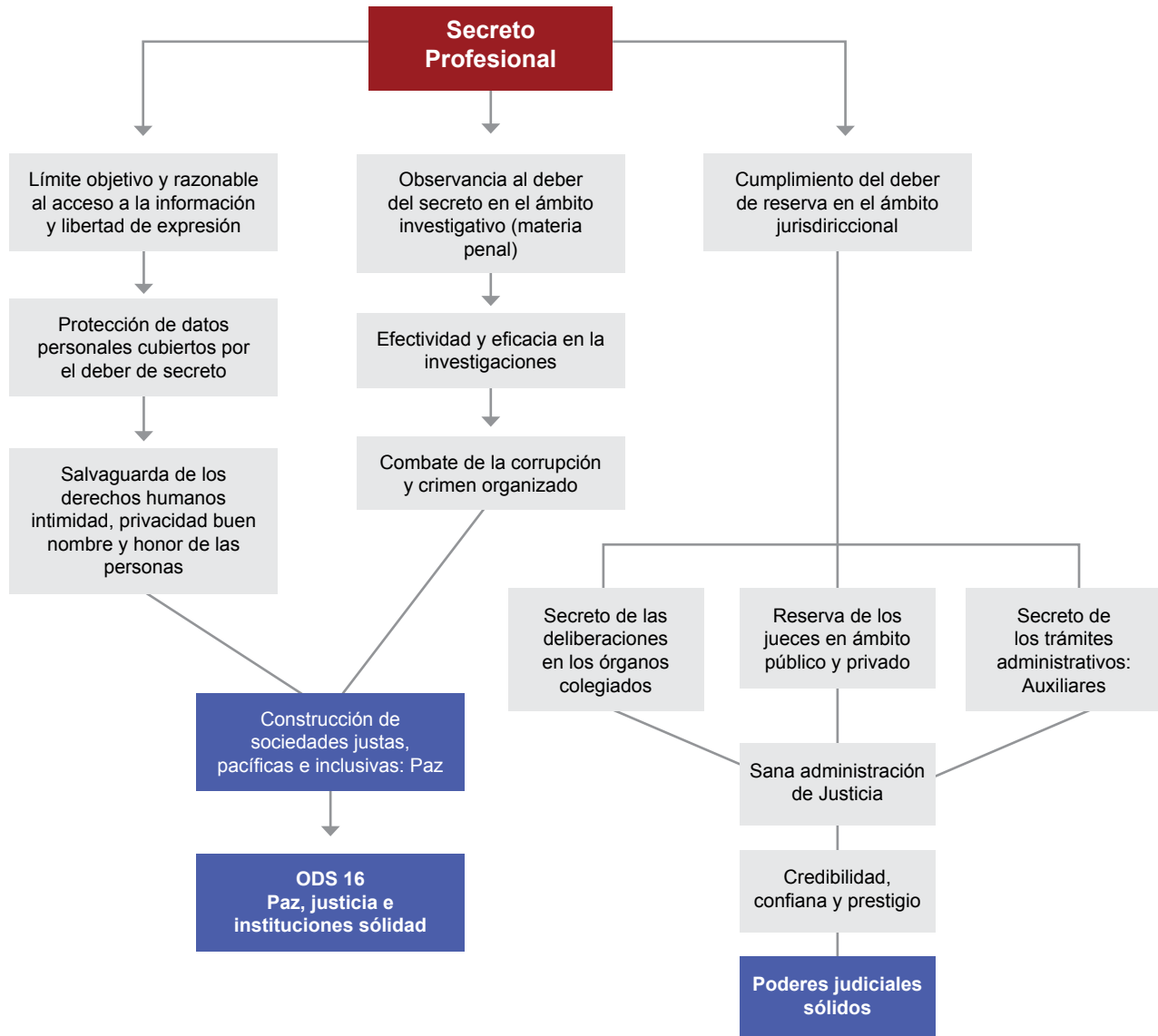
En septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó la resolución 700 por la que se creó el Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible, mediante la cual se adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia (ONU. CEPAL, 2015). Esta Agenda está compuesta por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, con 169 metas, siendo el ODS 16 el siguiente: Paz, justicia e instituciones sólidas. Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

A los Estados miembros de la ONU les corresponde identificar técnicas, estrategias y aunar esfuerzos en procura del alcance de los ODS. En tal sentido, nos

permitiremos establecer y demostrar que la correcta interpretación y aplicación del principio ético-constitucional de *secreto profesional* impacta sustancialmente en la obtención del Objetivo 16 de la Agenda 2030. Con base en los resultados de las investigaciones plasmadas en los temas *ut supra*, la justificación de esta hipótesis es la siguiente:

- a. El *secreto profesional* exige a la Policía Nacional y al Ministerio Público la ejecución de investigaciones bajo la debida confidencialidad, con la finalidad de lograr el despliegue de pesquisas que permitan la recolección de la prueba previo a que sea destruida u ocultada por los infractores; favoreciendo así la eficacia en las mismas, sobre todo en los casos de delincuencia organizada en todas sus formas, permitiendo reducir las corrientes financieras y la devolución de activos robados al Estado mediante el combate de la corrupción y el soborno (*metas 16.4 y 16.5*), y a su vez, enfrentar delitos tales como la trata de personas, el terrorismo, entre otros, (*metas 16.2 y 16.a*);
- b. El cumplimiento del secreto profesional en el ámbito jurisdiccional reduce los márgenes de corrupción, fortaleciendo así la credibilidad en los poderes judiciales, lo que sin lugar a dudas repercute en el aumento de los niveles de institucionalidad (*meta 16.6*);
- c. La debida regulación e interpretación del *secreto profesional* ayuda a conocer sus límites y a identificar las informaciones se encuentran o no resguardadas por el deber de secreto, lo que sin lugar a dudas permite ejercer el derecho al acceso a la información y libertad de expresión de manera efectiva y con mayores niveles de conciencia y seguridad (*meta 16.10*);
- d. El combate de la corrupción, infracciones de criminalidad organizada y el ejercicio de los derechos de acceso a la información pública y libertad de expresión que favorecen el disfrute de los derechos fundamentales con mayor efectividad, abona la *construcción de instituciones sólidas, a una justicia sostenible* que tenga por misión la consecución de *sociedades justas, pacíficas e inclusivas* (*ODS 16*);
- e. El secreto profesional constituye uno de los límites al acceso a la información, siendo una de sus finalidades la protección de los datos personales, para tutelar derechos fundamentales como: la privacidad, la intimidad, el buen nombre y el honor de la persona, así también, garantías judiciales como la presunción de inocencia, en procura del alcance de los valores supremos que inspiran el verdadero sentido de la existencia humana: *la paz, la armonía social, el bienestar general, el bien común y la felicidad de los pueblos* (*ODS 16*).

Gráfico 1
El secreto profesional y el ODS 16



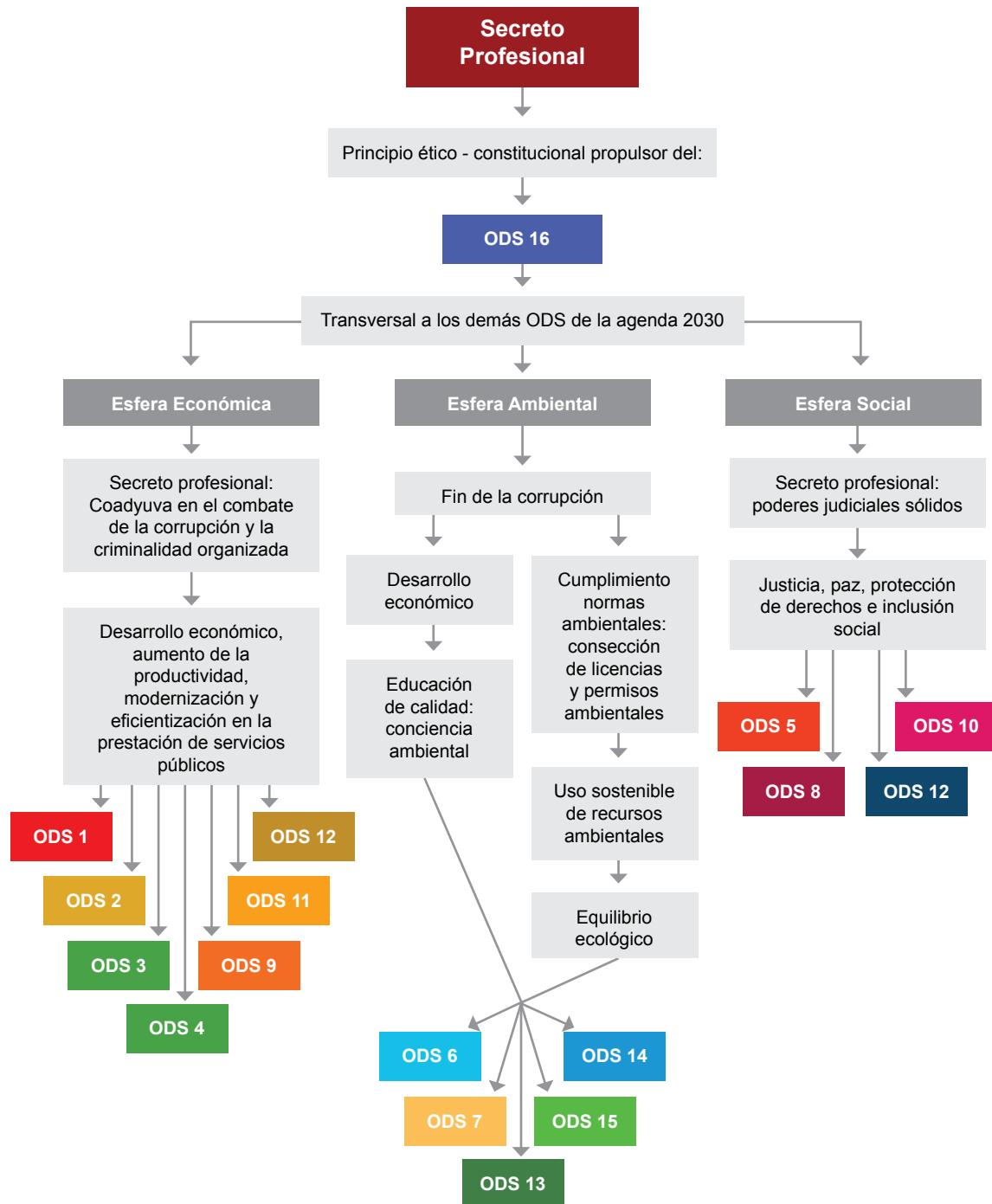
Fuente: elaborado por el autor.

El ODS 16 transversal a los demás ODS de la Agenda 2030: mapa conceptual

Las 169 metas de la Agenda 2030 poseen un carácter integrado e indivisible que abarcan *las esferas económica, social y ambiental* y el ODS 16 es *trasversal* a todos los demás, por lo que su consecución facilita el alcance del resto, como se estableció en el planteamiento del problema de la presente investigación; por los motivos que se desglosan a continuación:

- a. *Esfera económica*: Como se explicó en el apartado anterior, el *secreto profesional* incide positivamente en la consecución del ODS 16. La influencia de éste en el *ámbito económico*, que sin lugar a dudas vincula a otros ODS de la Agenda, radica en que el *secreto profesional* constituye una herramienta que facilita el combate de la corrupción y la criminalidad organizada, rompiendo así con la principal atadura del *desarrollo económico* e impulsando al *aumento de la productividad, la modernización y la eficientización de las herramientas para la prestación de servicios público y la satisfacción de derechos fundamentales*.
- b. *Esfera ambiental*: El desarrollo económico y el aumento de la productividad disminuyen las necesidades del pueblo y a su vez hace mermar el uso insostenible del medio ambiente. Asimismo, impactan en el aumento de los niveles de acceso a educación de calidad y trabajo decente (esfera económica); permite sensibilizar a la sociedad en torno a las consecuencias que provoca la afectación del medio ambiente y facilita los esfuerzos en pro de la protección de los ecosistemas terrestres y marinos. Es preciso señalar, que el sector ambiental también resulta beneficiado con el combate de la corrupción porque ha quedado comprobado que lo sombra de este flagelo en América Latina y el Caribe arropa en gran medida el sector medio ambiental por los recursos que este provee; ejemplo (PNUD, 2014): *El tráfico de madera, la extracción de agregados de los ríos sin los debidos permisos y licencias, el aumento de los precios de otros materiales para la construcción como efecto de la corrupción misma*.
- c. *Esfera social*: habitar en una sociedad con instituciones públicas sólidas y en un medio ambiente sano es la clave para que los seres humanos puedan vivir en un entorno en donde impere el orden público y el bienestar general, lo que les permite coexistir en paz, democracia, equidad y exclusión social.

Gráfico 2
El Secreto profesional, el ODS 16 y demás ODS de la Agenda



Fuente: elaborado por el autor.

Leyenda: ODS 1. Fin de la pobreza; ODS 2. Hambre cero; ODS 3. Salud y bienestar; ODS 4. Educación de calidad; ODS 5. Igualdad de género; ODS 6. Agua limpia y saneamiento; ODS 7. Energía asequible y no contaminante; ODS 8. Trabajo decente y crecimiento económico; ODS 9. Industria, innovación e infraestructura; ODS 10. Reducción de las desigualdades; ODS 11. Ciudades y comunidades sostenibles; ODS 12. Producción y consumo responsable; ODS 13. Acción por el clima; ODS 14. Vida submarina; ODS 15. Vida de ecosistemas terrestres; ODS 16. Paz, justicia e instituciones sólidas; ODS 17. Alianza para lograr objetivos.

Índice de percepción de cumplimiento del principio de secreto profesional en el ámbito investigativo y jurisdiccional. Resultados de la aplicación de la encuesta

Las técnicas para la aplicación de la encuesta correspondieron a la descripción y análisis para conocer el parecer de los usuarios de justicia y determinar el índice de percepción de observancia al principio de secreto profesional. Realizamos un muestreo no probabilístico y utilizamos un instrumento compuesto por 5 preguntas cerradas, preguntas de elección múltiple, aplicada aleatoriamente a una muestra de 200 licenciados en derecho. Tras la aplicación *online* de dicho instrumento¹³, se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 3
Resultados del levantamiento datos

No.	Preguntas	Si	No
1	¿Cumplen los jueces con el secreto profesional en las deliberaciones y procesos bajo su control?	191	9
2	¿Cumplen los auxiliares en los tribunales con el deber de reserva en los trámites administrativos?	185	15
3	¿Cumple el Ministerio Público con el secreto profesional en las investigaciones?	146	54
4	¿Cumple la Policía Nacional, como auxiliar del Ministerio Público, con el secreto profesional en la ejecución de diligencias investigativas? Ej. arresto, allanamiento, etc.	73	127
5	La sanción por la revelación de secretos en RD es de 1 a 6 meses de prisión (art. 377 del CPD) y en materia disciplinaria (judicatura) con suspensión de 30 días. ¿Considera suficientes las sanciones?	18	182

Fuente: elaborado por el autor.

Observaciones: La percepción de incumplimiento del secreto profesional por parte de la comunidad jurídica se inclina hacia el aparato investigativo con más de un 50%; estimando un 92% que no son suficientes las penas por revelación de secretos y las sanciones disciplinarias por inobservancia al deber de reserva.

¹³ Realizada del 1º al 14 de mayo de 2021, vía *e-encuestas.com*. Disponible en <https://app.encuesta.com/#/signup>

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El secreto profesional constituye un compromiso ético, un derecho y un deber que descansa sobre los hombros de la persona juzgadora, el personal auxiliar que le asiste y demás operadores de la justicia; les orienta a mantener el secreto que le haya sido concedido en razón de sus profesiones u oficios por las personas usuarias o clientes. Su importancia estriba en que se erige en principio ético-constitucional rigiendo el comportamiento de los servidores judiciales, con la finalidad de tutelar los derechos de las partes envueltas en los procesos, frente al uso indebido de informaciones bajo su control.

Este principio representa uno de los límites más concretos al acceso a la información y a la libertad de expresión, así lo prescriben en la mayoría de las Constituciones iberoamericanas. Esta limitación constitucional tiene su fundamento en la protección de los datos personales, sobre todo las informaciones de carácter sensible, tales como: preferencia sexual, problemas de salud, situaciones familiares, sentimentales, etc., cuya divulgación lacera drásticamente la privacidad, la intimidad, el honor, el buen nombre, entre otros derechos, causando daños a veces irreversibles porque afectan la esfera más íntima de la vida de la persona humana.

Resulta importante resaltar, que la libertad de expresión y acceso a la información son derechos humanos en los que se basa la democracia, porque impulsan a la transparencia, a la rendición de cuentas y la formación de opinión pública basada en información veraz; son derechos transversales y multiplicadores puesto que su ejercicio es indispensable para acceder a otros derechos. Por esta razón, sus límites deben estar claramente definidos, para evitar censura indiscriminada de información u opiniones. Estos límites no pueden quedar a la discreción de quien corresponda censurarlo, sino que deben estar estipulados en la norma. Deben ser objetivos y razonables y sobre todo se debe verificar que la información sea capaz de causar daño al patrimonio moral, cuya gravedad no puede depender en ningún caso de la impresión personal.

En el ámbito investigativo de los procesos penales, específicamente en la fase inicial y preparatoria, el secreto profesional tiene varias finalidades, a saber: evitar la sustracción de los investigados, el ocultamiento o destrucción de evidencias, etc., puesto que, de ello depende la eficacia en las investigaciones, sobre todo en los casos de corrupción y crimen organizado, dado que su entramado penetra a lugares impensables y sus efectos son nocivos para la economía de los Estados, flagelo que por ende detiene y hace retroceder el desarrollo humano. Por ello, el aparato investigativo debe guardar absoluta reserva de las pesquisas, porque su inobservancia propicia la impunidad, dando paso a la desprotección de las víctimas y al incremento de la violencia.

En ese mismo orden, en el ámbito jurisdiccional los jueces y servidores judiciales administrativos deben guardar absoluta reserva en torno a las causas en trámite, esto implica que deben manejarse con prudencia con relación a las informaciones que manejan en los procesos judiciales apoderados. El deber del secreto debe ser observado con alto sentido de conciencia funcional en lo que concierne a las deliberaciones, sobre todo en los órganos colegiados, ya que la filtración de información

sobre la decisión a dictar, antes de que sea dada a conocer por los jueces, da paso a la corrupción en el sector justicia, afectando sin lugar a dudas la seguridad jurídica, la confianza, credibilidad y prestigio de los poderes judiciales.

Partiendo de todo lo anterior, queda demostrado que el secreto profesional: a) constituye una garantía de los derechos que corresponden a la esfera más íntima y personalísima de las personas; b) constituye un límite concreto, objetivo y razonable al ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información; c) coadyuva al despliegue de investigaciones que garanticen la obtención de evidencias que garanticen el éxito de las persecuciones penales; d) guía a los jueces y auxiliares a prestar un servicio judicial atendiendo al deber del secreto de las informaciones puestas a su cargo, impulsando así a la construcción de una justicia sostenible y a la consolidación de los poderes judiciales. Estos beneficios promueven la institucionalidad y la cimentación de las bases de la sociedad sobre la paz, la justicia y la inclusión social (ODS 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU).

También ha quedado demostrado que como estableció la ONU, el ODS 16 es transversal a los demás derechos de la referida agenda pública, ya que los beneficios que este aporta al ámbito económico, medioambiental y social de los Estados inciden en la obtención de los objetivos restantes.

El verdadero sentido de la existencia humana reside en la felicidad de las personas. La razón de ser de los Estados es proteger, garantizar y evitar violaciones a los derechos humanos en procura de un desarrollo humano sostenible (objetivo general de la Agenda 2030), y por ende, el de todos los Estados que forman parte de este organismo. Sin lugar a dudas, cada uno de los retos identificados en la presente investigación (trabajo de campo), así como la crisis mundial a raíz de la pandemia del COVID-19, afectan el desarrollo humano haciéndole retroceder (ONU); por ello, consideramos que las siguientes recomendaciones podrían impactar positivamente en el desarrollo sostenible de las naciones:

- **Delimitación de los secretos de Estado.** En la mayoría de los países persiste una *cultura del secreto* entre personas funcionarias públicas, basada en el supuesto de que toda circulación de información conlleva riesgos para la institución o el gobierno, o bien en la errada percepción de que la información pertenece al Estado (Fuchs, 2021, p. 36).

En ese sentido, debe crearse conciencia y definir claramente qué y cuáles son los secretos de Estado protegidos por el secreto profesional, porque concebirlo y admitirlo de esta manera justifica la opacidad, fomenta la corrupción, la impunidad y menoscaba la democracia.

- **Talleres de sensibilización.** Concienciar a la Policía Nacional, Ministerio Público, jueces y servidores judiciales y demás operadores de justicia en torno a los efectos que acarrea la inobservancia al secreto profesional en el ámbito investigativo y jurisdiccional, en términos de afectación de derechos y desprestigio institucional.

- **Endurecimiento de las penas.** En la actualidad las TIC permiten la difusión masiva de la información, pudiendo llegar a todos los rincones del mundo con solo un clic. Como es bien sabido, existen datos sensibles cuya divulgación difama a un grado tal que podría causar daños morales, familiares, económicos; también existen otros datos personales que pueden poner en juego la integridad física y hasta la vida de sus titulares y la de sus familiares; por estos motivos, se requiere un aumento de las penas para el delito de *revelación de secretos*; el artículo 377 del Código Penal dominicano estipula una pena de 1 a 6 meses de prisión (anteproyecto mod. al CPD estipula de 1 día a 1 año de prisión) y, a lo interno de la judicatura, en materia disciplinaria, se sanciona con 30 días de suspensión; sanciones que resultan irrisorias de cara a la sensibilidad de los bienes jurídicos tutelados por el secreto profesional.
- **Formular tabla de gradación de los datos protegidos por el secreto profesional.** La medida anterior debe aunarse a la modificación de la Ley núm. 172-13 sobre datos personales. En esta norma debe incluirse una gradación objetiva y razonable que identifique y clasifique los datos privados y públicos según su naturaleza e intensidad, en función al daño que ocasionaría su difusión. Esto permitirá que al momento de ponderar un dato y otro y de imponer sanciones, se haga de una maneja justa y acertada, porque es bien sabido que cuando el análisis de estos temas queda a la discreción predomina la subjetividad, basada en las experiencias vividas por quien lo analiza, por tanto, la decisión que se adopte podría estar sesgada. Recomendamos tomar como referencia la tabla presentada en la Tabla 1.
- **Educación en valores.** La formación en ética y moral de servidores públicos no es del todo eficaz. Dado que los valores se aprenden en la edad temprana. Estas medidas educativas deben aunarse con el compromiso de las familias y las escuelas a educar en valores a los niños y niñas. En los centros educativos, los primeros años de estudio deben ser dedicados a la enseñanza basada en la ética, la moral y el civismo, procurando un desarrollo integral que conduzca a la infancia a forjar personalidades basadas en la prudencia, el compromiso y el respeto al prójimo; valores en los que se fundamenta el deber del secreto.

REFERENCIAS

- Artículo 377 y ss. del Código Penal dominicano (...) prisión correccional de 1 a 6 meses. Comparado: en España de 1-3 años de prisión, art. 199 del Código Penal. México de 6 a 12 años, art. 211 bis del Código Penal.
- Atienza, M. (2003). *Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces? Jueces para la democracia*. Núm. 46.
- Bacón, F. (1870). *Ensayos de moral y de política*. Madrid: Imprenta de M. Minuesa.
- Bielsa, R. (1960). *La abogacía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CIEJ. (s/f). *Dictamen consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación*. Disponible en https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/CIEJ/Cuarto_Dictamen_CIEJ.pdf
- CIEJ. (s/f). *Ética Judicial*. Disponible en http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=cf0762fd-d301-4006-a90e-d80de30c1e94&groupId=10124
- Comisión Europea de Derechos Humanos [CEDH]. (s/f). Unión Europea. *Los datos personales*. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_es
- Consejo Superior de la Judicatura [CSJ]. (2019). *Código Iberoamericano de Ética Judicial comentado*. Bogotá: CIEJ. (Colombia).
- Constitución de la República Dominicana [Const]. (2010). 26 de enero de 2010 (República Dominicana).
- Corte Constitucional Colombia [CCC]. (2019). Sentencia T-102, de 8 de marzo de 2019.
- Corte IDH. (2003). *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, Núm. 101.
- Corte IDH. (2004a) *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio del 2004, Serie C, Núm. 107.
- Corte IDH. (2004b). *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C núm. 111.
- Corte IDH. (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: CIDH, 2005.
- Corte IDH. (2006) *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C 151.

- Corte IDH. (2013). *Caso del Tribunal Constitucional (camba campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, Núm. 268.
- Fuchs, G. (2021). *Derecho a la información y derechos humanos: ejerciendo el derecho al acceso a la información en América Latina*. San José, Corte Rica: IIDH.
- Ibáñez, A. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Argentina: Editorial del Puerto.
- Ley 10-15 que introduce modificaciones a la Ley núm. 76-02 del 19 de julio de 2002 que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. 6 de febrero de 2015. Gaceta Oficial. Núm. 10791.
- Ley 172-13 sobre protección de datos en la República Dominicana, del 15 de diciembre de 2013.
- Llobet, J. (2003). *Proceso Penal Comentado*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Moreno, J. Á. (2011). El secreto profesional y profesional de la investigación privada. *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1. Disponible en: <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-jurisprudencia>.
- Montoya, Y. (1919). Corrupción judicial y afectación de los derechos a la tutela judicial efectiva y la indemnidad sexual, un caso peruano. En *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.
- Negrete, I. (2013). *La importancia de la Privacidad en nuestra vida cotidiana*. UNAM. México. Disponible en <https://suayed.iztacala.unam.mx/2013/01/la-importancia-de-la-privacidad-en-nuestra-vida-cotidiana/>
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.
- OEA (2019). Guía práctica de técnicas especiales de investigación en casos de delincuencia organizada transnacional. Washington: Editora Artec.
- ONU. (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. (LC/G.2681-P/Rev.3), Santiago.
- ONU. PNUD. (2019). Informe sobre calidad democrática en la República Dominicana. Santo Domingo: Amigo del Hogar.
- ONU (2019). Datos Macro.com. *República Dominicana índice de desarrollo humano (IDH)*. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/idh/republica-dominicana>.

ONU. CEPAL (2015). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=447204&p=3192652> Asamblea General durante la Cumbre de Desarrollo Sostenible 2015, que tuvo lugar del 25 al 27 de septiembre del 2015 en Nueva York.

PNUD. (2014). *Corrupción y medio ambiente*. Disponible en: https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/La_Corrupcion_y_el_medio_ambiente.pdf.

Resolución núm. 2006/2009 del 30 de julio del año 2009, que aprueba el Sistema de Integridad Institucional (SII), dictada por la Suprema Corte de Justicia.

Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2015). El derecho al secreto y la teoría del cono. *Derecom*, 19, 137-163. Disponible en <http://www.derecom.com/derecom/>

Rodríguez Piñeres, E. (1980). *Estudio sobre el Secreto Profesional*. Bogotá: Editorial Temis.

Sánchez Rodríguez, L. (2019). Quinto Dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre las implicaciones éticas del endeudamiento y la jubilación de la población judicial.

Tribunal Constitucional [TC]. (2017). Sentencia TC/0240/17, de fecha 19 de mayo de 2017. (República Dominicana).

Tribunal Constitucional [TC]. (2013). Sentencia TC/0084/13, de fecha 04 de junio del año 2013. (República Dominicana).

UNODC. (2020). *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por los jueces*. Red Mundial de Integridad Judicial.

EL VERSARI IN RE ILLICITA (TRATÁNDOSE DE MATERIA ILÍCITA SE RESPONDERÁ DE SUS CONSECUENCIAS), ORÍGENES Y RESABIOS

The versari in re illicita (in the case of illegal matter, the consequences will be liable) origins and aftertastes

José Jaime Robleto Gutiérrez
Poder Judicial de Costa Rica
jaimerobletog@gmail.com

Artículo de investigación
Recibido: 9 de julio de 2021
Aprobado: 21 de octubre de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

Se estudia el instituto del *versari in re illicita* desde sus orígenes hasta sus resabios en el derecho penal actual, haciendo un análisis comparativo con las soluciones de otras legislaciones. La idea central es un estudio crítico del *versari* y su persistencia en el derecho penal costarricense actual y, a partir de la toma de conciencia de esas distorsiones, verificar en cada ordenamiento jurídico si es posible identificar en cada país de ascendencia romano-germánica la existencia de algún atavismo de esta figura tan poco conocida.

Palabras clave

Derecho penal; versari in re illicita; culpabilidad; delitos calificados por el resultado; preterintención.

Abstract

The institute of *versari in re illicita* is studied from its origins to its remnants in current criminal law, making a comparative analysis with the solutions of other legislations. The central idea is a critical study of *versari* and its persistence in current Costa Rican criminal law and from the awareness of these distortions, verify in each legal system if it is possible to identify in each country of Roman-Germanic descent the existence of some atavism of this little-known figure.

Keywords

Criminal law; versari in re illicita; culpability; crimes qualified by the result; preterintention.

INTRODUCCIÓN

Cuando he tenido el honor y el gusto de impartir lecciones de derecho penal, he puesto el siguiente ejemplo para plantear el tema del *versari in re illicita*. Es un caso que ocurrió realmente en los años noventa del siglo veinte en Alajuela, provincia de Costa Rica, y que modifiqué para efectos didácticos: X decide ingresar a robar a una casa de una adulta mayor que vive sola, X ignora que la anciana es aracnofóbica, X compra una máscara del hombre araña para evitar ser reconocido. X no tiene dolo de dar muerte a la señora; es decir, carece de *animus necandi*. Ingresa a la vivienda, alista el botín en una sábana y en un momento determinado la adulta mayor se levanta y no ve a un ladrón, se representa una araña gigante en la oscuridad y muere de un infarto. X se asusta ante ello y sale con la sábana por la puerta principal de la vivienda, justo en el momento en que va pasando por allí una patrulla de la Policía. Es aprehendido y el Ministerio Público lo acusa de violación de domicilio en concurso con homicidio *criminis causa* y tentativa de robo agravado.

Cómo citar:

Robleto Gutiérrez, J. J. (2021). El *versari in re illicita* (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios. *Revista Saber y Justicia*, 2(20), 83-97. <https://saberyjusticia.edu.do>

ORÍGENES Y DESARROLLO

Lo anterior ilustra el planteamiento básico del *versari in re illicita*. Es decir, de acuerdo a este instituto, el que inicia el movimiento causal de un delito debe ser responsable por todas las consecuencias y resultados del mismo, aunque no las hubiera previsto ni deseado. Para la mayoría de autores, tiene su origen en el Derecho Penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva, con resabios canónicos. En la búsqueda del origen del *versari*, podemos analizar como antecedente, la unificación legislativa encomendada por el rey babilonio Hammurabi (1792 a. C. - 1750 a. C.), que refleja las costumbres de su época. Esta regulación, conocida como el código que lleva su mismo nombre, expone un incipiente antecedente al principio del *versari in re illicita* en algunas de sus leyes. Por ejemplo: en el Código de Hammurabi, Ley 6, se indica que “Si un hombre roba algo propiedad del dios o del Palacio será ejecutado y el que haya aceptado de sus manos lo robado será ejecutado también”. Ley 24: “Si ha habido alguna víctima mortal, la ciudad y el prefecto pagarán una mina de plata a sus parientes” (Guier, 2017, pp. 90- 91). Puede pensarse que la Ley 24 se refiere más a una indemnización correspondiente a lo que hoy se entiende como responsabilidad civil extracontractual.

En el Antiguo Imperio Romano, el emperador Teodosio II (408 d. C. - 450 d. C.) compiló, en el año 438 d. C., el *Codex Theodosianus* y se dejaba al libre albedrío del pretor el reproche del injusto. Sin embargo, luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476 después de Cristo y más tarde el Imperio Romano de Oriente en el siglo XV d. C. (Imperio Bizantino) comienza una reconsideración en los principios jurídicos establecidos por el derecho romano clásico. Esto se traduce en la invasión de grupos indoeuropeos que traían consigo costumbres y reglas propias de su cultura, diferentes de las consagradas por los grecorromanos. Asimismo, en las zonas de frontera, donde el contacto es constante, inicia un proceso de sincretismo en diversos rasgos culturales, idioma, religión, y el derecho no es ajeno a este proceso.

Luego del devenir histórico del periodo medieval, en la Revolución francesa (1789), además de su gran legado histórico, se generan cuestionamientos importantes en materia penal. En ese proceso se promulgaron sanciones que acarreaban a la muerte, como la guillotina o la horca –por razones políticas– y, ante la necesidad de aplicar teorías políticas nuevas, se llegó por este mecanismo a eliminar la figura del monarca absoluto. Por eso surge la siguiente interrogante: ¿Los destinatarios de esas sanciones, lo eran por los hechos cometidos o por los resultados fortuitos? Finalmente, situados en el siglo XX, más específicamente en la España de Francisco Franco, destacan las reformas al Código Penal que realizó este dictador. Por eso, no sorprende que en 1944 el *versari in re illicita* cobró vigencia nuevamente. En tal sentido, el codificador español incorpora en el Código Penal, artículo 340 *bis*, lo siguiente: “Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además de riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada”.

Parece que no es suficiente afirmar, como se ha hecho, que el *versari* aparece por primera vez en las fuentes del derecho canónico y, si bien es cierto, representó

entonces una especie de moderación de la responsabilidad objetiva del derecho penal germánico que era mucho más severo, este principio sigue siendo polémico. El *versari in re illicita* es incompatible, sin embargo, con el principio de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad) del derecho penal democrático y moderno. Se puede afirmar que el principio “no hay pena sin culpa” es una conquista del derecho penal liberal y que tiene una aceptación mayoritaria.

Sin embargo y sin dudar, el *versari in re illicita*, a través de sus remanentes en el derecho penal, constituye un desafío a la función que cumple como garantía la culpabilidad frente a los abusos del poder del Estado.

En el derecho penal, el debate ha dado lugar al surgimiento de tres tendencias contrapuestas e inconciliables. La primera de ellas estima que el principio de culpabilidad, en su configuración tradicional, es insustituible en el derecho penal, pues constituye el fundamento y el límite de la pena (Hirsch, H. J. 1999).

La segunda es de corte preventivo ya que, sin prescindir del concepto “culpabilidad”, plantea renovarlo a partir de la inclusión de los fines preventivos generales y especiales del derecho penal en una nueva categoría sistemática más amplia llamada responsabilidad (Schunemann, 2006). Roxin también sigue esta tendencia, desde una concepción funcionalista: deducir tal principio desde los fines asignados al derecho penal (Gunter, 1997).

Hoy en día se habla de una “crisis del principio de culpabilidad”. La principal objeción contra el principio de culpabilidad parte de su propio fundamento, la posibilidad que tiene el ser humano para elegir cómo comportarse, y eso parte de la metafísica del libre albedrío que nos fue dado. Ese factor es puesto en duda por las neurociencias, y la misma psiquiatría. Desde mi punto de vista, la forma en que se visualiza el libre albedrío es un constructo puro basado en la mera fe de su existencia.

Por otro lado, hay quienes prescinden de la existencia del libre albedrío en esta discusión, como Günther Jakobs, quien sostiene que la cuestión del libre albedrío ni siquiera tiene sentido plantearla, ya que la culpabilidad presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto como titular de derechos y destinatario de obligaciones.

En esta línea de pensamiento, Juan Bustos Ramírez, en una “teoría del sujeto responsable”, planteaba la distinción entre responsabilidad penal e injusto. El problema no sería establecer si se puede castigar o no a una persona en abstracto, sino a la persona real que vive en un medio social determinado, condicionado, social, cultural y económicamente. En tal sentido, el Estado para imputar responsabilidad debe legitimarse en cada caso concreto, considerando la distribución de los bienes sociales de acuerdo a cada individuo. Entonces, la responsabilidad sería la exigibilidad; es decir, la capacidad del Estado en un caso concreto para exigir responsabilidad al individuo. *Ergo*, la responsabilidad entendida como exigibilidad, no es sólo responsabilidad por el acto, sino social; es decir, se plantea una corresponsabilidad de la sociedad y el Estado. (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1997).

En una línea semejante de reflexión, el profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni, desde una concepción conflictivista de la sociedad y de la constante relación dialéctica ente Estado de derecho y Estado de policía, considera que la culpabilidad por el acto no es suficiente para el reproche de culpabilidad, pues la propia selectividad de sistema penal rompe con el principio de igualdad consagrado a nivel constitucional, por lo que es necesario un correctivo ético. Ciertamente, se hace necesario oponer, en un proceso dialéctico, a la culpabilidad por el acto, una culpabilidad por la vulnerabilidad que incorpore el dato de la selectividad y la peligrosidad del poder punitivo contra ciertas personas vulnerables, dando como síntesis la culpabilidad penal. (Zaffaroni, 2007).

Estoy de acuerdo y respeto la opinión de los juristas que piensan que es posible prescindir del principio de culpabilidad por ser un principio fundado en un postulado que no se puede demostrar en la realidad cotidiana; es decir, el libre albedrío. Sin embargo, si tuviese que tomar una postura al respecto, creo que el principio de culpabilidad sigue siendo una garantía irrenunciable de la dogmática penal y un límite al poder punitivo del Estado.

Volviendo a Roma, es conveniente tener presente que el error era tolerado en cierto momento entre los menos instruidos y no así a los ciudadanos de mayor educación. Por lo que las relaciones de causalidad solían tener una mayor conexión entre el sujeto y el resultado, pero el declive en ese vínculo comenzó, sin duda, con la caída del Imperio Romano de Occidente. En ese momento histórico se empieza a gestar la responsabilidad penal objetiva. Por ejemplo, sabemos que, en una determinada época, al antecedente del *versari* se le denominó “*causas morales*” y hasta el mismo Santo Tomás de Aquino lo expresó como “*quia es voluntarius in sua causa*” (“que es voluntario en su causa”).

El principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu* (el que se emplea en cosa ilícita responde hasta del caso fortuito) remite inexorablemente al tema de la causalidad y también al problema de la culpabilidad, aún antes de la teoría tripartita de Beling, la cual supone, evidentemente, que sólo resulta relevante analizarse una vez agotado el estudio de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. Por lo que es indiscutible que uno de los presupuestos de la culpabilidad sea precisamente la existencia de una acción típica y antijurídica, *ergo*, se debe contar al menos con un injusto penal.

Dejaremos –para efectos de este artículo– los argumentos y cuestionamientos de las neurociencias y retomamos:

La base de que la culpabilidad encuentra su fundamento en la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no solamente la culpabilidad, sino la acción; si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. (Devesa, 1995, p. 132).

Echandía (1982) afirma que:

Desde la antigüedad se desarrolló una proto culpabilidad, sobre la base de negar la existencia de delitos sin culpa, es decir se gestó el principio rector que ha pasado a tener valor de dogma en las modernas legislaciones penales, el cual determina que no hay delito sin culpabilidad: *nullum crimen sine culpa*. En la antigüedad, sin embargo, el resultado típico sólo era punible cuando causaba un daño, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la acción, se sancionaba tanto al inocente como al responsable, en algunos casos las penas iban más allá de la persona que había intervenido en el acontecimiento y se castigaba también a sus descendientes (efecto extensivo de la responsabilidad), es decir existían y se aplicaban penas con gran normalidad lo que hoy está plenamente prohibido y entendemos como penas trascendentales e inusitadas. En la antigua Grecia, la idea de la justicia empezó a perfilarse fundada ya en la culpabilidad, otros autores afirman que la fase material objetiva de la responsabilidad, que sólo tiene en consideración el resultado dañoso, no fue aceptada jamás por el derecho romano (Ferrini), en tanto para Mommsen, en la época más remota se conoció este tipo de responsabilidad; pero a partir de la Ley de las Doce Tablas, en la antigua Roma “el concepto del delito requirió la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar”. Fue hasta Cicerón que se avanzó en la concepción jurídica de la culpabilidad al sustraerla del campo de lo puramente objetivo, en orden al resultado, como se desprende de la siguiente definición: *culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et malitiose*. (p. 36).

Así como, cuando afirma Cicerón (1992):

Nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno, debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad. (p. 147).

El derecho canónico y la práctica medieval aplicaron el principio del *versari*, distinguiendo entre la ilicitud o licitud del acto inicial. Esta distinción, por demás, se vio favorecida por los textos del Antiguo Testamento, que tuvieron enorme importancia en la sociedad medieval, producto de la cultura judeo-cristiana. Así, por ejemplo, en Números, Capítulo 35, versículos 16 a 18 (llamado el IV Libro de Moisés) se hace referencia al autor que hirió (acto inicial ilícito) y mató, caso en cual, merece la muerte como homicida. Pero en el Deuteronomio, Capítulo 19, versículos 1 al 7, se regula un caso de quien mató sin querer (acto inicial lícito) y que no es considerado homicida. Es a partir de la distinción entre acto inicial lícito y acto inicial ilícito que se desarrolla la teoría del *versari* en el Derecho Canónico. Las Decretales de Inocencio III en la parte titulada *de homicidio voluntario v el causali* (Libro V, Título 12, Cap. 19), tratan el siguiente caso, el cual examina la “irregularidad”: un monje operó a una mujer de una infección en la laringe. La mujer operada no sigue las prevenciones del monje, sobre no exponerse a los chiflones, y a consecuencia de su desobediencia, muere posteriormente por una hemorragia. Inocencio establece que hubo una falta

del monje, porque no era médico y actuó “*officium alienum usurpando, quod sibi minime congruebat*” (usurpar el oficio de otro, sin tener armonía general). Pero, dice, esa falta no tiene relación con el resultado de muerte, y no tiene por sí el carácter de una “irregularidad”. En tal caso, dice, el resultado “*per culpam mulieris contra consilium eius accidit*” (contrariamente a lo que se aconsejó fue por culpa de la mujer).

El comportamiento imprudente de la mujer interrumpió la relación de causalidad entre el acto del monje y el resultado. En el capítulo 25 de la misma obra, Inocencio III, se niega la “irregularidad”, aunque se hubiera producido la muerte.

Las Decretales de Gregorio IX son las que terminan de configurar la doctrina del *versari*. Estas distinguen tres situaciones: al agente se le imputa el homicidio, si es el producto de una acción ilícita, se le atribuye el homicidio que es el producto de una acción lícita, si el resultado fue causado por culpa; al agente se le imputa el homicidio, cuando actuó sin *animus occidendi* (sin intención homicida), pero sí con *animus percutienti* (con intención de golpear) si se produjo la muerte a causa de una herida, consecuencia del golpe (*percussio*) que desde el inicio podía catalogarse como “*lethalis*”. Una *percussio* puede considerarse letal, “por razón del instrumento con que se golpeó”, que por lo general infiere una grave lesión o por razón de la parte en que fue golpeado el ofendido, si con un pequeño golpe se puede causar la muerte. A esta tercera situación pertenece la “irregularidad” que se produce cuando, habiéndose producido la muerte del ofendido, varios hayan participado golpeándolo y no se pueda determinar cuál golpe produjo la muerte.

Lo descrito anteriormente deja claro que el Derecho Canónico no construyó una responsabilidad basada en el resultado. Incluso, el caso del monje que operó a pesar de no ser médico, no produjo irregularidad, pues ésta fue interrumpida por la actuación imprudente de la mujer. El principio *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (desde el delito se incurre en responsabilidad para el autor) nunca significó, como lo demuestra este caso, que cualquier ilicitud generaba responsabilidad penal por un resultado no querido. Más bien, la responsabilidad era por aquellas consecuencias de acciones delictuosas que conllevaran en sí mismas un peligro de que se produjera el resultado.

No puedo evitar notar el paralelismo entre el positivismo puro y duro, y el acercamiento más radical de los pensadores neurocientíficos que cuestionan la existencia del libre albedrío, base del Derecho Penal fundado en la culpabilidad normativa. Me recuerda, inevitablemente, el péndulo del eterno retorno de Nietzsche. No cabe duda de que cada cierto tiempo la historia tiende a repetirse.

Otra expresión para designar nuestro tema es: “*Versari in re illicita: Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* (al que se ocupa de cosas prohibidas se le imputa todo aquello que del delito resulta).” (Politoff, *et. al.*, 2003, p. 134).

Es como afirmar que quien comete un ilícito debe responder de todas las consecuencias de lo que provoca, lo que implica una ruptura radical con el principio de culpabilidad, ya que su responsabilidad se basa netamente en el

resultado final que esa conducta produce independiente de la tipicidad subjetiva. No es fundamental en el versari que el resultado producido haya sido previsible o se trate de un verdadero caso fortuito. (Etcheberry, 1998, p. 153).

Como ya se indicó, este principio fue desarrollado especialmente por los canonistas en relación con las irregularidades eclesiásticas y fundamentaban su justificación en el reproche: “*si hubieras cumplido con tu deber este resultado no habría ocurrido*”. Suele pensarse, en términos generales, que el *versari in re illicita* ha desaparecido del derecho de origen romano-germánico o continental vigente; sin embargo, hay que reconocer que los criterios en que se inspira suelen sobrevivir residualmente. Roma tuvo una influencia de aproximadamente cinco siglos en Bretaña, por lo que, en el *common law* se utilizan muchos aforismos latinos, y no es casual que también encontremos un resabio de lo que después llegaría a ser el *versari in re illicita* en la Baja Edad Media. Se trata del “caso Jarmain”, donde se lee como precedente en el derecho de Gran Bretaña: “El que con su revólver va a robar y tiene el arma bajo la nariz de su víctima, se hace culpable de asesinato aun si el disparo escapó por ‘equivocación’ o ‘por casualidad’”. (Wegner, 1951, p. 48).

Luis Jiménez de Asúa (1962) llega a la conclusión de que el sentido que debe darse al *versari in re illicita* ha sido divergente (yo diría irregular), existiendo tres modos de entenderlo. Jiménez de Asúa plantea la cuestión como *fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial; en sentido contrario, es decir, negándose totalmente la responsabilidad en estos casos; y como criterio dominante y generalizado*, o sea, que no basta para incurrir en pena el mero *versari in re illicita*, sino que es absolutamente necesario que ese primer hecho ilícito esté naturalmente relacionado con el homicidio; que es el delito del que se ocupa al estudiar el punto.

La cita con que Jiménez de Asúa nos manifiesta la utilidad de lo aparentemente inútil expresa:

No debe, sin embargo, desdeñarse el estudio de esta cuestión, que parece desprovista de interés actual. Cuando Löffler se refirió al versari, se preguntaba a sí mismo si no sería, como muchos opinan, tiempo perdido el dedicarse a algo que ‘pertenece a las cosas inútiles’; pero se contesta que es tal la difusión conseguida por el versari in re illicita, tan adentro se nos ha metido aún en el Derecho penal de los pueblos más adelantados, que no puede menos de tener gran interés su estudio. (p. 32).

Para el maestro Jiménez de Asúa, las dos primeras formas de entender el *versari* plantean una fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad, incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial y, finalmente, en sentido contrario, negando responsabilidad en estos casos. La primera manera sugerida por Jiménez de Asúa choca de frente con el principio de culpabilidad. La respuesta de un positivista como Carrara, en mi opinión, sería algo así como en caso de *versari* (Carrara no usó ese término). Ello no implica que puede producir el efecto de hacer responsable, ni en razón de culpa ni en razón de

dolo, de un evento que no sólo no fue previsto, sino que tampoco era previsible por el autor.

Como afirma Marcela Bunster (Bunster, 1958, p. 25), la máxima no puede espiritualizarse; en ese caso deja de ser lo que es y desaparece; sería como hablar de subjetivación de delitos calificados por el resultado.

Esta forma de apreciar el *versari*, diversa a la situación de ultra intencionalidad, parte del supuesto de que se trata de hacer responsable al sujeto por el solo hecho de encontrarse en algo ilícito, sin mediar culpabilidad, respecto de un resultado posterior que se ha producido en forma fortuita (Burotto, 1958, p. 36).

El principio del *versari*, antes descrito, ha tenido a lo largo de la historia diferentes interpretaciones. Algunos, como Engelmann, creen que el mismo expresa el supuesto poder del demonio sobre el pecador, por la culpa precedente, principio del que partía el estrecho y riguroso juez canónico.

Klee considera que el hecho de que el derecho canónico partiera del *versari*, no significa que este derecho haya retrocedido a una pura responsabilidad por el resultado, sino que esa circunstancia más bien implicó un refinamiento del principio de culpabilidad por medio de un análisis objetivo de la voluntad delictuosa. Löffler ha llamado al *versari* “*baldón ignominioso de nuestra época y retroceso brutal y repentino*” (Castillo, 1999, p. 26).

DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y DELITOS PRETERINTENCIONALES

Es importante tener en cuenta que, al igual que el Derecho Romano y el Derecho Canónico, los criminalistas italianos aportaron importantes conocimientos al concepto de dolo. Los glosadores y posglosadores partieron del concepto de “dolo” entendido como intención, que era propia del Derecho Penal Romano. En especial, entre los posglosadores tuvo importancia Bartolus, quien, en sus comentarios a la *Lex Cornelia de sicariis*, distingue los casos en que un hecho punible produzca otro hecho punible. Cuando el agente comete un delito principal del cual se sigue un delito previsto por él, responde del resultado. Por ejemplo, quien causa el incendio de una casa, responde por el incendio de las casas vecinas. Pero si la acción inicial no tendía a ese delito, el agente no responde del nuevo delito no previsto que pudiera producirse.

La “doctrina Bartoli” llegó a ser *communis opinio*. Baldus (citado por Castillo, 1999) se basa en ella para construir el elemento subjetivo del delito. Este último, parte del principio de que quien utiliza un arma para herir, que en concreto pueda causar la muerte, conocía la posibilidad de que el resultado muerte se produjera. Para Baldus (Castillo, 1999), es esencial el deber conocer, proveniente de la experiencia huma-

na. Por ello, no es excusa admisible la de quien dijera no conocer que su acción peligrosa podía producir el resultado si, conforme a la experiencia humana, todo hombre debe saber que el resultado se podía producir.

Es importante puntualizar, a nivel histórico, que: “en el siglo XVI, Diego de Covarrubias fue quien propuso considerar queridos -aunque indirectamente- todos aquellos resultados que, sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de su acción” (Copello, 1999, p. 42).

Un siglo después, Benedikt Carpvov planteó que quien se inmiscuía en algo ilícito debía ser vinculado a todo aquello que se seguía de su intención y de su voluntad, cuando se tratara claramente de la causa habitual y tendiera a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor hubiera considerado probable o hubiera podido considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder (Vallés, 1999, p. 132).

Devesa (1993) valora positivamente la doctrina del dolo indirecto y coinciden en señalar el efecto beneficioso del *dolus indirectus* como medio para limitar la primitiva versión puramente objetivista del *versari in re illicita*, cuando apuntan que: “La teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto” (Devesa, 1993, p. 37).

Roxin (1997) define a los delitos cualificados por el resultado como:

Aquellos delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, y cuya comisión trae consigo un resultado ulterior más grave. Bajo esta denominación se propone incluir a todos aquellos tipos complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con una cualificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave, en tanto ésta sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base. (p. 23).

En el caso de los delitos cualificados por el resultado se presenta una figura doble, formada en su primera parte por un delito básico, que puede ser doloso o culposo, y un resultado mayor, que excede la intención del perpetrador, que la ley le atribuye a éste sin analizar si hubo o no culpabilidad, bastando sólo la vinculación del nexo causal entre el acto realizado por el sujeto y el resultado producido. Esta hipótesis no puede ser confundida con la situación de preterintencionalidad, pues difieren en la subordinación de una –la preterintencionalidad– al principio de la culpabilidad y la vulneración de la otra –los delitos cualificados por el resultado– al referido principio. Así entendida esta figura; es decir, acentuado su carácter en el hecho de no exigirse culpabilidad respecto del resultado mayor, la violación al requisito básico del que se prescinde resulta evidente en los delitos cualificados por el resultado. (Roxin, 1997).

El concepto de delitos cualificados por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional, atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descritos. Y es este, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto

en el derecho comparado como en el derecho español y costarricense, a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito.

Ello representaba una manifestación característica de la antigua responsabilidad objetiva, un reflejo del *versari in re illicita* en las partes especiales de los códigos penales modernos, que infringía sin duda el principio de culpabilidad, y que dio lugar a la tendencia generalizada favorable a una reforma que recondujese y contrarrestase estos casos, así como cualquiera otra posible manifestación de responsabilidad objetiva, en aras del respeto del principio de culpabilidad.

Cuando en 1953 se introduce en el Código Penal alemán el parágrafo 56 (actual § 18), la noción de delito cualificado por el resultado experimenta una paralela transformación, al determinarse ahora que la consecuencia especial que determina una pena más grave ha de ser imputable al autor o al partícipe al menos por culpa. Ello obligará a excluir del concepto de delito cualificado los supuestos en que el hecho resultaba solo imputable a título de caso fortuito.

En realidad, la exigencia de que el dolo del autor haya abarcado no solo el resultado de lesión del delito base, sino también el peligro de producción del resultado más grave, no supone necesariamente la exigencia de constatar imprudencia consciente en relación con la consecuencia ulterior. Ciertamente, el principio de culpabilidad requiere que el autor haya constatado la situación fáctica que constituye la situación de riesgo, pero no es correcta la conclusión extraída de ahí, según la cual en la culpa inconsciente no se abarca tal situación de peligro. El autor que actúa con culpa inconsciente, también ha conocido la situación de peligro que constituye el hecho desvalorado por el legislador, en tanto que representa un peligro intolerable de producción del ulterior resultado lesivo, si bien desconocía actualmente (de modo evitable) la antijuricidad de su conducta. (Contreras, 1990).

En los delitos cualificados por el resultado, además de nutrirse directamente del *versari*, siempre deben ser vistos con sospecha con relación a si producen o no un quebranto del principio de culpabilidad.

En cambio, la preterintención parece ser un tema más pacífico en cuanto al vínculo que sostiene con ese principio. Sin embargo, la historia de la preterintencionalidad es antigua; si partimos del *versari in re illicita*, ya en el siglo XVI comienza a espiritualizarse el texto en que se contiene, pero tal y como sostiene Jiménez de Asúa (1962), su historia es, “más jurídico-dogmática que legiferada. La verdadera historia legal de la preterintención es casi de nuestros días” (p. 35). El fundamento para la configuración de la preterintención, o sea, la culpa de naturaleza criminal que sustituía a la intención, se denominaba “culpa aquiliana”, para distinguirla de la “culpa contractual”. Por consiguiente, el Derecho Romano superó el principio de la ciega responsabilidad por el resultado hasta llegar a considerar el dolo; es decir, “la voluntad de ofender, intencionalmente, la ley moral y la ley del Estado”, como un elemento esencial de la infracción delictiva. En cambio, el objetivismo germánico hizo que su derecho permaneciera anclado en la responsabilidad por el caso fortui-

to. Al entrecruzarse ambas tendencias, se produjeron, figuras híbridas, algunas de las cuales permanecen más o menos larvadas, como son el *versari in re illicita* y el *dolus indirectus* del derecho común. (Jiménez de Asúa, 1962).

La preterintencionalidad integra, pues, un supuesto especial de desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto. La preterintencionalidad se da cuando, según Mir Puig, el autor “quiere realizar un hecho de distinta significación penal al que resulta” (Mir Puig, 1970, p. 39). Por consiguiente, el delito preterintencional regula aquellos casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de una infracción penal, y el causar unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido, ampliamente, al que se proponía causar, por falta de pericia en la ejecución.

El legislador español ha procurado suprimir del Código Penal los supuestos de delitos cualificados por el resultado, por cuanto pueden verse como expresión de un criterio de responsabilidad objetiva (*versanti in re illicita imputantur omnia, qua sequuntur ex delicto*; o sencillamente *versari in re illicita*).

Dicho criterio, de origen medieval, se considera hoy desplazado por las exigencias del principio de culpabilidad. En efecto, de acuerdo con el mismo, la conducta será típica sólo si se puede imputar subjetivamente el ulterior resultado grave. Así, por ejemplo, las lesiones muy graves que causan una grave deformidad o marca indeleble (art. 149), sólo serían típicas en España si existe dolo respecto a dicho resultado.

Porque no sería correcto, puesto que no respetaría el principio de culpabilidad, hacer a alguien responsable por dicho resultado si no se obra con dolo. El tratamiento adecuado para los delitos que se agraven por la producción de un resultado será exigir dolo respecto a dicho resultado ulterior; en cambio, si respecto al resultado ulterior no concurre dolo, pero sí imprudencia, procedería recurrir a la solución del concurso (ideal o real, según los casos) entre el delito de base dolosa y el imprudente por el resultado ulterior. Esta es la solución que parece defendible también a la luz del principio de culpabilidad, que exige una imputación subjetiva de los elementos del tipo penal.

Esta es una breve presentación del *versari in re illicita*, el cual, dentro de un estudio dogmático integral puede relacionarse con todo el derecho penal si se le sigue el rastro, es cuestión de paciencia e investigación.

CONCLUSIONES

1. Si se observa con atención todo instituto de la dogmática penal, especialmente en el derecho penal general, se encuentran resabios de otros tiempos por la arqueología misma de su conformación.
2. Aunque en un derecho penal democrático y moderno, se da por sentado que la responsabilidad penal es personalísima. Ello no siempre fue así en la historia de la humanidad, que atravesó diferentes etapas de una responsabilidad objetiva extendida, luego singular y aún quedan resabios de la misma.
3. El *versari in re illicita* nace propiamente del derecho canónico, pero es una extensión del concepto de responsabilidad que se entremezcla con el dolo y la culpabilidad según la ubicación y evolución de esos elementos del tipo.
4. Aunque algunos países, en forma expresa, como España y Alemania, han intentado eliminar los problemas prácticos emanados de este instituto, en general en América Latina, seguimos luchando para solucionar la carga del *versari* en los delitos cualificados por el resultado, y en las figuras preterintencionales.
5. Para efectos prácticos, un fiscal experimentado puede sorprender a jueces novatos mediante formas concursales en una acusación excesiva, que probablemente, en caso de que una sentencia absolutoria sufra un revés en instancias superiores, pero ello implica un desgaste procesal y un enorme gasto de recursos humanos y financieros en la administración de justicia.

REFERENCIAS

- Bunster, M. (1958). *El versari in re illicita* (Memoria de Prueba). Santiago.
- Burotto, M. B. (1958). *El versari in re illicita*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal 1*. Madrid: Trotta.
- Castillo, F. (1999). *El dolo: su estructura y sus manifestaciones*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Cicerón, M. T. (1992). *Las paradojas de los Estoicos*. México: UNAM.
- Contreras, J. C. (1990). *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia.
- Copello, L. (1999). *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Devesa, J. M. (1995). *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Libros Dykinson S. L.
- Devesa, R. (1993). *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Alcaná Libros.
- Echandía, A. R. (1982). *La culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho penal. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guier, J. E. (2017). *Historia del derecho*. San José: EUNED.
- Hirsch, H. J. (1999). *El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal: t. 1. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jakobs, Günter. (1997). *Derecho penal. Parte general*. (2da. ed.). Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. J. (1962). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Mir Puig, J. C. (1970). *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho*. Madrid: Pannedille.
- Politoff, et al., S. P. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, t. 1. Parte general*. Madrid: Editorial Civitas.

Schunemann, B. (2006). *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo*. Lima: Editorial IDEMSA.

Vallés, R. I. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

Wegner, A. (1951). *Strafrecht, Allgemeiner, Teil*. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Zaffaroni, E. (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

A portrait of José Fernando Torres Varela, a man with a beard and glasses, wearing a blue suit and a pink patterned tie. He is standing in front of a bookshelf filled with books. The background is slightly blurred, showing various books on the shelves.

Entrevista:

JOSÉ FERNANDO TORRES VARELA

Experto en *legal design*
de la Universidad de Stanford

“Aprender diseño y tecnología es la mejor forma de asegurar el futuro profesional de un abogado”.

JOSÉ FERNANDO TORRES VARELA

José Fernando Torres Varela

jose.torres@lexia.co

Entrevista por Dilenia R. Hernández

Fotografía por Glorimar Ureña



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 20, diciembre 2021
ISSN impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Docente de la Especialización en Derecho de las Fintech de la Universidad Externado de Colombia. Socio en Lexia Abogados. Abogado en la División Legal de Asuntos Financieros en World Trade Organization (Suiza). Ha participado como Asociado en Skadden Arps, Slate, Meagher & Florm LLP & Affiliates (Reino Unido). Asimismo, fue director del Centro en Innovación en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda en Colombia y asesor legal en Innovación y Diseño para el Banco Davivienda también de Colombia.

En esta entrevista, el profesor Torres Varela nos cuenta su experiencia como investigador visitante del Laboratorio de Diseño Legal en la Universidad de Stanford. Considera que: “Lo que hicimos en Stanford está al alcance de las universidades dominicanas. Una Escuela de Derecho puede crear un laboratorio de innovación en conjunto con la Escuela de Ingeniería, Comunicación, o Diseño, por ejemplo. No es cuestión de recursos ni conocimiento. Es cuestión de voluntad”.

Profesor, cuando hablamos de legal design (diseño legal), ¿a qué nos referimos?

El *legal design* es una disciplina que usa los principios, habilidades y procesos de los diseñadores para resolver problemas legales y crear un mejor sistema judicial. Traemos herramientas de diseño para crear servicios legales que sean empáticos, sencillos y que, aplicando distintas técnicas, como el prototipado de servicios, se facilite hacer realidad procesos innovadores. Y es que, las habilidades del diseño y la tecnología nos ayudan para crear nuevos modelos de firmas de abogados más eficientes en sus servicios legales, pudiendo innovar, por ejemplo, con la redacción de los contratos y crear nuevos tipos de servicios de justicia.

El diseño ha sido una disciplina que ha traído grandes réditos en muchas industrias. En la de tecnología, por ejemplo, las grandes empresas lo utilizan para crear productos que sean amigables y sencillos para los usuarios. Incluso, el Design Management Institute del Reino Unido realizó un estudio, en el año 2014, en el que muestra que las empresas que utilizan el diseño de manera intensiva tienen un desempeño en la bolsa de valores 228% superior a las empresas que no lo utilizan.

Entonces, si el diseño ha sido tan exitoso en distintas industrias, ¿por qué no traerlo al derecho? Eso fue lo que hizo el Legal Design Lab de la Universidad de Stanford. Trajo todo el conocimiento de la Escuela de Diseño (d.school) para ayudar a crear nuevos tipos de servicios legales y servicios de justicia que les facilitaran la vida a los ciudadanos.

Usted participó como profesor investigador visitante del Laboratorio de Diseño Legal en la Universidad de Stanford. Cuéntenos, por favor, ¿Qué hacía en el laboratorio?

El Legal Design Lab de Stanford nace de una alianza entre la Escuela de Diseño y la Escuela de Derecho. El propósito de este laboratorio es innovar en el derecho, y tiene dos líneas de acción. La primera está enfocada en el sector privado, dirigida a ver cómo se pueden mejorar los servicios legales desde una firma de abogados y un departamento legal de una empresa. La segunda está enfocada en mejorar el acceso a la justicia de la mano de diferentes juzgados y cortes de Estados Unidos.

En Stanford creamos varias clases. Por ejemplo, una llamada “*Diseño + Argumentación*” en la que exploramos herramientas del diseño para mejorar los argumentos orales y escritos de los abogados. Junto con mi amigo Jay Mandal (exabogado de fusiones y adquisiciones para Apple en la época de Steve Jobs), creamos otra clase que se llamaba “*Emprendimiento para Abogados*”. También creamos otra, en conjunto con la Escuela de Negocios, que se llamaba “*Estrategia Regulatoria para Startups*”. Estas clases estaban diseñadas para enseñar habilidades que les sirvieran a los estudiantes para navegar en el mundo real cuando se graduaran y empezaran a ejercer.



Durante su participación en Legal Design Lab de Stanford ¿En cuáles aspectos del derecho concentró su investigación? ¿cómo fue experiencia?

Mi investigación se concentró en dos frentes. El primero estuvo en crear nuevos servicios de justicia en materia laboral; servicios que fuesen asequibles para toda la población. En este frente creamos chatbots (robots de preguntas y respuestas vía mensajes de texto que les explicaban los derechos y obligaciones laborales a los ciudadanos), y otros tipos de productos para mejorar el acceso a la justicia.

El segundo frente de investigación fue el futuro de los contratos. Trabajamos mucho el diseño y simplificación contractual, por un lado, y por otro el desarrollo de contratos inteligentes.

La experiencia en Stanford fue inigualable. Tanto los profesores como los estudiantes son grandes apasionados de la modernización de la profesión legal y el acceso a la justicia. Nunca me dijeron “no hagas eso porque siempre lo hemos hecho así”. Todo lo contrario, cuando tenía nuevas ideas, siempre me impulsaron a pensar más grande.

Lo que hicimos en Stanford está al alcance de las universidades dominicanas. Una Escuela de Derecho puede crear un laboratorio de innovación en conjunto con la Escuela de Ingeniería, Comunicación, o Diseño, por ejemplo. No es cuestión de recursos ni conocimiento. Es cuestión de voluntad.

Entonces, desde su punto de vista **¿cuál es el rol que deben adoptar las universidades en la formación de los abogados para lograr la investigación jurídica con miras a la innovación y al impacto que tiene el uso de la tecnología en el derecho?**

Históricamente las universidades han enseñado derecho transmitiendo contenido. Pero no se han enfocado en cómo funciona la industria de servicios legales, en la diferencia entre ser un abogado en una firma, un juzgado o trabajar en un departamento jurídico. Incluso, ser abogado en materia penal es muy distinto a trabajar en financiación de infraestructura, por ejemplo. Cuando dejamos de pensar en enseñar únicamente el derecho y enseñamos qué es ser un abogado, qué hace, cómo construye una firma de abogados, un juzgado nativo digital, o un departamento jurídico moderno, todo cambia.

Las universidades tienen este reto y esta responsabilidad. Recitar derecho contractual sin saber redactar contratos no es muy útil. Decirle a un estudiante que se dedique al litigio sin enseñarle a crear una firma, conseguir clientes, facturar, etc., tampoco es muy útil.



Los estudiantes se enfrentarán al ejercicio profesional moderno, con el uso intensivo de la tecnología. Los estudiantes pueden crear toda una firma usando herramientas como Dropbox, Clio, Clickup y Notion y software de automatización contractual (por mencionar algunas). Deben saber prestar un buen servicio al cliente, liderar equipos, gestionar el conocimiento para evitar reinventar la rueda y hacer investigación jurídica profunda. Las universidades deben cambiar para enseñar a los estudiantes estas nuevas habilidades. Un estudiante debe poder usar la tecnología para hacer investigación sobre derecho constitucional comparado, para preparar una audiencia, y el manejo del litigio lo debe poder hacer en software moderno de gestión de proyectos.

Si las universidades preparan a los estudiantes para ejercer en el Siglo XIX, ni la justicia ni el sistema legal van a cambiar. El derecho va a seguir siendo engorroso, ineficiente y lejano al ciudadano. La justicia no se va a modernizar y los ciudadanos no podrán ejercer sus derechos.

La tecnología no está cambiando el derecho; ya lo cambió. Los estudiantes se van a enfrentar a esta realidad cuando se gradúen. Mal harían las universidades en no preparar a los estudiantes para el presente.

Pensando en los países en vías de desarrollo, en los que la brecha digital es considerable **¿cuál ha sido la experiencia con relación a cómo el uso de la tecnología contribuye a garantizar un mayor acceso a la justicia?**

A pesar de la brecha tecnológica que pueda existir, la tecnología es la forma más sencilla de llegar a los ciudadanos. Es más fácil llegar con tecnología que llegar con sedes físicas. Es lo mismo a lo que pasó con los celulares y las líneas telefónicas. Fue más fácil para la población acceder a un teléfono móvil que a una línea telefónica fija.

- Las experiencias comparadas nos muestran que las barreras de desplazamiento son mucho mayores que las barreras tecnológicas.
- La tasa de adopción de la tecnología es cada vez más rápida.
- La tecnología nos permite llegar a los usuarios usando diferentes medios (escrito, audio, video o interacción a través de chatbots, por ejemplo).

Con la tecnología también nos podemos enfocar en servicios que son distintos a los juzgados tradicionales. Podemos crear servicios educativos que le permitan a los ciudadanos entender cómo funcionan las cortes, qué documentos deben llevarle a un abogado, o incluso crear nuevos tipos de servicios. El Centro de Ayuda Legal de Australia, por ejemplo, creó una aplicación para ayudarle a las parejas a tramitar sus divorcios y negociar la separación de bienes de una forma sencilla, todo desde el teléfono.

El acceso a la justicia no es solo el acceso a un juzgado o tribunal. También es el acceso a la información, a entender los derechos y obligaciones que tenemos los ciudadanos, el poder prevenir pleitos por estar bien informados, entre otras.

¿Cómo cree que se puede lograr fomentar una cultura de innovación en los administradores y usuarios del sistema de administración de justicia?

Es fundamental fomentar una cultura de innovación porque debemos inventar nuevos servicios de justicia que le puedan llegar a todos los ciudadanos. A los abogados nos educan para analizar el pasado, leer jurisprudencia (sobre hechos que ya pasaron), aplicar precedentes, pero nunca para pensar en el futuro.

El generar una cultura de innovación nos permite salir del apego al pasado, abandonar el “siempre lo hemos hecho así” y experimentar para resolver problemas y crear servicios centrados en los ciudadanos.

¿Cómo crear esa cultura? Lo primero es capacitar a los administradores del sistema de justicia. Es imprescindible que estos estén al tanto de los desarrollos sobre innovación en la justicia, a

nivel mundial, que aprendan que podemos innovar de forma responsable y que es muy importante crear servicios pensando en las demás personas, no solo en los abogados.



También es importante crear un espacio de experimentación donde podamos invitar a los administradores de la justicia a probar cosas nuevas, a aprender métodos nuevos y brindarles un espacio para pensar en problemas que estén viviendo y que quieran resolver. En estos espacios podemos enseñar a crear productos y servicios con empatía, técnicas de gestión del conocimiento y del despacho, uso de herramientas virtuales para la colaboración, entre otras.

Por ejemplo, en Lab hemos hecho varios *challenges* (desafíos) con jueces sobre legal design, justicia descentralizada en *blockchain* (sistemas de arbitraje especialmente adaptados para la resolución de disputas en contratos inteligentes), automatización de autos y documentos, entre otros. Los jueces aprenden cosas nuevas, se inspiran y nos ayudan a transmitir la cultura de innovación que estamos creando desde el Lab.

La cultura se crea de a poco, generando confianza, demostrando que lo que hacemos en el Lab es innovación responsable en pro del ciudadano, los jueces, los abogados y la República Dominicana.

La Escuela Nacional de la Judicatura tiene proyectos concretos para contribuir a la investigación y fortalecimiento del Poder Judicial dominicano, entre los que destaca el Laboratorio de Innovación para la Justicia (Lab ENJ), en el que usted colabora como experto. **¿Cómo valora el impacto de esta iniciativa desde un punto de vista comparado?**

El Lab ENJ es una iniciativa pionera en Latinoamérica. No conocemos ninguna iniciativa parecida en el área. Es muy valioso tener un Laboratorio de Innovación porque se necesita un espacio dedicado a resolver problemas y a pensar en el futuro. El trabajo del día a día muchas veces hace que los funcionarios del Poder Judicial no tengan tiempo para investigar y crear prototipos que puedan resolver problemas. El Lab proporciona ese espacio, esa capacidad investigativa y propositiva a la hora de crear nuevos conceptos para la justicia.



Por último, ¿qué recomendaciones daría usted tanto a los jueces como a los abogados que desean explorar en el diseño legal en busca de soluciones innovadoras para su quehacer en el sistema de justicia?

Aprender diseño legal es algo muy útil para la carrera de la abogacía. A los abogados, en el sector privado, les va a permitir diferenciarse y ofrecer servicios legales de nuevas maneras. A los jueces, por otro lado, les permitirá ayudar a mejorar el acceso a la justicia. La primera recomendación es aprender sobre diseño en general.

Para los interesados en legal design, les recomiendo el libro *Diseñar el Cambio: Cómo el design thinking puede transformar las organizaciones e inspirar la innovación*, de Tim Brown. Además de leer, el diseño se aprende haciendo. Hacer cursos sobre diseño gráfico, diseño de servicios o experiencia de usuario para la web en los que hagan proyectos concretos es muy útil. También es importante relacionarse con diseñadores, preguntarles cómo trabajan, qué herramientas usan, entre otras cosas.

También les aconsejo aprender sobre legal tech (herramientas tecnológicas que nos permiten ser mejores abogados) y herramientas de no-code (herramientas que no requieren programación y nos ayudan a construir bases de datos, flujos de trabajo, gestión del conocimiento, etc.).

El diseño legal se ejerce creando una intersección entre el derecho, el diseño y la tecnología. Aprender diseño y tecnología es la mejor forma de asegurar el futuro profesional de un abogado. Los invito a participar en la revolución legal que estamos viviendo. ¡Qué no los vaya a dejar el bus!

ESTAMOS EN LÍNEA

<https://saberyjusticia.enj.org>

**Puedes
descargar los
contenidos**



Obra disponible en la
BIBLIOTECA VIRTUAL
de la Escuela Nacional de la Judicatura

<https://biblioteca.enj.org/>



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL



SABERY
JUSTICIA
ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Calle César Nicolás Penson #59, Gascue
Santo Domingo, D.N., República Dominicana
Tel. 809-686-0672
www.enj.org