

**¿“JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL” EN EL
“ARBITRAJE DOMÉSTICO”?**
GARANTÍAS PROCESALES
Y CONSTITUCIONALES EN
EL PROCESO ARBITRAL EN
VENEZUELA

**EL JUEZ TRAS EL
“NAUFRAGIO”:**

LA DEFENSA JURÍDICA DE
LA FAMILIA EN TIEMPOS DE
PANDEMIA

DISCAPACIDAD LABORAL:
UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA
DISTRIBUTIVA Y DIGNIDAD
HUMANA



EDITORIAL

■ **Dariel A. Suárez Adames**
dsuarez@enj.org

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

Con la edición número 18 de Saber y Justicia, correspondiente al mes de diciembre de 2020, cerramos un año complejo, marcado, ante todo, por la aparición de la pandemia del COVID-19. Pero, al mismo tiempo, concluye un año muy productivo en lo que atañe al afianzamiento y reimaginación de la labor educativa de la Escuela Nacional de la Judicatura.

Nuestra labor formativa se sostuvo, incólume, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación. Ellas nos permitieron abrir las puertas a jueces, juezas, abogados(as) y demás miembros de la comunidad jurídica nacional e internacional, como nunca antes. Más de trece mil personas fueron capacitadas a través de más de 500 actividades de formación continua durante el año 2020.

Además, luego de aprobar un proceso de evaluación, Saber y Justicia fue admitida al Catálogo V.2.0 de Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Cabe destacar que, al día se hoy, solo 13 revistas del país han sido incorporadas a este catálogo,

que busca medir la excelencia de las revistas científicas en América Latina. Esto representa un importante paso para elevar la calidad editorial, indispensable para mejorar, a través de la investigación y la difusión, los profundos procesos de pensamiento que entrafia todo sistema de justicia.

Para Saber y Justicia es importante abrir espacios que permitan la visibilidad de la investigación a nivel internacional. Es por ello que, en esta ocasión, nos llena de satisfacción presentar los trabajos resultado de un proceso de evaluación por pares, de destacados juristas y académicos de Guatemala, Ecuador, España, Perú, Venezuela y la República Dominicana.

Esta última edición del año constituye una representación de la variedad de pensamiento a la que aspira esta revista. Creemos que ello favorece la divulgación del conocimiento científico y, a la vez, marca distancias con respecto a la endogamia académica. Agradecemos tanto a los autores como a los evaluadores por su invaluable aporte para hacer posible que esta publicación llegue a nuestros lectores.



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

¿“JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL” EN EL “ARBITRAJE DOMÉSTICO”? GARANTÍAS PROCESALES Y CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO ARBITRAL EN VENEZUELA

“Constitutional jurisdiction” in “internal arbitration”? Procedural and constitutional guarantees in the arbitration process in Venezuela

Luis Alberto Petit Guerra
luispetitguerra@hotmail.com

Universidad Central de Venezuela (UMA) y Universidad Monteávila
Venezuela

Artículo de investigación
Recibido: 22 julio 2020
Aprobado: 6 octubre 2020



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Vol. 2, No. 18, diciembre 2020
ISSN (Impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia>

Resumen

En la jurisdicción arbitral, se privilegia la celeridad y la informalidad del proceso para la resolución de los conflictos de aquellos casos donde las partes se han sometido indiscutiblemente a un convenio arbitral. En Venezuela, existe una legislación especial que limita los recursos procesales contra los laudos dictados por árbitros de derecho. Al ser dicha legislación “anterior” al texto constitucional que postuló el arbitraje como parte del sistema de justicia, se debate sobre la posibilidad de analizar algunos desvíos de la jurisdicción arbitral (en clave constitucional), para concluir en la posibilidad, excepcional, de ampliar los recursos procesales cuando hay evidencias de violaciones de orden público que escapan de los recursos ordinarios.

Palabras clave

Arbitraje; control constitucional; valoración de pruebas; violaciones de orden público.

Abstract

In the arbitration jurisdiction, the speed and informality of the process for the resolution of conflicts is privileged in those cases where the parties have indisputably submitted to an arbitration agreement. In Venezuela, there is special legislation that limits procedural remedies against awards made by arbitrators of law. As said legislation is “prior” to the constitutional text that arbitration postulated as part of the justice system, there is a debate about the possibility of analyzing some deviations from arbitral jurisdiction (in a constitutional sense), to conclude on the (exceptional) possibility of expanding the procedural remedies when there is evidence of violations of public order that are beyond ordinary resources.

Keywords

Arbitration; constitutional control; assessment of evidence; violations of public order.

Introducción

EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ESCOGENCIA DEL FORO JURISDICCIONAL DE ARBITRAJE

La mayoría de la doctrina nacional especializada en temas de arbitraje y en el estudio de los mecanismos recursivos en los sistemas de justicia, en general, se decanta por la posición (dominante) acerca de la no conveniencia de “abrir” o “ampliar” el sistema de recursos contra los laudos (sean cautelares que definitivos). Pero, así como en las ciencias sociales no deben existir criterios absolutos que funcionen a suerte de dogmas (indiscutibles), tampoco en el arbitraje institucional (Fernández Rozas, 2010, p. 325); porque existen otras posturas que ahora se examinan con la noble misión de generar un amplio y respetuoso debate en tan compleja temática.

Y es que el sometimiento voluntario de las partes a la “jurisdicción arbitral” en cuanto a la renuncia a la “jurisdicción ordinaria”, tiene algunas implicaciones que deben ser leídas en contexto. La escogencia del arbitraje institucional por razones de índole privada, según intereses de determinados gremios y entes, significa que toda controversia (el fondo de un litigio) sea resuelta en el orden interno por “árbitros de derecho” y no por “jueces ordinarios”, como expresión del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial. El sentido de la así llamada “renuncia” al foro judicial ordinario, implica la escogencia del foro para ejercer un derecho de acción principal en la exigencia/protección de determinados derechos e intereses en sede arbitral.

Conforme al alcance de la cláusula arbitral, los árbitros tienen un poder cognitivo del proceso para sustanciar y decidir el conflicto, manteniéndose todos los demás ámbitos del proceso en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en las situaciones especiales aplicables (las más evidentes: coadyuvar con la jurisdicción arbitral para la evacuación en

ciertos tipos de pruebas; conocer/decidir el recurso especial de nulidad contra los laudos definitivos, así como ejecutar, compulsivamente, algunos de los laudos cautelares respecto de la práctica de ciertas medidas cautelares como los laudos definitivos).

Ora, que estemos de acuerdo que el arbitraje (debe) gozar de autonomía y tenga su propio estatus; sugiere sea comprendido dentro (y no excluido) del sistema general de justicia, bajo los predicamentos de un ordenamiento constitucional, que tutora categorías tan importantes como “jurisdicción”, “debido proceso” y “tutela judicial efectiva”; Son, pues, necesarias ciertas precisiones en clave constitucional para entender los efectos y las consecuencias de algunas nociones y categorías relacionadas con los derechos fundamentales del proceso.

Cuando se afirma correctamente que: “La Ley de Arbitraje Comercial venezolana reduce a su mínima expresión la intervención judicial en el proceso arbitral”, y, además, se sostiene, como fundamento, el art.43 de la indicada ley especial, en el sentido de que “contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad”; (Mesgraviz, Carrillo y Saghi, 2013, p. 305) debe igualmente comprenderse las razones de tal contexto.

Si, por un lado, nadie pone en discusión que (solo) existe un recurso de nulidad contra los laudos arbitrales (consecuencia de procesos “normales” y sin desviaciones); de otro lado, hay que distinguir la recurribilidad en los sistemas de arbitrajes internacionales (donde se aplica la Convención de New York) y el sistema de recursos en el arbitraje doméstico que prevé el ordenamiento jurídico

Introducción

interno. Más adelante, volveremos con este punto, de si es posible algún tipo de “control”, ya no contra laudos publicados (donde es indiscutible el recurso de nulidad), sino contra otros actos del proceso arbitral antes de que sean publicados los laudos.

En este orden, no es un dato menor que toda la normativa aplicable en la materia arbitral, contenida principalmente en la *Ley de Arbitraje comercial*, que es ley especial; el *Código Civil* (con distintas regulaciones sobre pruebas, sistema de presunciones, sistema de obligaciones y, en especial, el régimen de contratos) y el *Código de Procedimiento Civil* (en lo que sea aplicable, especialmente, principios procesales, régimen probatorio y límites a la actividad decisoria) son textos aprobados con otra realidad constitucional (con la hoy derogada Constitución del 1961); por tanto, deben “actualizarse” por los distintos operadores, judiciales y arbitrales, conforme a la nueva realidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), al haberse producido lo que Molina Galicia llama transformación del concepto de jurisdicción: “Con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, todas las normas deben ser interpretadas conforme a los preceptos de la Constitución” (Molina Galicia, 2009, p. 143).

Si el arbitraje institucional implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales, son equivalentes las transformaciones de la “jurisdicción” delegada por la propia Constitución, salvo que bajo una mal concebida autonomía (tanto de la voluntad de partes como del propio sistema arbitral), se sostenga la idea, que negamos, de excluir al arbitraje de cualquier otra forma de control del resto de procesos.

Entonces, es imposible “deslindar” la (importante) autonomía de la voluntad y (la no menos importante) jurisdicción delegada al arbitraje, ya que arbitraje institucional implica libertad reglada dentro de un ordenamiento jurídico y sobre todo dentro de un nuevo marco normativo constitucional: “(...) el arbitraje está sujeto a normas de Derecho Constitucional, puesto que no es ninguna isla ni un coto cerrado dentro del elenco de instituciones que rigen el acontecer diario de la Nación”. (Barnola Quintero, 2013, pp. 309-310). Que solo exista un tipo de recurso especial de nulidad (contra los laudos arbitrales), no puede significar, de modo alguno, que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implique per se una renuncia a la defensa de los derechos fundamentales derivados, o afectados, en el proceso como un todo.

Cómo citar:

Petit Guerra, L, (2020). ¿Jurisdicción constitucional en el arbitraje doméstico? Garantías procesales y constitucionales en el proceso arbitral en Venezuela. *Revista Saber y Justicia*, 2(18), 02-20. <https://saberyjusticia.edu.do>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL (INTERMINABLE) DEBATE SOBRE EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ARBITRAJE

Se presentan algunas reflexiones, jamás conclusivas, para debatir la siempre controversial tesis de cuáles son los recursos procesales en el arbitraje: Si cabe otro medio de impugnación distinto al recurso de nulidad en contra del laudo final; y si las actuaciones de cognición del proceso arbitral están exentas de control por parte de la "jurisdicción ordinaria" para ciertos casos e incluso de la "jurisdicción constitucional", en el sentido si cabe, o no, otro recurso contra otros actos distintos al laudo definitivo.

En los procesos arbitrales, adquiere especial trascendencia la fijación que hacen las partes junto al propio Tribunal Arbitral de los límites de la controversia (mediante los llamados Actas de Misión o Actas de Trámites), porque de ello deriva: (i) la "certeza" para las partes de los hechos aceptados y convenidos (exento de pruebas); establecer (cuáles) son los hechos controvertidos dependientes de sus respectivas cargas probatorias, y, (ii) los "límites" del tribunal arbitral en cuanto al objeto de la contienda. Establecido estos parámetros, cumplida a cabalidad las cargas alegatorias y probatorias en los límites de la controversia, el laudo así producido, sin excesos, tendrá plenos efectos por ser dictado dentro de un debido proceso, y es entonces procedente únicamente el recurso de nulidad ante la jurisdicción ordinaria (únicamente por cuestiones formales y sin atender las razones de fondo).

La "flexibilidad" del arbitraje no puede implicar que un tribunal arbitral se comporte con un poder distinto a un juez ordinario, en cuanto a su deber de decidir conforme lo alegado y probado, según los "límites" de la controversia. Cuando los árbitros no se limitan al objeto de la controversia, sostiene González Arteaga, "(...) cualquier decisión sobre asuntos no sometidos a su conocimiento constituiría una falta de jurisdicción y, por ende, una extralimitación de funciones e incluso una usurpación de funciones", en cuyos casos "el laudo que se produzca bajo estas condiciones es inexistente e ineficaz". (González Arteaga, 1999, p. 186). Dicha aproximación abre un abanico de posibilidades recursivas, cuando más allá del medio de impugnación especial del "recurso de nulidad" contra laudos (el mismo autor) consigue argumentos para la existencia de otros medios de impugnación extraordinarios: "recurso de Casación" "indirecto" contra las decisiones judiciales dictadas con ocasión al recurso de nulidad del laudo arbitral; (iii) "recurso de invalidación" y (iv) "acción de amparo constitucional" (pp. 202-215).

Además de las ideas centrales en torno la coexistencia de otras acciones y/o recursos en contra de ciertas anomalías del proceso arbitral, queda por analizar la posibilidad de que se puedan justificar, o no, alguna actuación en sede de la jurisdicción constitucional (por complicada e inconveniente que parezca) para la protección de "los derechos fundamentales ligados al derecho a la defensa".

Porque, así como en España, el acceso a la jurisdicción constitucional se puede asumir una “garantía” (Lorca Navarrete, 2016, p. 21), en Venezuela, la jurisdicción constitucional ha venido impulsando nuevas “garantías”, sobre todo en materia de fraude procesal, amparo constitucional y revisión de sentencias en los procesos ordinarios (Molina Galicia, 2009, p. 268). En consecuencia, negar la posibilidad que se puedan activar algunos mecanismos de justicia constitucional en relación a la justicia arbitral en alguno de estos supuestos aplicables (por ej. en casos de fraude procesal, de revisión de sentencias e incluso amparo constitucional), es una postura que debe ser analizada en contexto, en cada caso.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ÁRBITROS NO SOLO SE DETERMINA CON LA PUBLICACIÓN DE LOS LAUDOS DEFINITIVOS

Aunque respetamos las opiniones que niegan el carácter jurisdiccional del arbitraje (Entre otros: Mezgravis, 1996, p. 99 ss.; Baumesteir Toledo, 1997, p. 55, p. 317), entre otras razones, por carecer de *ius* “coercitivo” para hacer valer o ejecutar sus propias sentencias (Solís Valdivia, 2010, pp. 148-150); seguimos la posición que, al contrario, contesta que la falta de coerción en la ejecución de los laudos no le “quita” su estatus jurisdiccional, en el sentido de que el Estado ha previsto una serie de órganos del Poder Judicial (jueces especializados), el ejercicio de la fuerza estatal, (Barnola Quintero, 2013, p. 309); Efectivamente, nos adherimos a la tesis doctrinal que postula la labor jurisdiccional de los árbitros (Gabaldón, 1987, p. 134; Hung Vaillant, 2001, p. 140); naturaleza cuya también reconocida en justicia constitucional: “(...) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre la materia del arbitraje, que los árbitros son funcionarios que ejercen la función arbitral, pero no pertenecen al Poder Judicial, con todos los deberes y las obligaciones respecto del pleito como si se tratara de jueces”. (Barnola Quintero, p. 309).

De este modo, sin negar la importancia del carácter contractual del pacto arbitral como estadio de la justicia privada (Duque Corredor, 2007, p. 267), debemos agregar que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales, no solo por la voluntad de las partes; sino principalmente por la voluntad del propio Estado (interesado en fomentar las formas de justicia alternativa). Que los árbitros no sean parte del Poder Judicial porque su designación deriva de una fuente “privada” (pero habilitados siempre dentro de un ordenamiento jurídico estatal), no quiere decir que (deban) estar “fuera” del sistema de justicia, que lo constituye un todo. Con meridiana claridad, establece el Constituyente en su capítulo III (Del poder judicial y el sistema de justicia), en el art. 253, CRBV, que: “El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley (...), los medios alternativos de justicia...”

Dentro del mismo capítulo dispone el art.258, CRBV, que forman parte del mismo sistema de justicia, "(...) el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

A partir de allí, si los "jueces ordinarios" tienen límites, también lo tienen los árbitros de derecho como "jueces arbitrales" dentro del sistema de justicia donde se insertan; por tanto, el sistema arbitral no puede leer (solo) desde la ley de arbitraje comercial. En ese orden de ideas, se justifica que la concepción de justicia se aplique indistintamente a los procesos judiciales y a los procesos arbitrales. Que el proceso es el instrumento de realización de la justicia (art.257, CRBV) pasa por garantizar el acceso a la justicia (de los interesados en cada uno de sus asuntos para hacer valer sus derechos, intereses) por (todos) los órganos de administración de justicia (art.26, CRBV) y siempre dentro de un debido proceso, (art.49, CRBV) Por esta razón, el arbitraje debe tener plena correspondencia con la Constitución mediante "el aval del debido proceso como derecho en salvaguarda de sus intereses en conflicto" (Petit Guerra, 2011, p. 184).

Aunque los árbitros no son parte del Poder judicial (constituido por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales); forman parte de la generalidad de los "órganos de administración de justicia" (son funcionarios de justicia según el sentido dado de la Sala Constitucional) e integrantes del sistema de justicia (en los términos previstos por el Constituyente). Por principio de unidad de la jurisdicción, independientemente de sus "tipos", cada una de estas manifestaciones jurisdiccionales debe contar con las mismas garantías que la justicia ordinaria (Almagro Nosete, 1984, p. 84); más allá de que se puedan "relajar" algunos postulados por la propia naturaleza del arbitraje en una interpretación conforme la Constitución (por ejemplo: la existencia de una sola instancia en el proceso arbitral).

Que los árbitros no sean funcionarios del Poder judicial, no quita su condición de que sean tratados como "verdaderos jueces", en los límites de sus funciones. De consiguiente, no se puede justificar que las causas o expedientes (arbitrales) se puedan sustraer del sistema de control de todas decisiones "jurisdiccionales" cuando están involucrados derechos fundamentales (bien distinto a decir, a los motivos de recurribilidad del laudo definitivo, donde solo cabe el recurso de nulidad). Sostener que la causa arbitral no es una causa judicial en sentido técnico, puede hacernos llegar a conclusiones incompletas.

No es el *nomen* de las cosas lo que determina la "aplicación" de un sistema, sino la propia naturaleza de la función jurisdiccional junto a cada uno los elementos característicos: en justicia arbitral (árbitros, expedientes, laudos) no muy distinta a la justicia ordinaria (jueces, expedientes, sentencias). Es pues la naturaleza jurisdiccional propia de jueces y árbitros, en su función de impartir justicia, la que permite articular elementos de conexión.

LA POSIBLE “DESNATURALIZACIÓN” DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Parece indiscutible la necesidad de que el arbitraje esté revestido de garantías y derechos procesales y constitucionales. Los árbitros de derecho (sean ordinarios para el fondo o de “emergencia” para dictar medidas cautelares) ejercen funciones jurisdiccionales desde su constitución en tribunal arbitral, durante todo el proceso (antes de dictarse el laudo) y su terminación (luego de dictarse el laudo y ejecutarlo); para evitar algunos excesos” (Petit Guerra, 2011, I.b, p. 183), en la insistencia que todo proceso de carácter jurisdiccional –(donde entendemos incluido al arbitraje)– debe estar en consonancia con la multiplicidad de derechos y contenidos constitucionales.

Aunque para algunos el debido proceso es parte integrante; a su vez, de la tutela judicial efectiva (Escovar León, 2001, p. 135 y Bello Tabares, 2009, p. 40); ambos son propiamente derechos fundamentales individualizados que se deben leer en clave sistémica constitucional; conjuntamente, art.26: tutela judicial efectiva, art.49: debido proceso y art.257: proceso como instrumento de realización de la justicia, todos CRBV, (Petit Guerra, 2011, I-a, p. 71). Son por este motivo bien llamativas las reflexiones que trae Bello Tabares sobre la conexión de los artículos 26 y 49, CRBV, porque ambos recogen, dice, los derechos mínimos, donde encuentra los recursos ordinarios, recursos o acciones constitucionales especiales, extraordinarias y excepcionales...” (Bello Tabares, 2009, p. 37); Asimismo, aunque también sea cierto que el juzgador ordinario (y no el constitucional) es garante del texto constitucional para amparar en el goce de los derechos constitucionales procesales (Bello Tabares, p. 37); en algunos casos, se abre el compás de posibles activaciones de otros mecanismos de control constitucional (Bello Tavares, pp. 38-39).

Este tipo de argumentos permite abrir un debate en cuanto a si alguno de aquellos tipos de recursos extraordinarios de control constitucional es extensible al arbitraje; para lo cual, se debe distinguir aquellos actos de los árbitros en forma de laudos (ya sean cautelares y/o definitivos) de los otros actos de cognición, ya que en ambas funciones pudieran existir singulares desconocimientos de derechos procesales de índole constitucional.

(a) En relación a los “laudos definitivos” (que desconozcan derechos fundamentales del proceso) el “recurso de nulidad” no parece ser el mecanismo idóneo por no estar diseñado con otro objetivo, y, con el mismo argumento, tampoco lo son, el “recurso de Casación” (Mesgraviz Carrillo, Saghi, 2013, p. 556; González Arteaga, 1999, p. 202), ni el “recurso de invalidación” (Gabaldon, 1987, p. 131), por no estar diseñados al “restablecimiento” de derechos constitucionales afectados. En virtud de lo expuesto, sobre otros mecanismos contra laudos, el “recurso de amparo constitucional”, con dudas sobre su procedencia, (Gabaldón, 1999, pp. 154-155)

encuentra posiciones en favor (Govea, 1999, citado por Gabaldon, 1999, p. 153) y en contra (Mezgravis, 1999, p. 225 ss.); y, por último, hasta del propio recurso de "revisión de sentencias" (Mezgravis, 1999, p. 225).

(b) En relación con los otros actos de cognición antes de publicarse el laudo final. Imaginemos hipotéticas actuaciones, y omisiones, del tribunal arbitral que conlleven a claras afectaciones de los derechos fundamentales ligados al proceso. Si ya atrás se pone en "dudas" (por alguna doctrina) la posibilidad de que pueda existir amparo constitucional contra laudo, probablemente, por la misma razón, negarán que se pueda "amparar" contra determinada violación de orden público en el proceso arbitral en contra de actos distintos al laudo. Algunos ejemplos pueden ilustrar mejor: cuando dictada medida cautelar contentiva en laudo cautelar (generalmente dictada por un tribunal de emergencia), la parte contra quien se dicta dicha medida presenta formal recurso de oposición o presentada fianza para que sea "levantada" dicha medida, y no haya ningún pronunciamiento del Tribunal Arbitral; cuando un Tribunal Arbitral, niega o no se pronuncia sobre la admisión del llamamiento de una tercería que ha hecho una parte (para coadyuvar en su defensa), siempre y cuando ese "tercero" tenga alguna conexión con la litis, e incluso, con las partes respecto la cláusula arbitral; cuando un Tribunal Arbitral niega abrir incidencia de fraude procesal alegada por una parte o, cuando es el propio Tribunal el que forma parte del fraude "denunciado"; cuando alegada la nulidad del proceso, el tribunal arbitral o no se pronuncia o niega la existencia de determinada nulidad.

Pero hay más ejemplos representativos por lo gráfico en torno al campo de la prueba por las implicaciones del derecho a la defensa y en cuanto a la obligatoriedad de motivación de la eventual decisión/laudo (a publicarse):

Cuando un tribunal arbitral se niega admitir una prueba fundamental de una de las partes; cuando ordena practicar de "oficio" determinada prueba sobre hechos no litigiosos; o, que en la presentación del eventual "proyecto" de laudo, se observe que el Tribunal Arbitral está intentando decidir asuntos que no forman parte del "Acta de inicio" o "Acta de misión"; es decir, fuera de los alegatos de las partes, que no están dentro de los hechos litigiosos; que el tribunal arbitral pretenda "eximir" el cumplimiento de la carga probatoria subjetiva a alguna parte (que debe demostrar lo alegado); O que ese mismo tribunal desconozca su propia carga probatoria objetiva (como receptor de la prueba), al valorar determinado medio de prueba fuera de los términos de la ley que dice aplicar o conforme a falsos y erróneos criterios de sus máximas de experiencia (que no son tales) e incluso, al emplear (supuestas) máximas para deducir elementos alrededor del fondo de la controversia.

Si estos casos tienen incidencia en el proceso, en torno al derecho de la prueba, podemos estar hablando de afectaciones directas a ciertos derechos fundamentales. Por tanto, hay argumentos para acudir a la justicia constitucional (consciente también de sus excesos y abusos). Si ya existen frente al poder de los jueces ordinarios precedentes claros que han justificado algunos "límites", en cuanto "formas de infracción del derecho a la prueba y el control por parte de la justicia constitucional" (Domínguez Florido, 2017, p. 51), parece coherente

trasladar estos argumentos frente a las mismas situaciones en la sede de la justicia arbitral, quedando luego por establecer el tipo de “afectación” y el estado del proceso, para así identificar los mecanismos procesales de actuación.

EL AVOCAMIENTO COMO MECANISMO, EXCEPCIONAL, Y GENÉRICO CONTRA DESÓRDENES PROCESALES LIGADOS AL “ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL” Y AL ABUSO DE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

El avocamiento es un recurso especial que permite a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer, en principio, de cualquier causa en curso (es decir, aún no decidida en el fondo) que se encuentre en cualquier tribunal de la República; inclusive en otras Salas del propio Tribunal Supremo de Justicia; con el objetivo de resolver eventuales violaciones de orden público constitucional.

Al existir otros estudios más profundos, cuya orientación compartimos, en torno al “controversial” y siempre “discutible” “recurso de avocamiento”, que también han reconocido su aplicación en la resolución de todo tipo de controversias y contra cualquier decisión de instancias de cualquier jurisdicción (Chavero, 2018, pp. 1-218), pero sin que podamos justificar tampoco sus excesos; nos limitaremos analizar en un sentido técnico la concepción de dicho mecanismo de jurisdicción constitucional diseñado para un especial tipo de control frente a posibles desviaciones de todo tipo de proceso de carácter jurisdiccional, aplicable, principalmente, antes que sea dictada sentencia (en la causa o expediente, dice la ley).

Al corresponder a los jueces la defensa de los derechos fundamentales, si se prefiere, su “concretización”, (Zagrebelsky, 1995, pp. 62-77), y al ser el derecho al arbitraje un auténtico derecho fundamental en sí mismo (Hernández-Bretón, 2005, p. 27) y siendo los derechos fundamentales “(...) derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinarios, mediante un tratamiento normativo y procesal privilegiado” (Obando Blanco, 2011, p. 111); entonces, el arbitraje se encuentra revestido de “elementos” especiales que lo hacen particularmente importante. Por estos motivos, sostenemos la tesis de que el arbitraje doméstico no puede escapar al control de la justicia constitucional especializada, en su sentido más genuino.

Entre la doctrina extranjera más consolidada se tiene que “el fin de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que la realización de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico”, (Picó I Junoy, 1997,

p. 27; citado por Bello Tabares, 2009, p. 40) Coincidimos que la realización de la justicia material, como valor superior, no supera la visión "contractualista" del arbitraje, sino que la complementa (Petit Guerra, 2011-I.b, p. 183).

Pero el valor superior de la justicia obliga a los árbitros a comprender sus funciones dentro de ciertos límites; sobre todo en conexión a la también constitucionalización del derecho de prueba dentro del sistema de justicia, sobre todo frente a hechos complejos, donde no obstante las bondades del arbitraje ameritan de gran esfuerzo probatorio (Morello, 2004, p. 35); pero, también, mucha prudencia y ponderación de parte de los árbitros; quienes (apunta Baptista) dentro de la valoración probatoria actúan dentro de una libertad reglada (Baptista Martins, 2017, p. 14) El "arbitraje de derecho" debe estar racionalizado dentro de un ordenamiento jurídico en el sistema de fuentes, como lo haría un juez común. (Osorio Ruiz, 2002, p. 48, citado por Abuid; K., Avellaneda, J., Chang, L., Pastor, M., Solar, J., Villalobos Huerta, J., 2004, p. 323).

Lo expuesto hasta ahora se problematiza en el caso del ordenamiento jurídico "aplicable" en Venezuela, al no existir regulación expresa aplicable al campo de la valoración de pruebas; por consiguiente ¿qué pasa cuando esa ley o no existe, o no contiene patrones claros que otorguen "certeza del derecho" a los grupos que fomenten el arbitraje, en relación a la valoración de las pruebas por parte de los árbitros? En nuestro caso, la Ley de Arbitraje Comercial no establece tal certeza en cuanto a la función de los árbitros en el ámbito de la valoración de las pruebas, al dejar en el caso del arbitraje institucional esa libertad de los respectivos centros de arbitraje a establecer el sistema de valoración de pruebas. Este tipo de situaciones, habrían llevado al profesor Benaim a advertir temprano (a propósito de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial) que la cuestión alrededor de las reglas de cargas de pruebas y de valoración se torna un tema complejo y oscuro al no existir previsión expresa de ley (Benaim, 1999, p. 97).

A falta de regulación expresa, queda por determinar si forman parte, o no, del ordenamiento aplicable al arbitraje, las regulaciones especiales en materia de pruebas previstas tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil (que es donde están presentes algunas regulaciones claves en materia probatoria y una serie de principios cardinales en torno al rol del juzgador). Sin embargo, de un modo genérico, todo proceso de carácter jurisdiccional se debería comprender dentro de los parámetros (aplicativos) de los artículos 12 y 506, del *Código de Procedimiento Civil* junto al art.1354 del, *Código Civil*, que establecen sucesivamente el principio de veracidad, principio *inubio pro reo* y principio de certeza de los hechos que tienen directa vinculación con el principio de distribución de las cargas probatorias, como ha dejado sentado la Sala Constitucional en sentencia 1076/2007 (Domínguez Florido, 2017, p. 51) Aunque para nosotros resulta claro y evidente que dichos preceptos son igualmente de necesaria aplicación al arbitraje, no lo entiende así toda la doctrina consultada.

Alvins niega expresamente en materia arbitral la adopción de la valoración de pruebas por sana crítica, establecido en el art. 507 CPC (Alvins, 2013, p. 304). En un sentido contrario, se encuentra la posición del ilustre profesor Barnola que aduce la aplicabilidad de las normas procesales del Código de Procedimiento Civil

al arbitraje de derecho, en especial, subraya aplicable el art.12 CPC, en torno a "(...) decidir de acuerdo a normas de derecho, tanto por lo que la controversia en sí se refiere como todo lo relativo a la valoración de pruebas" (Barnola Quintero, 2013, p. 311). Y es que precisamente dentro del art.12, atrás citado, que se encuentra prevista la regulación procesal sobre las máximas de experiencia (Bello Tabares, 2009, p. 72).

En nuestro criterio, los árbitros (al igual que los jueces ordinarios) se deben ceñir a las pautas del *Código de Procedimiento Civil* y *Código Civil*, aplicables a las pruebas y, por la misma razón, sí pueden hacer uso de la sana crítica y de las máximas de experiencia pero con los límites de ley; conviniendo, en este sentido, con la tesis de Hung Vaillant, que son aplicables al arbitraje, la previsión del artículo 506, del *Código de Procedimiento Civil*, conjuntamente con el artículo 1354 Código Civil (Hung Vaillant, 2001, p. 197).

En algunos sistemas, para evitar cierto tipo de errores y excesos, se establecen pautas de "corrección", antes que el laudo sea dictado (Bowman, 2002, p. 86 ss.); en el caso venezolano, salvo la oportunidad que tienen las partes de realizar observaciones al proyecto de laudo (antes de que se publique formalmente el laudo oficial y produzca los efectos de cosa juzgada), pensamos que son extensibles al proceso arbitral las eventuales nulidades de los actos sustanciales del proceso y su necesaria reedición mediante reposiciones procedimentales; que es donde se pueden conseguir más argumentos en favor del recurso de avocamiento en sede constitucional, cuando la lesión sea de tal entidad.

En la hipotética existencia de que (todavía) determinado "proyecto" de laudo (no haya sido no publicado, ni firmado como acto procesal con sus plenos efectos); pero presentado por un Tribunal Arbitral a las partes (para que efectúen observaciones); tiene que observar estricta correspondencia con los derechos procesales ligados a la prueba para que "se valoren los medios de pruebas sobre bases reales y objetivas", pues, de lo contrario, no debería ser "publicado" aun el expediente (no debe ser firmado como laudo por los árbitros) para evitar probablemente alguna "sentencia arbitraria".

Asimismo, si se pretendiese abordar hechos y circunstancias ajenos a los alegatos de las partes es precisamente el avocamiento en sede constitucional un mecanismo que aplica generalmente por serias desviaciones de orden público acaecidas "antes" de dictarse alguna sentencia. Se debe evitar a toda costa graves desórdenes procesales y abusos de las facultades de los árbitros (Díaz Candia, 2013, p. 69).

Cuando los "árbitros de derecho" (cuyas cualidades e integridad jamás ponemos en dudas) se constituyen en un Tribunal Arbitral, tienen un poder delegado que no es absoluto y, constituidos como tal, sus actos procesales no están exentos a los controles, excepcionales, previstos en salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La misma hipótesis nos lleva al complejo mundo del razonamiento hacia la construcción de cada decisión; aspecto, por cierto, donde el mundo judicial (sobre todo producto de la ciencia procesal)

ha hecho notables aportes. En este aspecto, son notables las preocupaciones sobre el (mal) manejo de las máximas de experiencia para atribuir consecuencias fácticas más allá de lo alegado y realmente probado por las partes. No es por casualidad que en la noción las máximas de experiencia se encuentren entre los temas más ampliamente debatidos en la ciencia procesal (Stein, 1999, p. 92); un dominio poco usado o mal empleado (Igartúa Salaverría, 2009, p. 127), entre otras razones su insuficiente concordancia con el ordenamiento vigente, que se mueven entre "el abuso" y la negativa de su empleo (Stein, 1999, p. 92). En las imprecisiones no solo conceptuales, sino las posibles desviaciones prácticas tienen mucho que ver "indeterminación" y "vaguedad" de la noción (Taruffo, 2002, p. 208); pero, especialmente, en la mala utilización de esta figura basada en la supuesta cultura del sentido común, sin la debida convalidación o confirmación alguna de tipo científico (Taruffo, 2002, p. 219), al punto de desconocer que determinados hechos solo pueden ser probados por determinados métodos científicos (Igartúa Salaverría, 2009, p. 133).

Lo anterior lleva a abordar otra pregunta clave para entender (el uso y, sobre todo, el abuso) de esta noción. ¿Se aplica la noción máximas de experiencias para establecer como "cierto" un hecho litigioso? Las máximas de la experiencia coadyuvan en el proceso conclusivo del juzgador en la ilación de los elementos del proceso en conjunto; pero se deben tratar únicamente en aquellas circunstancias que no inciden (directamente) en la "resolución" del fondo, *hecho probandum*. Los hechos controvertidos, *ergo*, que son los alegados por una parte y negados por otra, deberán ser "probados" por cada una de las partes y jamás se pueden "establecer" por las máximas de experiencia de los jueces (y tampoco de los árbitros).

En la doctrina venezolana se viene enseñando que las máximas de experiencia son "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos" (Bello Tabares, 2009, p. 70); es decir, conocimientos "prácticos" de las reglas de la vida (artes, vida social, ciencias, comercio, etc.) que "sin relación concreta con el caso concreto debatido se aplican siempre en el proceso, como premisas de los hechos litigiosos" (Bello Tabares, p. 72); por tanto, no se pueden aplicar las máximas de experiencia para entender (o dar por probados) los hechos litigiosos.

El maestro Cabrera Romero se había anticipado hace bastante tiempo a estos temas (como en otros) al distinguir las máximas de experiencia en "comunes" y "no comunes"; cuando afirma "está previsto que las máximas de experiencia no comunes se aporten al proceso, a los fines de apreciación de la prueba, mediante la experticia (Art.1492 CC); cuyo objeto no es la prueba de los hechos litigiosos, sino que sirven para integrar la fijación de los mismos, al posibilitar al Juez conocer con exactitud lo que sucedió" (Cabrera Romero, 1997, p. 74).

En esta perspectiva, hay que distinguir aquellas máximas que operan como "experiencia" del juzgador, sea por su conocimiento de cuestiones convencionales (que el maestro Cabrera habla de *comunes*) y que entendemos aquellas ligadas a la vida social; de aquellas otras cuestiones ligadas a la física y naturaleza que requieran su "comprobación" (mediante pruebas técnicas específicas, que el propio

autor se refiere como *no comunes*). En estos últimos casos, hemos defendido su aplicación en el arbitraje con ayuda de expertos (Petit Guerra, 2011, l.b., p. 199).

Es que no puede ser igual entonces hablar de máximas de experiencia como conocimiento privado, del juez/árbitro, en aquellos casos relacionados con “conductas humanas” más fácilmente identificable dentro del conocimiento cultural (normal), sin mediación de máquinas, mecanismos o elementos técnicos (aspectos ligados a determinadas “experiencias” en lo social, lo político y lo económico que *no requiere de pruebas técnicas*: el aumento de los divorcios en determinado país y contexto; las distintas costumbres mercantiles, la falta de mantenimiento de maquinarias por motivo de crisis en repuestos y/o en sus costos; el aumento de primas de seguro vehicular por robos y secuestros de personas; los porcentajes de abstención electoral en determinada población, etc.); frente a los tipos de máxima de experiencia ligadas a “circunstancias, eventos o sucesos naturales, físicos, incluso, paranormales”, que precisa de elementos técnicos. En estos últimos casos, la figura del experto adquiere una importancia insustituible (Stein, pp. 76-77): “El perito, en cuanto tal, siempre suministra al juez máximas de la experiencia” (Stein, p. 84); en conclusión, en este tipo de circunstancias, el uso de las pruebas técnicas en la valoración de la sana crítica se vuelve no solo necesario, sino obligatorio. (Aguila Grados, 2010, p. 111).

Por ello, es importante distinguir las máximas de experiencia (que nosotros llamamos “convencionales”) de aquellas derivadas de elementos técnicos y/o científicos para su determinación. Defendemos, pues, el uso (correcto) de las máximas de experiencia, allí cuando se requiera “comprobación” de circunstancias que deben ser traídas al proceso por base científica.

En este estado, queda por responder la cuestión de ¿a quién le corresponde la “carga” para valerse de la (supuesta) “experiencia” del juzgador? Este tema ha sido sumamente abordado en la doctrina extranjera (Rosenberg, 2002, p. 213) y en la doctrina venezolana (Cabrera Romero, 1997, tomo II, p. 102), para coincidir acerca del (cumplimiento) de la carga de cada una de las partes que pretende “beneficiarse” del conocimiento “privado” (de la experiencia) del juez. En el supuesto que ese juez sea un reputado autor o autoridad en cierto tema y que anteriormente haya expuesto su “criterio” en tal “experiencia”, y que alguno de los litigantes lo conozca bien, salvo esos supuestos, se deberá acompañar el medio, vehículo, para que el juzgador pueda arribar a su conclusión de “experiencia” técnica y la otra parte tenga el derecho de controlarlo “para demostrar su inconsistencia científica, técnica, tecnológica o su poca aceptación” (Cabrera Romero, 1997, p. 105).

En el caso de las llamadas “máximas de experiencia comunes” parece no haber problemas, cuando el juez conoce la capacidad de conducción y la precisión del aporte de casi todos los medios, incluso, hasta conoce el margen de error (por ejemplo, dice Cabrera, como sucede con el testimonio). Sin embargo, no pasa lo mismo en el caso de las “máximas de experiencias no comunes”, donde el Juez no tiene esa máxima de experiencia; sino que hay que hacérsela llegar mediante pruebas idóneas, científicas, cuando sea menester (Cabrera Romero, 1997, p. 104).

Por tanto, una cosa es la facultad de establecer por vía de máximas de experiencias circunstancias "normales" relacionadas a conductas humanas previsibles en la cultura media, que llegar a unas conclusiones por esa vía sobre cuestiones físicas y naturales alrededor de las causas de ciertos accidentes y eventos (choques e incluso desperfecto de distintos medios (trenes, vehículos automotores, aviones, barcos), de la existencia de eventos naturales. (inundaciones, derrumbes), o circunstancias físicas, (recalentamiento de máquinas, motores, fallas de sistemas de tecnología, de electricidad, cortocircuitos, desperfectos mecánicos, explosiones, determinados tipos de incendios, etc.), donde se requiere siempre del apoyo científico.

Mas, específicamente en el campo arbitral, conviene revisar las precisiones que sobre el uso de las máximas de experiencia, en cuanto a criterio de valoración en el establecimiento de hechos no controvertidos en el proceso (Aarons, 2018, p. 17). Esta afirmación tan clara saca de toda duda razonable: No se puede aplicar trámite máximas de experiencia por parte del juez/árbitro sobre los hechos controvertidos, ya que sobre estos existe la llamada carga subjetiva de cada una de las partes, en el sentido de que cada uno debe "probar" sus respectivas alegaciones para sostener su posición jurídica controvertida.

En conclusión, una cosa es que los árbitros puedan deducir determinadas circunstancias fácticas "accesorias" al hecho central acorde a su experiencia y otra, suplir la carga probatoria de una de las partes, especialmente del actor, que debe cumplir a cabalidad las cargas que le impone el ordenamiento sustantivo (art.1354 Código Civil) y procesal (art. 506 Código de Procedimiento Civil) en su demanda principal. Este tipo de asuntos más o menos acá descritos, en nuestro humilde criterio, abre la oportunidad a las partes de evitar la publicación de un laudo con tales características (evitando peores costos y menos perjuicios de un "proceso indebido") para activar en la justicia constitucional la figura del avocamiento en su función excepcional y entonces evitar que tal "desorden" procesal produzca efectos, anulando en consecuencia, la serie de actos írritos y reconduciendo el proceso decisional en la propia sede arbitral.

CONCLUSIONES PRELIMINARES (JAMÁS FINALES)

El sistema de arbitraje doméstico va mucho más allá del compromiso (privado) de las “partes” en la resolución de conflictos bajo determinado mecanismo. En virtud de las limitaciones del recurso de nulidad en sede judicial, conforme las previsiones del art.43, Ley Arbitraje Comercial, en concordancia con el art.626, del Código de Procedimiento Civil en contra del laudo final (Henríquez La Roche, 2009, p. 51), en Venezuela, al igual que en España (Cucarella Galiana, 2004, p. 176); no es posible atacar por esta vía asuntos ligados a algún exceso o mal uso de la prueba, por parte de los árbitros de derecho (Benaim, 1999, p. 98). Bajo estos supuestos, los árbitros quedarán exentos de ser cuestionados en su valoración probatoria, por excesiva o errónea que parezca, lo cual es una contradicción si existe toda una normativa que regula (el mismo derecho de la prueba en la valoración, por parte del juez ordinario) los que se encuentran sometidos al “control casacional” de sus decisiones cuando aplican mal las máximas de experiencia que se desprende de los arts. 313 y 320, ambos CPC (Cabrera Romero, 1997, p. 290), y además, al “control en justicia constitucional” por sus decisiones en el campo de la prueba (Domínguez Florido, 2017).

Entonces, ¿los árbitros de derecho (que también son jueces en el sentido de sus funciones) quedan exentos de los mismos controles de aquellos?

En la doctrina extranjera, ya existen serias preocupaciones de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de la prueba (Taruffo. 2002, p. 435, citado por Seguro Ortega, 2006, p. 89). En virtud de algunas de las garantías de los derechos fundamentales alrededor de la tutela judicial efectiva, se viene impulsado el debate para que en el campo probatorio sea ampliado no solo a los recursos ordinarios, sino también los extraordinarios establecidos en la ley (Obando Blanco, 2011, p. 115). Precisamente, ello habría permitido a la jurisprudencia extranjera la posibilidad (siempre excepcional) de la intervención de parte de la justicia constitucional en este tipo de asuntos ligados a los derechos fundamentales procesales; o al menos, así se desprende del Tribunal Constitucional español, en STC 55/1993 de 15 de febrero (Segura Ortega, 2006, p. 59).

En cambio, en Venezuela hasta el momento la doctrina nacional ha dicho poco, o nada. En nuestro criterio, al no existir prohibición expresa en la ley (art.106, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), los tribunales arbitrales pueden ser objeto del avocamiento por parte del Tribunal Supremo de Justicia, en los casos que corresponde; lo que implica “recabar” el expediente donde quiera que se encuentre. En estos supuestos y en presencia de graves desórdenes de “orden público constitucional”, puede la Sala Constitucional avocarse para tomar las medidas correspondientes ya descritas atrás frente a las desviaciones de un Tribunal Arbitral, según se desprende del supuesto de hecho de la norma contenida en el numeral 16, del artículo 25, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Debemos cuidar al arbitraje para hacerlo más creíble, y evitar críticas (que además no compartimos) en contra de la institución del arbitraje por ser poco veraz y sujeta a publicidad engañosa (Calvo Sánchez, 1995, p. 1; citada por Lorca Navarrete, 2016., p. 331); En nuestro caso, hemos razonado estos argumentos pensando en el deber ser de lo que puede implicar una verdadera justicia constitucional dentro de una democracia constitucional, para poner orden al arbitraje y no para atacarlo. Las injusticias del sector "privado" son temas que no pueden ser la excusa para limitar el acceso a recursos especiales de control (Hurri, 2002, p. 354).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarons, F. (2018). *Técnicas de Valoración de las Pruebas en el Arbitraje y la esencia económica de las Transacciones*. <http://www.cbadvisors.net/tecnicas-de-valoracion-de-las-pruebas-en-el-arbitraje-y-la-esencia-economica-de-las-transacciones/>
- Abuid Chegade, K., Avellaneda Rojas, J., Chang Rodríguez, L., Pastor Stumpf, M., Solar Álvarez, J., & Villalobos Huerta, J. (2004). Apostando por una solución diferente: el arbitraje de conciencia en el Perú. *Ius et Veritas*. 14(29). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12435>
- Aguila Grados, G. (2010). *Lecciones de derecho procesal Civil*. Fondo Editorial de la escuela de Altos Estudios Jurídicos. Perú: Egacal.
- Almagro Nosete, J. (1984). *Constitución y proceso*. Barcelona: Biblioteca procesal. Librería Bosch.
- Alvins, R. [et al.]. (2013). Pruebas en el arbitraje. La tramitación del procedimiento arbitral. En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de arbitraje comercial*, capítulo VI. Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas. Club español del Arbitraje (capítulo venezolano).
- Baptista Martins, P. *Panorámica sobre las pruebas en el arbitraje* (§ 6). <http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-las-pruebas-en-el-arbitraje.pdf>
- Barnola Quintero, J. P. (2013). El respeto a la igualdad de las partes y al derecho a la defensa En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de arbitraje comercial*, capítulo VI. Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas. Club español del Arbitraje (capítulo venezolano).
- Baumesteir Toledo, A. (1997). Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela. *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, núm. 51.
- Bello Tabares, H. (2009). *El derecho constitucional a la prueba judicial*. *Revista de Derecho*, núm. 30, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.
- Bello Tabares, Humberto (2009). *Tratado de Derecho probatorio t. I*, (1ª ed.), Caracas: Ediciones Paredes.
- Benaim Azaguri, S. (1999). Reflexiones sobre las posibilidades probatorias de los centros de arbitraje. En *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*, núm.1, ene-junio, Caracas.
- Bowman Rutledge, P. (2002). On the importance of institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors. *Journal of International Arbitration*, (19)2.

- Cabrera Romero, Jesús E. (1997). *Contradicción y control de la prueba legal y libre, t. I*. Caracas: Jurídica Alva.
- Chavero, R. (2018) *El control constitucional de las decisiones judiciales por parte de la sala constitucional*. CIDEP (Colección Monografías, núm. 11).
- Cucarella Galiana, L. A (2004). *El procedimiento arbitral: Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Díaz-Candia, H. (2013). *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*. Segunda Edición. Caracas: Legis.
- Domínguez Florido, G. (2017). *El derecho a la prueba y su interpretación en el contexto de la Constitución. Formas de infracción del derecho a la prueba y control de la jurisdicción constitucional*. Caracas.
- Duque Corredor, R. (2007). La justicia por consenso en el sistema de justicia y el debido proceso en el arbitraje. *Boletín de la Academia de ciencias políticas y sociales*, núm.145, enero-diciembre, Caracas.
- Escovar León, R. (2001). *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Caracas.
- Fernández Rozas, J. C. (2010). Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. En R. Méndez Silva (coord.). *Contratación y arbitrajes internacionales*. (Serie Doctrina Jurídica, núm. 523). México: UNAM. Recuperado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/14.pdf>
- Gabaldón, F (1987). *El Arbitraje en el código de procedimiento civil*. Caracas: Paredes.
- Gabaldon, F (1999). Análisis de la Ley de arbitraje comercial. Caracas: Livrosca.
- González Arteaga, J (1999). Recursos interponibles contra el laudo arbitral. *Revista*
- Henríquez La Roche, R. (2009). *Comentarios al Código de Procedimiento Civil, t. V*, Centro de Estudios jurídicos de Venezuela, Caracas.
- Hernández Bretón, E. (2005). Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental. En, I. Valera (coord.). *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. (Serie Eventos, núm.18). Caracas: Acienpol.
- Hung Vaillant, F. (2001). Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano. *Centro de Estudios Jurídicos*, núm. 74, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Hurri, S. (2002). Las categorías de público y privado en el derecho y la moral. En P. Navarro y M.C. Redondo (comps.). *Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, capítulo XIII. Barcelona: Gedisa editorial.
- Igartúa Salaverría, J (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 9). Lima-Bogotá: Temis-Palestra.

- Venezolana de Estudios de derecho procesal*, Núm.1, ene-jun. Caracas: Instituto Venezolano de derecho procesal.
- Lorca Navarrete, A.M. (2016). *Los actores de la litigación*. España: Instituto Vasco de Derecho procesal.
- Mezgravis, A. (1996). Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje, *Revista de la Facultad de Derecho* Universidad Católica Andrés Bello, núm. 50, sept.
- Mezgravis, A. (1999). Recursos contra el laudo arbitral comercial. En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. (Serie Eventos). Caracas.
- Mezgravis, A., Carrillo, M., Saghy, P (2013). El recurso de nulidad contra el laudo arbitral. En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de arbitraje comercial*, capítulo XII. Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas. Club español del Arbitraje (capítulo venezolano).
- Molina Galicia, R (2009). *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno de jueces?* (2ª ed.) (Serie Monografías). Caracas: Paredes.
- Morello, A (2004). *Dificultad de la prueba en procesos complejos*. Argentina: Rubinzal –Culzoni.
- Obando Blanco, V. (2011). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia* (2ª. ed.). (Serie derechos y garantías, núm.1). Perú: Palestra
- Petit Guerra, L. (2011). El sistema de pruebas en el arbitraje desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 150. Venezuela.
- Petit Guerra, L. (2011). *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Caracas: Paredes.
- Rosenberg, L (2002). *La carga de la prueba* (2ª ed.). E. Krotoschin (trad.), Argentina: Editorial B de F.
- Segura Ortega, M. (2006). *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. España: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Stein, F (1999). *El conocimiento privado del juez* (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Solís Salvidia, M. (2010). *La potestad jurisdiccional: Una aproximación a la teoría general de la jurisdicción*. Venezuela: Vadell Hermanos.
- Zagrebelsky, G. (1995). *I diritto mite*. Torino.

EL JUEZ TRAS EL “NAUFRAGIO”: LA DEFENSA JURÍDICA DE LA FAMILIA EN TIEMPO DE PANDEMIA

*The judge after the “shipwreck”: the legal defense
of the family in a time of pandemic*

Juan Carlos Socorro Marrero
jc.socorro@poderjudicial.es

Juzgado de Primera Instancia
Número Cinco de Familia de Las
Palmas de Gran Canaria. España

Artículo de investigación
Recibido: 17 julio 2020
Aprobado: 19 agosto 2020



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Vol. 2, No. 18, diciembre 2020
ISSN (Impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia>

Resumen

En este trabajo se aborda el problema de la protección jurídica de la familia por el juez, en este momento, en el que la vida cotidiana de las personas ha sido afectada por una pandemia. Trata de responder a la cuestión acerca de la mejor manera que hoy tiene el juez de proporcionar esa protección. Para ello se parte, sobre todo, de una norma constitucional, se explican los motivos que originan la actuación judicial y el objeto de esta, y se formulan tres hipótesis sobre cómo asegurar ahora la defensa jurídica de la familia. Al final, se sostiene que la tarea judicial en defensa de la familia no debe obviar, a pesar de todo, el Objetivo número 16, de los llamados “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, de las Naciones Unidas, y que la función judicial requiere ahora un mayor compromiso con ciertos principios de la ética judicial iberoamericana, si quiere asegurar de modo especial esa protección.

Palabras clave

Diligencia; familia; protección; juez.

Abstract

This paper talk about the problem of the legal protection of the family by the judge at this time, in which people’s daily lives have been affected by a pandemic. It tries to answer the question about the best way for the judge today to provide that protection. For this, it starts, above all, from a constitutional norm, explains the motives that originate the judicial action and its object, and formulates three hypotheses about how to now ensure the legal defense of the family. In the end, he maintains that the judicial task in defense of the family must not, nevertheless, obviate Goal 16, of the so-called “Sustainable Development Goals” of the United Nations, and that the judicial function now requires a greater commitment with certain principles of Ibero-American judicial ethics if you want to ensure this protection in a special way.

Keywords

Diligence; protection; family; judge.

Introducción

Hace algunos años, en el 2001, en la entrevista que el profesor Manuel Atienza hizo a Robert Alexy, para la revista *Doxa*, el filósofo del derecho español le preguntó cómo veía el futuro del Derecho, a lo que el profesor alemán respondió que “el papel del Derecho tenderá probablemente en el futuro a aumentar”, expresando, a continuación, los motivos que tenía para estar convencido de ese augurio: “Por un lado, está la complejidad de las relaciones sociales y económicas. Por otro lado, se desmorona el papel de la tradición y de las convenciones para evitar y resolver conflictos”. Ninguno de los dos maestros del Derecho (ni los lectores de esa revista) se imaginaban que, en algún momento de ese incierto futuro, ocurriera la pandemia ocasionada por el coronavirus (COVID-19) con las consecuencias devastadoras que conocemos. Pero aún en ella (y quizás por ella) el papel del Derecho, y del juez, en su aplicación e interpretación, están llamados a transformarse, al menos, en algún sentido.

En este trabajo, se parte de la premisa, de una norma constitucional (el apartado primero del artículo 39 de la Constitución Española, del 1978) para

preguntarme (y tratar de resolver) de qué (mejor) manera el juez puede servir ahora a la protección jurídica de la familia, y de qué forma el Derecho (con el juez) resolverá y evitará los conflictos familiares en estos momentos. Emplearé aquí la palabra “juez” (o “un juez”) referida a toda persona juzgadora, titular del poder judicial (ya sea hombre o mujer).

Tras precisar el real objeto de la protección que debe ofrecer el juez, expondré tres hipótesis acerca de cómo efectuar su misión ahora. Al final, se podrá contestar a la cuestión acerca de cómo debe ser la función del juez, en este instante, en relación con la defensa jurídica de la familia.

La visión que se ofrece en este trabajo sobre ese problema conjuga cierta experiencia personal con algunos materiales que he revisado durante los días más difíciles de la pandemia en mi país. Asume, no obstante, la limitación propia de la incertidumbre acerca de cómo evolucionará la situación sanitaria global, y cómo afectará esta a la vida cotidiana de las personas.

Cómo citar:

Socorro Marrero, J. (2020). El juez tras el naufragio: la defensa jurídica de la familia en tiempo de pandemia. *Revista Saber y Justicia*, 2(18), 21-44. <https://saberyjusticia.edu.do>

EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO PREMISA

El artículo 39 de la Constitución Española del 1978 comienza con la siguiente afirmación: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Se trata, a simple vista, de un enunciado muy simple que se formula con un verbo empleado en tiempo presente. Es como si el texto constitucional describiera un escenario real de las cosas, al dar por sentado que este sucede y que se percibe con facilidad sin ayuda de nada: los poderes públicos (todos sin excepción, incluido, por supuesto, el poder judicial) aseguran la protección de la familia en todos los órdenes (básicos) de ese escenario. Se puede pensar que de esto se deriva, en principio, que no es necesario hacer nada más, que todos los poderes se encargan (y lo seguirán haciendo en el futuro) de proporcionar esa protección, y que "la familia" la tiene asegurada siempre. Pero sabemos por experiencia que la realidad es otra, y que el verbo utilizado contiene, en verdad, un mandato, una voluntad implícita de corrección de esa realidad que solo se puede expresar en forma de principio (de principio rector): los poderes públicos han de hacer lo posible por preservar la integridad de la familia, cualquiera que sea la dificultad en la que se encuentre.

De todos los poderes públicos concernidos por ese principio, solo interesa aquí, uno: el poder judicial. Y de este, en abstracto, se debe extraer la singularidad de un juez, de cualquier juez. Esa es la persona que "asegura" (que debe hacerlo o que su actividad ha de ir orientada a cumplirlo) la protección de la familia.

La primera acepción de la palabra "asegurar", en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa "hacer que alguien o algo queden seguros o firmes". Así, todo juez es llamado a hacer que "quede segura" la protección de la familia, a dar garantía de ello. Precisamente la acción de garantizar, como imperativo orientado hacia el futuro (garantizará), es el mandato que la Constitución de la República Dominicana, votada y proclamada por la Asamblea Nacional, en el 2015, vincula al "Estado", y, dentro de él (se ha de entender), a cada juez integrante del poder judicial (de ese poder público): según su artículo 55, referido a los "Derechos de la Familia", "El Estado garantizará la protección de la familia". En todo caso, en esta Constitución (y en la española del 1978) lo que se encomienda al juez es, en cierto modo, un mandato reforzado de acción. Se trata de garantizar la protección de algo valioso; de proporcionar una especie de doble protección (de "proteger la protección") de la familia.

De todas las formas de proteger la familia, hay que limitarse aquí a una de ellas: la protección jurídica, que ha de asegurar el juez. Esto no significa que lo jurídico, en la defensa de la familia, desconozca la necesidad de garantizar la situación económica de esta o que no pueda reclamar, aun indirectamente, la protección económica (y social) de la familia. La defensa jurídica de la familia solo presupone que el centro de atención del juez es el Derecho, y que este debe ser el instrumento para la protección de la familia.

La acción jurídica de defensa de la familia es una de las tres que resalta la Constitución Española del 1978 (junto con la acción social y la acción económica). Es la propia del juez, de todo juez, incluso en el caso de que no pueda proporcionarla en toda la extensión que le gustara porque otra clase de acción (como la económica), que no está (o no tanto) en su mano asegurar, no fuera ofrecida satisfactoriamente por otros poderes públicos.

Con la referencia a la protección jurídica de la familia puede parecer, a primera vista, que el texto constitucional quiere resaltar dos cuestiones. La primera, aunque formalmente sea muy obvia, es que el juez debe creer en el Derecho al decidir un conflicto familiar. Si este llega a conocimiento del juez, generalmente, es porque los sujetos del conflicto (o alguno de ellos) han desechado por imposibles otras formas lícitas de solucionarlo. Es como si la Constitución recordara al juez que es en el Derecho en donde esos sujetos tienen su confianza (y, quizás, su última esperanza) de solución pacífica de su problema familiar. La protección es (debe serlo) jurídica porque el Derecho, en el caso del juez, está por encima de otras alternativas válidas de solución, aunque, en el caso concreto, él pueda creer más en ellas que en el propio Derecho.

La segunda cuestión que, en apariencia, se desprende de la idea constitucional sobre la protección jurídica de la familia es que su defensa es permanente. Lo “jurídico” debe estar presente siempre en la protección de la familia, aun en las situaciones más difíciles y complejas.

Juez, acción de asegurar, vinculada a (y con función de refuerzo de) otra acción (la de proteger), lo jurídico (el Derecho), y la familia. Son los términos o las ideas esenciales de una norma supuestamente sencilla y casi sin importancia: el apartado primero del artículo 39, de la Constitución Española. Pero, ahora, la realidad de las cosas es distinta de la del 1978, y de la de hace unos pocas semanas o meses. Tener presentes esos términos o ideas esenciales puede no ser suficiente para resolver cómo ha de ser, en este momento, el papel del juez en la defensa de la familia. Sin embargo, esto no significa que sean intrascendentes, pues, en sí mismos, anticipan una solución a ese problema que debe, no obstante, complementarse con determinados principios.

LAS RAZONES DE UN “NAUFRAGIO”

La sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo español, de 10 de marzo del 2020, examinó un supuesto de naufragio de un buque. El caso, en síntesis, fue el siguiente: la empresa propietaria del barco reclamó a su compañía de seguros una indemnización al alegar que este se había hundido por causas desconocidas, mientras realizaba una campaña de pesca en aguas internacionales, a 500 millas de la costa de Cabo Verde. Sin embargo, el Tribunal Supremo comprobó lo que sigue: 1) el patrón del buque carecía de la titulación necesaria; 2) ante el aviso de una vía de agua que se expandía por el buque, no comprobó lo sucedido, no dio ninguna orden de cierre de las puertas estancas de

los diversos compartimentos del barco para garantizar su nivel de flotabilidad, ni aseguró que se hubieran cerrado; 3) tampoco hizo ningún intento o gestión para salvar el buque (no ordenó aligerar la carga a tales efectos); 4) "con subversión del orden natural de mando", actuó, en realidad, bajo las órdenes del jefe de máquinas, a autorizar el abandono del buque por indicación y juicio de este; y 5) el jefe de máquinas dejó abierta una de las puertas de la sala de máquinas, aun al saber que si se cerraban todas las puertas se creaba una reserva de flotabilidad del buque. El Tribunal Supremo concluyó que la falta de cualificación de la tripulación, de la que era consciente la entidad armadora del buque, fue la causa que determinó la producción del daño.

El "naufragio" del que hablo en este trabajo no se refiere a un suceso, puntual y catastrófico, sucedido en el mar. Alude, más bien, al desastre que afecta a una familia (o a sus miembros más vulnerables), que se evidencian en muchos países unos días después de la citada sentencia a consecuencia de una pandemia.

Es cierto que en numerosas ocasiones los asuntos que llegan a los juzgados y tribunales no son reflejo de un estado de "naufragio" de la familia. Sin embargo, también es verdad que los procedimientos contenciosos de Derecho de Familia, los de ejecución, y buena parte de aquellos en los que, en apariencia, no existe controversia como para iniciar esos procesos, comienzan como resultado del fracaso, la pérdida o el hundimiento de determinadas etapas de la vida (la vida matrimonial o en pareja, por ejemplo), o de estados personales (la condición de normalidad o estabilidad física o psíquica en las personas, o la correcta atención de las responsabilidades parentales). En todas esas circunstancias, es necesaria la actuación del Derecho y del juez (aunque ya sepamos que pueda no ser la única), no para el "salvamento" de esas etapas o estados, sino, al menos, para la defensa o protección jurídica de las personas o bienes más necesitados de estas

Es ahora, con la pandemia, más apremiante esa actuación, no solo por la gravedad de lo ocurrido estos últimos meses y porque es, en todo caso, una exigencia constitucional, sino porque, especialmente, la protección jurídica de la familia es un principio vinculado a todos los derechos fundamentales de las personas. Como afirmó el Tribunal Constitucional español, ese principio (y, en general, todos los principios rectores de la política social y económica) "constituyen elementos hermenéuticos de primer orden para delimitar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales (SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 3, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5)".

Las sociedades se enfrentan ahora a verdaderas realidades de crisis familiar reforzadas por la pandemia. La palabra "crisis" significa "cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados". Las situaciones de paz y armonía en la relación de pareja, de protección de un menor o de una persona con alguna deficiencia mental, de permanencia del menor en su entorno familiar, educativo y social, de suficiencia económica para atender todo lo indispensable para la atención de los hijos o de cumplimiento de las obligaciones familiares, son circunstancias que se oponen a otras en las que el juez ha de actuar por medio del Derecho: la ruptura matrimonial

o de pareja, el desamparo de un menor o de una persona con discapacidad, el traslado injustificado de un menor a otro lugar de residencia, la alteración sustancial de las condiciones económicas de los progenitores o el incumplimiento de sus obligaciones en relación con sus hijos, entre otras. En estas últimas situaciones objetivas, el Derecho puede proporcionar, ahora más que nunca, los instrumentos (procesales) y los fundamentos teóricos (materiales) para, al menos, disminuir el daño, el riesgo (o la certeza) del “naufragio” de la familia, y para lograr buenos “patrones” de conducta, de modo que sus protagonistas (singularmente, las personas mayores de edad saludables que asuman las responsabilidades parentales) no se vean sobrepasados por los acontecimientos vividos. Pero, a veces, el Derecho, por sí solo, no será suficiente para esto.

EL OBJETO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA

La familia y las personas

El artículo 39, de la Constitución Española del 1978, se refiere a la familia como objeto de protección por todos los poderes públicos (apartado 1). Se puede afirmar que en las sociedades modernas existen varias clases de familia, y que no es inadecuado aludir, mejor, a sus miembros, y a los vínculos, biológicos o afectivos, que les unen.

Pero el texto constitucional español no solo se refiere a “la familia”, en abstracto, como destinataria de la tutela que debe ser asegurada. Menciona, a continuación, específicamente, a “los hijos” (en su apartado 2), y, más en particular, a los “niños” (en su apartado 4). Sobre los primeros explica que son iguales ante la ley, con independencia de su filiación, y que merecen una “protección integral”, que también deben asegurar los poderes públicos. En relación con los segundos, se indica que gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. La norma, asimismo, se refiere a las “madres” (en el apartado 2), para preservarlas de toda discriminación por razón de su estado civil, y a “los padres” (a los padres y a las madres), para consagrar un deber típico inherente a la filiación: el deber de “prestar asistencia de todo orden” a los hijos, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; (así lo prevé el apartado 3 de la norma).`

Con esto, resulta que la familia (más bien sus miembros, en igualdad), los hijos (sobre todo, los menores de edad), las madres y, en general, los progenitores, son las personas que deben ser protegidas jurídicamente por el juez en todo momento, si así lo necesitan. Entre los miembros de la familia (o personas próximas a ellos), que también merecen protección, se incluyen; los “hermanos, los abuelos y otros parientes y allegados”, a quienes la legislación civil confiere el derecho a relacionarse con los hijos e hijas menores de edad (según el artículo 1602 del Código Civil español). Y en la familia también puede haber personas con discapacidad, a las que se refiere la Convención hecha en Nueva York, el 13 de

diciembre de 2006, personas que viven en muchas ocasiones apoyadas por los miembros del propio grupo familiar o por otras personas, a través de las cuales se debe asegurar su protección.

En el artículo 55, de la Constitución de la República Dominicana, también se alude a la familia en un sentido amplio (en el apartado 2), a la protección jurídica de las madres (la protección de la maternidad, según el apartado 6), a los hijos, iguales ante la ley (en el apartado 9), y a sus progenitores y sus deberes "de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas" (en el apartado 10). La norma reconoce especialmente a "los jóvenes" (en el apartado 13), a quienes define como "actores estratégicos en el desarrollo de la Nación". Todas estas personas deben ser, sin discusión, objeto de protección jurídica, especialmente en estos momentos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 18 de diciembre de 2000, recoge una norma similar a la prevista en nuestras constituciones acerca de la protección jurídica (y social y económica) de la familia, aunque con un sujeto tácito de naturaleza genérica (lo que incluye, sin duda, al titular del poder judicial): "Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social" (apartado 1, del artículo 33). La norma se inserta, en Capítulo (el IV: "Solidaridad") relacionado, más bien, con el Derecho Laboral, y que sigue a otro (el III: "Igualdad") en el que se reconocen específicamente los derechos de las personas menores de edad (artículo 24), los derechos de las "personas mayores" (artículo 25), y los de las "personas discapacitadas" (artículo 26), como si todas ellas merecieran la garantía de una protección jurídica (y social y económica) diferente de la que se predica, en general, de la familia.

El artículo 17, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, entre los días 7 al 22 de noviembre del 1969, tras definir "la familia" y decir que "debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (apartado 1), se refiere, como componentes de ella, a los "cónyuges" (apartado 4) y a los "hijos", a quienes "la Ley debe reconocer iguales derechos" (apartado 5).

Familia y desarrollo sostenible, a pesar de todo

A las personas antes citadas, que mencionan los textos constitucionales y de Derecho Internacional, de especial significación y cercanía, están indisolublemente unidas a las finalidades y a los objetivos que todos los poderes públicos (incluido el poder judicial) no pueden eludir. Me refiero, en concreto, como elementos de protección judicial relacionados con el Derecho de Familia, a los objetivos que se recogen en la Resolución 70/1, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con el título "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" y, en especial, al Objetivo número 16 y a las metas ligadas a él.

Durante esta época de pandemia y sus consecuencias, los llamados “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, no han dejado de estar en vigor. Así, el juez, allí donde desempeñe su función de protección jurídica de la familia, debe “promover sociedades pacíficas e inclusivas (...)”, y “facilitar el acceso a la justicia para todos”. Esto es lo que proclama el Objetivo número 16, para el desarrollo sostenible, que se ha de enlazar con las siguientes ideas: “estado de derecho” e “igualdad de acceso a la justicia para todos” (meta número 3 de ese Objetivo), y “libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales” (meta número 10).

El funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado (también el del poder judicial) no se puede interrumpir durante la vigencia del Derecho de excepción constitucional (durante los estados de alarma excepción y de sitio a los que se refiere, por ejemplo, el artículo 116 de la Constitución Española del 1978), y menos puede hacerlo después de que la aplicación de ese Derecho, excepcional, haya acabado. Por lo tanto, la regla debe ser la siguiente: la familia y, en concreto, las personas que la integran deben ser protegidas jurídicamente por jueces de un Estado de Derecho, aun en situaciones de pandemia y de sus consecuencias; jueces que faciliten con sus decisiones el acceso a la justicia para todos, con el fin de alcanzar la paz social, y que respeten plenamente sus derechos fundamentales.

Criterios de prioridad

Pero la pregunta que cabe hacerse ahora es si, dentro de esa materia concreta de conocimiento judicial, cabe establecer alguna regla de prioridad para proporcionar mayor protección jurídica. Las vistas y las comparecencias que no fueron celebradas durante la pandemia, la tramitación interrumpida de los procedimientos por su causa; así como los nuevos procedimientos originados por las consecuencias de esa desgracia determinan la necesidad de establecer esa prioridad.

En los asuntos relacionados con la familia, existe en el derecho español una regla legal de precedencia. El artículo 753, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 indica, en su apartado 3, con respecto a los juicios sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que “los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”, lo que reitera el artículo 779, de esa Ley, en relación con los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. También la llamada Ley de Jurisdicción Voluntaria, del 2015, prevé la aplicación supletoria de aquella regla (en su artículo 8).

El problema se plantea cuando sucede una especie de “paradoja de la prioridad “; es decir, cuando todos (o la mayoría) de los procesos que conoce el juez son de tramitación preferente, de modo que no es posible, con arreglo a la ley, tramitar y decidir unos antes que otros (más allá de la utilización del criterio temporal de la fecha de la presentación del escrito iniciador del juicio).

Para resolver esa paradoja, el juzgador deberá, ante todo, tomar conciencia de la necesidad de decidir el conflicto familiar definitivamente planteado ante él, es decir, no rehuir la decisión, aunque considere la viabilidad de formas alternativas (como la mediación) de solución del problema, y no permitir que esas formas (que no dejan de ser alternativas) difuminen la potestad jurisdiccional en el Estado de Derecho, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y, al final, el mandato constitucional de asegurar la protección jurídica (por el poder judicial) de la familia. Pero para esa decisión, en este tiempo, el juez debe utilizar algo más: buenos criterios de preferencia que ayuden a una solución pacífica del conflicto.

Algunos de esos criterios los ha apuntado el Tribunal Constitucional español cuando, por ejemplo, da prioridad al conflicto que revela la existencia de "un interés público evidente", invocando pautas de "razonabilidad y proporcionalidad" para evaluarlo (STC 185/2012, de 17 de octubre del 2012, citada en Pérez et al., 2018), cuando da preferencia a los asuntos que plantean una especial trascendencia constitucional (SSTC 182/2015, de 7 de septiembre del 2015, 22/2016, de 15 de febrero, 50/2016, de 14 de marzo, 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio del 2016), o cuando advierte que, al ponderar las "circunstancias de cada supuesto", está en juego verdaderamente un derecho "de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE)", junto con los derechos fundamentales de las personas (como el de la intimidad familiar del art. 18 de la Constitución Española), interpretados, de conformidad con los tratados internacionales sobre la misma materia (STC 46/2014, de 7 de abril del 2014, citada en Pérez et al., 2018).

Un criterio que sirve tanto para inspirar la prioridad en el conocimiento de un problema familiar como para asegurar, en cierto modo, la corrección de la decisión de ese asunto es el del respeto a los principios de la ética judicial durante el proceso. No me refiero, por ahora, a unos principios concretos (a unos más que a otros), pero sí a los que son los modelos, a los principios o virtudes que representan las exigencias nucleares del quehacer judicial universalmente demandadas. Con esto, cabe resolver también la cuestión acerca de cómo asegurar ahora la protección jurídica de la familia.

UN INTENTO POR DETERMINAR LA (MEJOR) MANERA DE ASEGURAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

En la nueva situación ocasionada por la pandemia, y sus consecuencias, el juez de familia se debe plantear cómo asegurar la protección jurídica de lo que es materia de su conocimiento. Para ello, cabe exponer tres hipótesis:

1ª. La protección jurídica debe continuar como hasta ahora

Esta primera hipótesis de solución al problema defiende el valor de un criterio de estabilidad. Es posible que, en los momentos más graves de la pandemia, el Derecho de excepción constitucional haya obligado a modificar hábitos, haya interrumpido el pleno disfrute de libertades, o haya limitado su integridad; pero el juez, se dirá, respetuoso con la Ley, debió en esos instantes y debe después (durante el tiempo en que los ciudadanos sufren las consecuencias del desastre) proporcionar la misma protección a la familia. En este caso, no se trata de una concepción de juez autocomplaciente con la función desempeñada. Por el contrario, este supuesto comprenderá la situación de todo juez que crea (y quizás los datos estadísticos del tribunal del que sea titular le respalden objetivamente) que ha cumplido y que cumple bien su tarea.

Las ventajas de participar de esta primera hipótesis son:

Generalmente, la aplicación de los criterios de coherencia, consistencia y continuidad permiten alcanzar la mejor solución a los problemas (en este caso, la protección jurídica de la familia, en tiempo de pandemia, y sus consecuencias). Así, el juez llegará a su tribunal cada mañana de trabajo y, tras despachar el tiempo de costumbre con el personal de la oficina, que le dará cuenta de los últimos asuntos repartidos y de las cuestiones de tramitación ordinaria, celebrará las vistas y las comparencias, conforme al turno preestablecido (a partir, justamente, del momento en que la actividad judicial quedó interrumpida por la pandemia). Seguidamente, y después del período de descanso rutinario, asegurará que los asuntos sean resueltos en el plazo habitual, no sin antes dar las órdenes oportunas para que la agenda de señalamientos del tribunal no sufra alteración.

Es verdad, se podrá considerar, que durante la pandemia se habrán originado situaciones familiares nuevas (nuevos pequeños o grandes “naufragios”); pero estas, se entenderá, eran ya previsibles antes de esa desgracia, pues es común opinión que los conflictos familiares no desaparecen por cualquier situación (y que, al contrario, se pueden agravar).

Lo lógico, se dirá honestamente el juez a sí mismo, es que una persona confíe en recibir una idéntica respuesta a sus problemas (de pareja, con sus hijos o en relación con las personas con discapacidad) que la que se proporcionaba antes de la pandemia, y ya procurará el abogado que le defienda apoyar esa solución aportando al juzgador, para que le sirva de argumento de (propia) autoridad, una resolución precedente suya sobre algún asunto similar. El juez también se dirá que él, incluso ya, deseó durante la pandemia continuar adelante con el trabajo previsto, que solo se interrumpió por una causa ajena a él (por la decisión de un órgano gubernativo o político).

En relación con lo anterior, otra ventaja de esta hipótesis es que satisface bien el principio de seguridad jurídica (en este caso, de protección segura de la familia). La seguridad jurídica es un principio general del derecho que concierne al juez defender, como responsable de su interpretación y aplicación. Dado que la seguridad jurídica significa certeza de las normas, previsibilidad, ningún juez podrá negar que estas son buenas razones para continuar con el desempeño de su función, de la misma manera que la ejercía antes de la pandemia, y sus consecuencias.

La Constitución Española del 1978 indica, en el apartado primero de su artículo 9, que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y, en el apartado tercero de esa norma, señala que garantiza la seguridad jurídica, entre otros principios. En consecuencia, el que el juez siga interpretando las normas, aplicándolas y decidiendo (en la tramitación de los asuntos o en su resolución final), como lo había hecho antes de la pandemia, estará fundamentado, se dirá, en la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Nada de extraño tendrá el que, por ejemplo, una decisión sobre la custodia de los hijos o sobre las relaciones paternofiliales o su modificación siga las mismas pautas (adaptadas a las circunstancias particulares del nuevo caso objeto de enjuiciamiento) de decisiones anteriores al inicio de la pandemia.

Frente a esta manera de actuar, reforzada por la idea de que la jurisprudencia no se podrá todavía haber pronunciado sobre el asunto a la luz de la nueva situación (para modificar o no su doctrina), no se podrá achacar al juez de esta hipótesis atisbo alguno de "algo cercano al activismo judicial", como reprochó el voto particular formulado por un magistrado al criterio mayoritario de la sala expresado en la STC 26/2011, de 14 de marzo del 2011. En ese supuesto, en el que el tribunal había utilizado por primera vez una categoría jurídica y exigía una peculiar ponderación, se criticaba la opinión de la mayoría de los magistrados porque su decisión suponía, a juicio del discrepante, hacer que un juez, con la nueva decisión a la que se le obligaba, tuviera que "intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, al tomar decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitar a un control externo de esas previsiones".

La decisión judicial será más rápida. No es que se equipare aquí, sin más, continuidad y eficacia. Lo que esta hipótesis del juez significa es que, al no introducir cambios significativos en sus decisiones, favorecerá que estas se dicten en un menor tiempo (y pueda dictar más).

Este juez motivará, por ejemplo, por qué atribuye a un progenitor y no a otro la facultad de decidir sobre un asunto conflictivo, o por qué no reduce el importe de una pensión de alimentos, fijado en un proceso anterior; pero, al hacerlo, como recogerá los modelos elaborados en anteriores ocasiones, continuará, tras adaptarlos a las circunstancias del caso, atendiendo a sus modelos de rendimiento óptimo, con lo que (así se entenderá) hará posible la resolución de un mayor número de casos, al moderar la acumulación de asuntos, producida por la interrupción de la actividad judicial durante la pandemia.

Las desventajas de esta primera hipótesis son las siguientes:

1. El primer inconveniente que existe, si se opta por el criterio de estabilidad, es de tipo ético.

Anteriormente, al referirme a los criterios de prioridad para decidir ahora los asuntos familiares, se ha aludido a los principios de la ética judicial. Pues bien, se puede entender que no responde al ideal del mejor juez posible, el que prescinde de la virtud de la equidad. El artículo 36 del Código Iberoamericano de Ética Judicial indica que “la exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables, surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”.

Así, difícilmente el juez concederá una adecuada protección jurídica a la familia si no modera en favor de esta, con la pandemia y sus consecuencias, los efectos desfavorables de la rígida aplicación de la ley. Se dirá, sin embargo, que la equidad aquí invocada es solo una virtud ética judicial, y que lo que reclaman las constituciones y los tratados internacionales es una protección “jurídica” (por el Derecho y a través de él) de la familia. Se opondrá también que solo en algunas ocasiones el Derecho permite que las decisiones judiciales se basen en la equidad (por ejemplo, el apartado segundo del artículo 3 del Código Civil español señala que “... las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”).

Sin embargo, no se podrá decir que el juez cumple bien su tarea si no tiene en cuenta ahora el principio de equidad en la aplicación de las normas que regulan, por ejemplo, el beneficio de justicia gratuita (para quien la demande para resolver un conflicto que sea consecuencia de la pandemia), o de las que reconocen, en su caso, a favor de alguno de los cónyuges una compensación tras la ruptura de su relación.

2. Se puede afirmar que con esta primera hipótesis se puede resentir el resultado de una de las operaciones de aplicación del Derecho: la ponderación.

Si el juez no diera suficiente peso a las consecuencias de la pandemia sobre las crisis familiares, difícilmente, en ocasiones, su decisión final del conflicto sería acertada. En este sentido, la STC 26/2011, de 14 de marzo del 2011, criticó que las resoluciones judiciales que habían sido impugnadas hubieran prescindido “de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma”, y la STC 46/2014, de 7 de abril del 2014, concluyó que la administración, o los órganos judiciales en vía de recurso, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar, junto al de protección social, económica y jurídica de la familia, debieron ponderar las “circunstancias de cada supuesto” y “tener en cuenta la gravedad de los hechos”.

Pero el juez de esta primera hipótesis podría oponer a todo esto que, con los criterios aplicados antes de la pandemia que continuara utilizando, ofrece razonamientos sensatos y respetuosos con los derechos y las obligaciones familiares, y que no se le puede reclamar otra justificación suficiente.

3. Un tercer inconveniente que cabe apuntar ante esta primera hipótesis consiste en que, con ella, se puede debilitar la función judicial de asegurar la máxima protección de las libertades fundamentales y el desarrollo de los valores constitucionales relacionados con el Derecho de Familia.

La defensa de esas libertades y de esos valores no es solo una actitud que se puede vincular a un principio ético-judicial (el de “conocimiento y capacitación”, pues el artículo 31, del Código Iberoamericano de Ética Judicial, señala que “el conocimiento y la capacitación de los jueces adquiere una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales”). También es una de las metas indiscutibles del Objetivo número 16, para el desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas.

Así, por ejemplo, difícilmente se podrían entender ahora decisiones judiciales como las siguientes:

En un procedimiento de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores en el que, durante la pandemia, la administración competente hubiera suspendido el régimen de visitas de los niños con sus padres: la decisión que, invocando un supuesto interés superior del menor, valorara este periodo de interrupción de la relación, en perjuicio del derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores, en el futuro, derecho reconocido en el art. 9.3, de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre del 1989.

En un procedimiento de modificación de medidas familiares iniciado ante la súbita reducción de ingresos económicos sufrida por un progenitor a consecuencia de la pandemia: la decisión que, en perjuicio de la igualdad de derechos que tiene ese progenitor con el otro, y sin la admisión de medios de prueba pertinentes, adujera razones para rechazar la alteración de la cuantía de la contribución del primero a los alimentos de sus hijos o para no alterar la frecuencia de su relación con los menores.

En un procedimiento para la ejecución forzosa del régimen de visitas fijado en una sentencia dictada en un proceso familiar: la decisión judicial que, al seguir los argumentos utilizados en casos similares ocurridos antes de la pandemia, y aunque con ese procedimiento se tratara, en cierto modo, de compensar a favor del progenitor separado de sus hijos el tiempo transcurrido durante ese hecho sin contacto con los menores, se retrasa la efectividad de la tutela, al posponer la resolución final del asunto hasta que las partes intentaran algún procedimiento de mediación.

La protección jurídica debe continuar como hasta ahora, pero con mejoras

En la situación de pandemia, y de sus consecuencias, cabe describir una segunda hipótesis acerca de cómo debe ser la protección jurídica de la familia, que asegure el juez. Esta segunda tesis tiene, como la anterior, aspectos positivos e inconvenientes. No llega a postular una “nueva” protección jurídica de la familia; pero tampoco se queda satisfecha con las soluciones que hasta ahora venía dando el juez a los conflictos familiares. Conviene empezar, en este caso, aludiendo a las desventajas de esta solución:

El primer problema que se puede plantear en esta hipótesis consiste en responder a lo siguiente: ¿cuáles son las mejoras que debe procurar el juez para asegurar la protección jurídica de la familia con la pandemia y sus consecuencias?

Cuando se redactan estas líneas, se acumulan en correos electrónicos, en las redes sociales o en aplicaciones de mensajería diversas propuestas de “planes de choque” frente a la desgracia ocasionada por la pandemia; propuestas todas ellas guiadas, seguramente, por los mejores propósitos; pero muchas veces, también, desconectadas de la realidad. Se trata de proyectos heterogéneos (ocasionalmente, unos confeccionados como respuesta a otros), que, en muchos supuestos, recopilan ideas que alguna vez fueron elaboradas (y no totalmente definidas) antes de la pandemia; pero que se quieren utilizar ahora para moderar sus efectos.

Es comprensible que todos los colectivos profesionales implicados no quieran perder su protagonismo en relación con las posibles mejoras de la actuación judicial; pero sería bueno no olvidar dos ideas esenciales: la primera, es que la misión de asegurar la protección jurídica de la familia se confiere constitucionalmente al Estado (a los poderes públicos, y, especialmente y por lo que aquí interesa, al poder judicial); la segunda idea básica, es que, cualquiera que sea la mejora que se quiera aplicar (ahora y en el futuro), solo sería plenamente viable si fuera el resultado de un consenso (quizás del “consenso fundado”, del que hablaba Habermas, y al que se refirió Alexy en su “Teoría de la Argumentación Jurídica”).

Una vez identificadas (y claramente definidas) las mejoras, puede surgir la dificultad de su común aplicación. Ese inconveniente no se identifica con una especie de rebeldía en la aplicación de la ley en algún aspecto. Se imagina, solo, como una discrepancia en su interpretación.

La controversia que surgió entre los juristas españoles acerca de las consecuencias para los hijos, de las limitaciones de la libertad de circulación de las personas durante el estado de alarma, es un reciente ejemplo de todo esto (aunque no se refiera, propiamente, a una “mejora”). Así, la norma (el artículo 7.1, apartados d) y e), del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) únicamente permitía circular por las vías o espacios de uso público para realizar actividades tasadas, que debían efectuarse individualmente, salvo que se acompañara a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada. Entre esas actividades, se encontraban el “retorno al lugar de residencia habitual” y la “asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”. En ese contexto, se planteaba cómo se podía interpretar la “actividad” de “acompañar” a los menores, cuando sus padres estaban judicialmente separados, para retornar “al lugar de residencia habitual”, si podía realizar esa actividad el progenitor que no tuviese la guarda del menor, y si lo podía hacer en caso de compartir la guarda con el otro progenitor. Se dio la circunstancia de que el órgano de gobierno de los jueces (el Consejo General del Poder Judicial) autorizó a las Juntas de Jueces de cada territorio a adoptar acuerdos que unificaran criterios sobre esta materia, de forma que sobre alguna de esas cuestiones llegaron a difundirse 44 criterios (algunos dispares).

Pero la uniforme aplicación de las reformas normativas y de las prácticas judiciales entraña, quizá, más dificultad que su propia interpretación. Los jueces están sometidos a la ley, pero también gozan de independencia. El artículo 117, de la

Constitución Española confiere a los jueces y a los magistrados integrantes del poder judicial la condición de ser “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Se objetará, no obstante, que independencia y sumisión a la ley no son incompatibles con el respeto a criterios unificados de aplicación e interpretación de la norma, y, más allá, con la mejora de estas. Y también se opondrá que, quizás por encima de las valoraciones o reparos individuales, una verdadera protección jurídica (de la familia) exige una práctica judicial mejor, respetuosa con los principios generalmente aceptados, como, por ejemplo, el de la prevalencia del interés superior del menor.

La hipótesis de continuar con la protección jurídica de la familia proporcionada hasta ahora, pero con algunas mejoras, puede presentar también un problema de suficiencia. Se hace referencia aquí, al supuesto de que esas mejoras, bienintencionadas, acaben en realidad por menoscabar derechos o principios hasta ahora considerados esenciales.

Un ejemplo de esto es el siguiente: Una de las propuestas que una asociación judicial efectuó al “plan de choque”, para reparar los efectos de la pandemia preparado por el órgano de gobierno de los jueces españoles, consistía en la “reducción de la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales”. Se defendía que en las resoluciones “basta con indicar los hechos acreditados y las normas/jurisprudencia de aplicación” (Asociación Judicial Francisco de Vitoria, 2020). Esa sugerencia, aunque se limitaba a los procedimientos de escasa cuantía o poca complejidad, y se justificaba porque era una medida aplicada “en otros países de nuestro entorno, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva”, ciertamente no respondía al contenido esencial de ese derecho fundamental (y, además, empleaba una expresión de contenido indeterminado: “poca complejidad”).

El fin de toda mejora debería ser profundizar en la protección jurídica hasta ahora otorgada (dar más y mejor protección, no reducir los contornos firmes de esta, pues, de lo contrario, el poder público no aseguraría esa protección). La mejora debería ser, en general, respetuosa con la Constitución, y, especialmente, debería facilitar el acceso a la justicia para todos, y no menoscabar las libertades fundamentales reconocidas por aquella y por los tratados internacionales. Asimismo, la mejora debería seguir una especie de secuencia lógica con la protección jurídica hasta ahora dispensada, sin alteraciones injustificadas.

Aunque en esta segunda hipótesis la protección jurídica de la familia debe continuar como hasta ahora; pero con mejoras, el juez no dejaría de respetar, en cierto modo, los criterios tradicionales de aplicación e interpretación de las normas, las orientaciones jurisprudenciales aún no modificadas y las prácticas asentadas.

La hipótesis de la defensa jurídica de la familia que realice el juez como hasta ahora, pero con mejoras, puede ofrecer algunos aspectos positivos, son los siguientes:

1. Hace algunos años, el profesor Atienza se refería a la prudencia como la virtud en la que se resumen, en cierto modo, todas las virtudes judiciales (Atienza, 1998). La prudencia entendida como "una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo", favorecida por la "facultad de la imaginación", en uno de cuyos aspectos (el moral) se sitúa, de un lado, como la capacidad de ponerse en el lugar de otra persona, y, del otro, como una aptitud para mantener cierta distancia en relación con las demás personas y las cosas. En este caso, toda mejora que se proponga para proteger a la familia por la pandemia y sus efectos arrancará de una realidad, desgraciada, que no será desconocida por el juez. Este no podrá dejar de ser sensible a esa realidad, para procurar hacerla mejor, porque ahora más que nunca habrá estado próximo a las situaciones personales, económicas y sociales vividas, se deberá, no obstante, y en el caso concreto, guardar cierta distancia respecto a ellas para resolver con imparcialidad. Las mejoras pueden contribuir, así, "al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional" en relación con la familia.
2. Esta segunda hipótesis de protección jurídica de la familia es útil para evitar las desventajas apuntadas a propósito de la primera, y para continuar satisfaciendo los beneficios propios de esta. Las mejoras consensuadas de esa protección, seguramente, darán resultados más equitativos, mejor ponderados, y respetuosos con las libertades fundamentales y el desarrollo de los valores constitucionales. También, consolidarán los buenos argumentos y los usos empleados antes de la pandemia.
3. Una tercera ventaja de esta segunda hipótesis, es la de adelantar y aproximar, quizás, una nueva protección jurídica de la familia. Con esta hipótesis se tratará de dar un paso más (forzado por los acontecimientos) en la perfecta defensa de la familia a través del Derecho. Esto presupone una cierta actitud del juez para aceptar las decisiones, políticas u orgánicas, que originen esas mejoras, aunque íntimamente no las comparta.

¿Hacia una nueva (y preferible) protección jurídica de la familia?

La modificación del escenario de protección

La pandemia y sus consecuencias han originado un profundo cambio en las sociedades. El juez no debe desconocer las nuevas realidades familiares (sociales y económicas). Aunque las figuras jurídicas sean las mismas (las medidas en caso de ruptura conyugal o de uniones familiares de hecho, los sistemas de apoyo de

las personas con discapacidad, la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, las propias de los procesos especiales de protección de menores, etc.); los hechos que las afectan han cambiado notablemente y en poco tiempo. Es cierto que las situaciones familiares tienen un carácter esencialmente dinámico; pero quizás ahora más que nunca sea necesario ajustar las normas, las decisiones y las actitudes a las nuevas circunstancias.

En las fechas en las que se redactan estas líneas, se habla frecuentemente de “reconstrucción” (“planes de reconstrucción”, “pactos de reconstrucción”, fondo europeo “para la reconstrucción”). La protección jurídica de la familia, por los intereses a los que se refiere (en particular, el superior interés del menor), requerirá también, y en cierta forma, una “reconstrucción” de sus normas, de las decisiones judiciales, a partir de las (nuevas) normas, y de las actitudes y de los comportamientos judiciales.

PARA LAS NUEVAS NORMAS Y DECISIONES JUDICIALES

A) Instituciones y jueces eficaces

Aún en las circunstancias actuales (o quizás precisamente por ellas), el juez, allí donde trabaje, debe ser parte comprometida con el Objetivo número 16, de los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” de la Organización de las Naciones Unidas, y sus metas específicas. En otro trabajo (Socorro, 2019), he entendido que la expresión “Objetivos de Desarrollo Sostenible” se puede comprender mejor, en un determinado contexto, si las palabras (en minúscula) que la forman se interpretan y aplican en sentido inverso a como se plasman en ella.

Así, en primer lugar, habría que atender a lo que es aquí lo “sostenible” (en general, algo o alguien único o escaso a quien se atribuye valor, un valor esencial afectado por riesgos ciertos, provocados por acciones u omisiones intencionales o negligentes, y necesitado de conservación, para garantizar que, de alguna forma, pase “de generación en generación”). Lo “sostenible” en la protección jurídica de la familia con la pandemia y sus consecuencias se concreta fácilmente, ante todo, en los derechos y en los principios constitucionales, y, desde el punto de vista de la ética judicial, se identifica con la noción de “buen juez”, es decir, con la idea de juez comprometido con la excelencia en la protección jurídica del núcleo familiar.

En segundo lugar, la idea de “desarrollo” se vincula con la noción de algo o alguien que se enfrenta a acciones u omisiones, justificadas o no, realizadas para atender necesidades de otras cosas o personas.

En la realidad familiar llamada a ser "reconstruida", la noción de "desarrollo" se podría concretar no solo en la creación, o refuerzo, de órganos jurisdiccionales, esenciales para esa "nueva" protección, sino también en la instauración de más actuales formas de organización de esos órganos, en la definitiva implantación de una nueva manera de relacionarse los tribunales con las personas (a través de las ventajas que las tecnologías ofrecen) o en originales prácticas judiciales, que mejor favorezcan los intereses de aquellas.

Por último, la idea de "objetivo", que hace alusión, en general, al propósito de hacer pervivir (de hacerlas "sostenibles") las cosas, derechos o personas (o las ideas acerca de lo que ellas deban ser), a las que se atribuye especial significación o valor, no se puede separar hoy de los conceptos de "sociedad phhacífica", "acceso a la justicia" e "instituciones eficaces", a los que, en particular, alude el Objetivo número 16, de los "Objetivos de Desarrollo Sostenible" de las Naciones Unidas. Entre estas instituciones, se incluyen los jueces y los tribunales en el Estado de Derecho.

B) Hipótesis global sobre cómo ser eficaces

El juez debe asegurar la protección jurídica de la familia, en un nuevo escenario. Para ello, quizás sea suficiente aunar las ventajas de la hipótesis descrita antes, en primer lugar, con los beneficios de la hipótesis enunciada en segundo lugar. Pero la gravedad de los acontecimientos determina que haya que tener en cuenta, en cierto modo, un mayor grado de compromiso.

El juez tendrá que decidir conflictos que quedaron pendientes de resolución cuando se decidió aplicar el derecho de excepción constitucional por causa de la pandemia. Se tratará, en muchas ocasiones, de asuntos controvertidos de larga duración, encallados desde entonces. También, deberá decidir nuevos conflictos: unos, ocultos antes de la aplicación de ese derecho excepcional y visibles precisamente con el final de su vigencia; otros, nacidos con toda su fuerza a consecuencia de la pandemia (conflictos, sobre todo, de trascendencia económica y de "recuperación de tiempos" de relación paterno o materno filial).

Para una nueva (y preferible) protección jurídica de la familia, por el juez (y para que su actuación ahora sea más eficaz), probablemente, será necesario su mayor compromiso con los principios de la ética judicial iberoamericana. Será preciso que ajuste mejor sus actitudes y comportamientos a ciertos modelos de conducta o prácticas que favorecen la excelencia en el quehacer judicial.

Actitudes y comportamientos judiciales

El Código Iberoamericano de Ética Judicial (llamado “Código Modelo”) fue aprobado en Santo Domingo (República Dominicana) con ocasión de la XIII Cumbre Judicial de Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y de los Consejos de la Judicatura de los Países Iberoamericanos, celebrada los días 21 y 22 de junio del 2006. Han pasado varios años desde entonces, pero se piensa que los principios incluidos en ese documento son ahora más actuales. Constituyen, en este momento, una referencia ineludible para salir del “naufragio” ocasionado por la pandemia, hecho añadido a muchos y singulares “naufragios” personales necesitados de respuesta desde el Derecho de Familia.

De todos los principios de la ética judicial iberoamericana que recoge el “Código Modelo” (o “Model(ic) o”, como se le ha llamado), son aún más importantes ahora los siguientes: la independencia, el conocimiento y la capacitación, la equidad, la cortesía, la prudencia y, sobre todo (y en el sentido que se dirá), la diligencia.

De la equidad y la prudencia se ha hablado antes. Para la defensa o protección jurídica de la familia, en estas circunstancias, el juez necesitará, también, actuar con independencia. Es posible que la pandemia, y sus consecuencias, determine (o agrave) situaciones apremiantes que muevan a factores ajenos al Derecho de Familia a procurar influir, real o aparentemente, de forma directa o indirecta, en los actos procesales del juez; pero este solo deberá aplicar e interpretar ese Derecho para tomar una decisión justa.

Asimismo, el poder judicial representado por la figura del juez del Derecho de Familia probablemente será mejor ahora si profundiza en el conocimiento y en la capacitación necesarias para, al aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías, resolver los asuntos sin exponer a las partes y a sus abogados al riesgo de contagio por acudir a las sedes judiciales para asistir a vistas o comparecencias (se piensa, por ejemplo, en la posibilidad de la presencia telemática de los intervinientes en esos actos, a la que se refiere, en España, el artículo 19.1, del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia).

Y la virtud de la cortesía, expresada no solo en una actitud tolerante ante las críticas que se puedan dirigir a sus decisiones; sino como modo de exteriorizar el respeto que debe a todos los que se relacionan con la Administración de Justicia, debe prevalecer ahora en el comportamiento del juez, aunque también deba venir acompañada, a veces, de una (fuerte) dosis de paciencia ante los comportamientos (justificados o no) de los que le critiquen o de quienes se relacionen con él en su trabajo durante la pandemia y sus consecuencias.

Pero la virtud judicial que se puede reclamar ahora, reforzada, para una nueva (y preferible) protección jurídica de la familia es la diligencia. He sostenido en otro trabajo (Socorro, 2019) que la actuación judicial con diligencia es, sobre todo, aquella que se lleva a cabo con celo, atención y cuidado (aún a costa del sacrificio que esto pueda suponer para quien la desempeña), y que la diligencia no es solo la dimensión temporal del quehacer judicial, pues el juez diligente no es únicamente el que resuelve, con la rapidez que las circunstancias del caso permitan, los asuntos que conozca; sino el que ama su profesión y, al hacerlo, pacifica los conflictos, protege con eficacia los derechos humanos, y favorece el control de su propia función para hacerla mejor. En esa tarea, compleja, se exige ahora un fuerte ajuste del comportamiento judicial que le acerque a lo mejor de lo jurídico, a la mejor defensa jurídica posible de la familia, en tiempo de pandemia, y sus consecuencias.

CONCLUSIONES

En este trabajo, se ha partido del artículo 39.1 de la Constitución Española del 1978 para preguntarme y tratar de responder, cómo debe ser hoy la función judicial de ofrecer protección jurídica a la familia. Para ello, desde la metáfora de un “naufragio”, he indicado los motivos de las crisis familiares y las razones que ahora las agravan (la pandemia y sus consecuencias). Seguidamente, se ha señalado el objeto de esa protección jurídica, y sostenido que la tarea judicial de proporcionarla no se puede desligar hoy, a pesar de todo, de los llamados “Objetivos de Desarrollo Sostenible” aprobados por la Organización de las Naciones Unidas (en concreto, del Objetivo número 16), y de ciertas reglas o criterios de prioridad.

En la respuesta al problema planteado, sobre la manera de asegurar ahora una mejor protección jurídica de la familia, he expuesto tres hipótesis. En relación con las dos primeras, se han detallado algunas ventajas o aspectos positivos junto a sus dificultades o inconvenientes. Situado en la tercera hipótesis, que es la que mantengo, se ha afirmado que no se puede obviar, en este momento, un nuevo escenario de protección jurídica, y que, en él, para las nuevas decisiones judiciales, es preciso que el juez atienda el Objetivo número 16 de los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” de las Naciones Unidas, como integrante de un poder público comprometido con su cumplimiento y, antes, con los deberes (o principios) constitucionales de protección de la familia. Asimismo, se ha tratado de defender que, en estos momentos de dificultad, la tarea judicial para la defensa de la familia exige ciertas actitudes y comportamientos inspirados (más) en ciertos principios éticos: la independencia, el conocimiento y la capacitación, la equidad, la cortesía, la prudencia, y, en especial, la diligencia.

El “naufragio” que afecta hoy a la familia, en general, y los pequeños o grandes “naufragios” individuales seguramente no se han producido, como en el asunto que resolvió el Tribunal Supremo español hace pocos meses, por las causas desconocidas que invocaba en ese caso la parte demandante. Quizás una de las mejores formas de que el juez asegure la defensa jurídica de la familia en tiempo de pandemia, y sus consecuencias, sea tener una mirada constante, “autoevaluadora”, a los principios que contiene el Código Iberoamericano de Ética Judicial que un día fue aprobado en Santo Domingo, República Dominicana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2010). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima. Palestra Editores.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2015, 25 de septiembre). *Resolución 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <http://www.un.org>.
- Asociación Judicial Francisco de Vitoria. (2020, 15 de abril). *Propuesta Plan de Choque para resolver los atascos derivados del estado de alarma por Covid-19*. <http://www.ajfv.es>.
- Atienza, M. (1998). Virtudes Judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de derecho. *Claves de la Razón Práctica*, núm. 86.
- Atienza, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 24, p. 686. <http://hdl.handle.net/10045/10227>
- Atienza, M. (2006). Un Código Modélico. *Revista de la asociación Jueces para la Democracia*. núm. 57, pp. 80-83.
- Constitución de la República Dominicana. (2015, 13 de junio). *Gaceta Oficial núm. 10805 del 10 de julio de 2015*.
- Constitución Española. (1978). *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2006). *Código Iberoamericano de Ética Judicial*. <http://www.poderjudicial.es>
- De la Sierra, S. (2020). Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, pp. 32-41.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020, 14 de marzo). Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 67, marzo de 2020. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>
- Jefatura del Estado. (2020, 29 de abril). Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 119, abril de 2020. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/04/28/16/con>
- Pérez, P., y Saiz, A., y Montesinos, C. (2018). *Comentario a la Constitución española de 1978*. Libro Homenaje a Luis López Guerra. Editorial Tirant Lo Blanch.

- Real Academia Española. (2018). Reproducción. En *Diccionario de la Lengua Española* (edición del tricentenario). <https://dle.rae.es>
- Socorro, J. C. (2019). El principio de diligencia en el Código Iberoamericano de Ética Judicial: más allá de la dimensión temporal del quehacer judicial. *Ética Judicial. Cuaderno* (9)16, núm. 1, enero-julio 2020, pp 7-46. Costa Rica: Secretaría Técnica de Ética y Valores.
- Tribunal Supremo, Sala Primera. (2020, 10 de marzo). *Sentencia 160/2020* (José Luis Seoane Spiegelberg M. P.). Roj: STS 777/2020 – ECLI:ES:TS:2020:777.

DISCAPACIDAD LABORAL: UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y DIGNIDAD HUMANA

Work disability: a matter of distributive justice and human dignity

Katerine Betty Muñoz Subía
katerinemu@yahoo.com

Corte Nacional de Justicia, Ecuador
<https://orcid.org/0000-0003-1320-5307>

Artículo de investigación
Recibido: 15 de abril 2020
Aprobado: 3 de julio 2020



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Vol. 2, No. 18, diciembre 2020
ISSN (Impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia>

Resumen

Dignidad y justicia son dos términos que no pueden ser conceptualizados de manera definitiva, son valores que se han incorporado a todos los ordenamientos constitucionales, convencionales y legales, como sustento de los derechos humanos, respecto de los cuales la sociedad en general reconoce y exige su protección. El hombre es un fin en sí mismo, y por ello, mediante la justicia y la dignidad se procura el goce efectivo del derecho del trabajo de las personas en situación de discapacidad, con el fin de que alcancen su realización personal.

Palabras clave

Derechos fundamentales; dignidad humana; discapacidad; justicia.

Abstract

Dignity and justice are two terms that cannot be definitively conceptualized; there are values that have been incorporated into all constitutional, conventional and legal systems, as the basis of human rights, with respect to which society in general recognizes and demands their protection. Man is an end in himself, and therefore, through justice and dignity, the effective enjoyment of the right to work of people with disabilities, is sought in order for them to achieve their personal fulfillment.

Keywords

Fundamental rights; human dignity; disability; justice.

Introducción

La mayoría de los países en Latinoamérica han evidenciado la positivización de los derechos humanos en sus cartas constitucionales y, en relación con esta realidad, el ordenamiento jurídico ha buscado ajustarse, lo que ha desembocado en la suscripción de tratados internacionales, expedición de nuevas leyes y reformas legales, para, entre otros fines, proteger los derechos de grupos vulnerables, entre los que se encuentran las personas con condición discapacitante.

Por tal motivo, el más alto deber del Estado se traduce en la obligación de garantizar su pleno ejercicio, en tanto que la normativa jurídica se sostiene en la contextura de ciertas concepciones como la dignidad humana, que permiten situar al ser humano como la piedra angular de la actividad estatal.

Lo anterior guarda relación con lo propuesto por las teorías de los autores contractualistas, como Thomas

Hobbes, Jean Jacques Rousseau y John Locke, en virtud de las cuales se pensó que el Estado es una construcción social creada por los individuos de la especie humana, con la finalidad de procurarse el bien común y, en este contexto, los ciudadanos ceden parte de sus libertades a una autoridad central, para que las ejerza en su representación.

Por otra parte, la justicia distributiva, que para Aristóteles (1985), en *Ética a Nicómaco*, es una de las formas de justicia particular, porque es una justicia proporcionalmente desigual, en razón de que la proporcionalidad de la justicia distributiva es geométrica, al contrario de lo que ocurre con la justicia conmutativa cuya correspondencia es aritmética, ubica la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad, a la forma de combatir la injusticia desde la percepción del hombre que tiene derecho sobre otro y que ejerce su poder sin consecuencias, y de los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad humana.

Cómo citar:

Muñoz Subía, K. (2020). Discapacidad laboral: una cuestión de justicia distributiva y dignidad humana. *Revista Saber y Justicia*, 2(18), 45-62. <https://saberyjusticia.edu.do>

PROTECCIÓN ESTATAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO

El Estado, en general, se cimenta en el pacto mediante el cual los hombres ceden sus libertades para ser representados por una entidad central; teoría conocida como contractualismo, que usa la figura del contrato social para explicar el origen de la comunidad política, que tiene como principales exponentes a:

Thomas Hobbes (1651), quien en su obra *Leviatán* manifiesta que los hombres son iguales por naturaleza, que nadie nace prudente, sino que la experiencia es lo que le da prudencia; y pone de relieve el menosprecio del hombre al otro y su consideración como superior, produciéndose la divergencia que es la competencia, situación que si no es controlada (a su entender) puede llevar a los hombres a un estado de guerra de todos contra todos. No obstante, indica que el miedo a la muerte y querer vivir con seguridad, permite que los hombres pacten entre ellos. Por ende, el Estado o República es el resultado de dicho pacto, al que el autor denomina Leviatán, un monstruo que ejerce violencia sobre aquel que lo vulnera. Nótese que el acuerdo no nace de fines sociales, sino individuales. Es, precisamente, la concesión de ese poder al Estado, que lo encarna el rey o su representante, el que lo obliga para que defienda al individuo de aquel que rompa el contrato.

John Locke (1689), en su *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, indica que los hombres son libres por naturaleza, iguales, y no pueden estar sometidos unos a otros porque el sumiso se convierte en esclavo. La única manera en que el hombre puede desasirse de su libertad es por la existencia de un poder político, mediante un acuerdo con otros hombres para vivir confortablemente, con paz y seguridad

Jean Jacques Rousseau (1762), en su libro *Contrato Social*, determina que el hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado; e indica que la primera sociedad es la familia, porque aun cuando no siempre los hijos estén unidos a su padre necesitan de él para conservarse. El Estado surge de un pacto entre hombres, cuando la mayoría de ellos (soberano) (aunque dicha mayoría pueda estar equivocada) se pone de acuerdo para elegir un representante, que le permita hacer suyas las acciones de la Asamblea, sometiéndose a las leyes que le sean impuestas a fin de mantener la armonía.

Los filósofos ilustrados reprochaban las teorías anteriores y ponían en duda la estructura del antiguo régimen. Uno de los exponentes de esta época es Montesquieu (1749), quien con su obra *El espíritu de las leyes*, evoca la división de poderes: en ejecutivo, legislativo y judicial; y estamos frente al Estado de derecho, situación que ya había sido preanunciada por Locke:

...cuyo concepto permite condensar y fijar esta visión: dotado de una fuerte influencia evocadora, comprende, a los ojos de los filósofos, la imagen de un Estado que se somete a la ley, organiza la sociedad en un marco jurídico y protege los derechos del hombre; el Estado de derecho es el "antiLeviatán", en el cual la potestad del Estado está vinculada por la exigencia del respeto a los derechos del individuo (Chevallier, 2015, p. 171).

Posteriormente, aparece el Estado Social de Derecho, que, además de los principios del Estado de Derecho, añade la justicia social y la dignidad humana, como un acercamiento del estado a la sociedad, en su pretensión de luchar contra las desigualdades que sufren los individuos; por lo tanto, pretende la correcta distribución de la riqueza, un Estado más justo, fortalecer los servicios públicos, salud, educación, entre otros.

En este contexto, el derecho fundamental al trabajo es uno de los más importantes, conceptualizado desde la dignidad humana (derecho del individuo como ser humano a ser considerado un ser social con características propias) y no desde la concepción mercantilista (el hombre como medio de producción y generación de riqueza) al entender el trabajo como instrumento por medio del cual la persona alcanza su potencial para solventar sus necesidades vitales y familiares, y que contribuye al desarrollo económico de su país. El trabajo al ser considerado un derecho fundamental, cuya protección implica la garantía de otros derechos como la seguridad social, la estabilidad laboral, un salario digno, una jornada máxima de trabajo y el derecho a la asociación de trabajadores, apareja que el desmedro de alguno de ellos trae consecuencias de orden legal que se plasman, por lo general, en resarcimientos de carácter económico.

El derecho del trabajo permite que sea posible pactar en virtud de la libertad de contratación y, en este sentido, el empleador puede llegar a establecer convenciones individuales con cada empleado; sin embargo, está impedido al patrono obligar al trabajador a suscribir estipulaciones que contengan renuncia de derechos. Además, el límite está dado en virtud de que no puede existir diferencia de trato entre los trabajadores, de acuerdo a su cargo, a igual trabajo igual remuneración; tampoco en razón del sexo, ni ningún otro parámetro que constituya desigualdad injustificada.

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

Todos los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones respecto a la igualdad, y los estados han adaptado su ordenamiento jurídico interno para que se haga efectiva. La igualdad es un derecho libertador dentro de la sociedad; la excepción es la desigualdad que a *prima facie* se entendería no debería tener cabida alguna en el conglomerado social.

Para Bonaventura De Sousa Santos (2010), existen dos variantes opositoras a la igualdad: la desigualdad y la exclusión; y en correspondencia al contrato laboral, en el que se vislumbra la sobre posición del capital frente al trabajo (a pesar de que se considera que el convenio es celebrado entre dos partes iguales), manifiesta que el extremo de la desigualdad es la esclavitud y de la exclusión es el exterminio. El autor apunta además que el sistema socialista busca la igualdad y la inclusión, obviamente deja entrever su simpatía hacia el socialismo; sin embargo, para aplacar los efectos de la desigualdad, los países capitalistas, en general, han tomado una serie de medidas para combatirla y alcanzar la ansiada igualdad material.

Podría parecer que el autor citado no está tan alejado de la verdad, en tanto que la desigualdad se verifica, por ejemplo, cuando el empleador se opone a contratar individuos de grupos vulnerables, en el caso de estudio, personas con condición discapacitante, puesto que piensa que es más productivo contratar a un individuo con todas sus capacidades físicas, sensoriales e intelectuales que a quien está falto de una o más de ellas.

Por su parte, Roberto Saba (2010), en su estudio *(Des)igualdad estructural*, afirma que existen dos concepciones de igualdad: la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento. La primera tiene como categorías no razonables aquellas que no podrían superar el test de razonabilidad, como, por ejemplo; la edad, el sexo, la estatura, la nacionalidad, la apariencia exterior, convicciones morales, entre otros.

La segunda concepción, igualdad por no sometimiento, sería aquella que emplea categorías sospechosas en relación con personas que por su pertenencia a ciertos grupos que históricamente han sido discriminados, por ejemplo; no ser contratada por pertenecer al sexo femenino o por tener discapacidad y de esta manera propagar la situación de inferioridad de las mujeres o de los discapacitados.

Una de las razones por la que esta distinción entre tipos de categorías sospechosas es sumamente relevante, es justamente porque en algunos casos las categorías sospechosas, fundadas en el principio

de igualdad como no sometimiento, resultan contradictorias con las categorías sospechosas que se fundan en la igualdad como no discriminación (Saba, 2010, p. 89).

En este contexto, por vía de hipótesis, si una compañía contrata solo mujeres, desde la igualdad por no discriminación, el sexo no debería ser un parámetro para la contratación, en virtud del principio de igualdad primigeniamente entendido; no obstante, desde la igualdad por no sometimiento, al haber sido la mujer tradicionalmente puesta en estado de inferioridad por su sexo, desde esta perspectiva, el no contratar hombres no sería un parámetro ilegal, ni desigual.

Carlos Bernal Pulido expone, además, que existe un deber por parte del Estado en que las ventajas y desventajas deben ser distribuidas equitativamente, bajo cuatro mandatos:

1. Trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, 2. Trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común, 3. Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), 4. Trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) (Bernal, 2010, p. 452).

En este sentido, el Estado consigue dar un trato diferente a las personas fundado en un criterio de razonabilidad (Carlos Bernal Pulido) o de funcionalidad (Roberto Saba) para alcanzar la igualdad.

En conclusión, Roberto Gargarella acierta al afirmar: “La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y la democracia”, quien al manifestar este pensamiento se remonta a lo que sobre la igualdad manifiesta Ronald Dworkin (1989): “...los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto...” (2005, p. 272).

Este último autor, en su obra *Los derechos en serio*, cuestiona ¿por qué no tratar igual a personas de grupos minoritarios que tienen las mismas capacidades? no será que el darles privilegios ahonda en la discriminación y les causa más daño. Más adelante reflexiona que en relación con la igualdad existen dos clases de derechos: el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado igual. Y la respuesta a la cuestión planteada la encontramos en el primer derecho. El derecho a igual tratamiento a los individuos busca atender las condiciones en particular y un equilibrio para que los involucrados puedan alcanzar la igualdad (cargas, méritos, etc.). El derecho a ser tratado igual no comporta estimar una condición particular, es dar o negar lo que corresponda a cada uno sin consideración alguna.

La discriminación de las personas con diversidad disfuncional surge del cotejo entre las personas con capacidades “normales” y las que “no las poseen”. De esta manera, la discriminación laboral directa, se da cuando una persona es tratada por su empleador de forma diferente por razones de su discapacidad, como no tomarla en cuenta para una labor que puede ejecutar porque tiene un impedimento físico o intelectual; en tanto que la discapacidad laboral indirecta, tiene lugar cuando la discriminación no es efectuada de manera intencional; un supuesto podría ser, por vía de hipótesis, que el edificio donde funciona la empresa en la que labora la persona con discapacidad no cuente con los accesos adecuados para su movilización; este entorno la colocaría en una situación de desventaja frente a los demás.

La discriminación laboral además es múltiple; se puede presentar al momento de acceder al empleo, durante el trabajo o después de concluido el contrato laboral. Considérese que las discapacidades son de nacimiento, a causa de accidentes, enfermedades, por el avance de la edad, y son físicas o intelectuales. La igualdad y la no discriminación van de la mano y, por lo tanto, se busca alcanzar la igualdad formal y material. La no discriminación garantiza que las personas con discapacidad no se vean afectadas por su situación y se propone buscar condiciones más favorables que les permitan alcanzar la igualdad material.

En consecuencia, las personas somos iguales y la igualdad debe estar reflejada y observada a lo largo de la vida, por lo que el trato diferente debe ser justificado. Al no existir categorías de los derechos, la democracia constitucional abarca a todos ellos, y los juzgadores dentro de este marco procuran hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y principalmente de los grupos de atención prioritaria, como las personas en situación discapacitante, siempre y cuando la decisión procure la justicia y no la relevancia política.

Estos antecedentes resultan importantes a la hora de analizar el problema de la discapacidad, y sus efectos en el ámbito laboral, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde ya, ese conjunto de normas jurídicas y políticas internacionales ha posibilitado alcanzar la igualdad y combatir la discriminación, en todas sus formas. En efecto, al identificarse el ser humano como parte de una nación y de la humanidad, ha ocurrido que el Estado que lo representa busque aliarse con el resto de los países y encuentre alternativas comunes de convivencia común, y más allá de ello, normas jurídicas que logren de algún modo garantizarlas, de ahí la suscripción de tratados internacionales. En relación con las personas con condición discapacitante, el instrumento internacional más importante del siglo XXI es la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que constituye el punto de referencia para que los países suscriptores adapten su Ley Fundamental o normativa secundaria a los principios emanados de este instrumento internacional, cuyo objetivo es que todas las personas en situación de discapacidad gocen de los derechos humanos en condiciones de igualdad frente al resto de personas, para lo cual además, contempla la forma de aplicación de las categorías de los derechos en resguardo de este grupo de atención prioritaria, así como los medios para exigir, proteger y reforzar el reconocimiento de tales derechos.

La Organización de Naciones Unidas (2020), ha mencionado: “Se calcula que hay actualmente, en el mundo, 650 millones de personas que viven con discapacidad. Si se incluye a los miembros de sus familias, el número de personas directamente afectadas por la discapacidad asciende a alrededor de 2.000 millones, casi un tercio de la población mundial”; de ahí, el sustento para procurar que las personas en situación de discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones al mercado económico, en pos de alcanzar beneficios que les asegure una vida digna, y también contribuir en el desarrollo de sus naciones. Esto evidencia una idea del problema que representa la discapacidad en el mundo actual, y las respuestas jurídicas que se deben utilizar, las que tendrán que ser justas y respetuosas de la dignidad de las personas y equivalentes en razón de la aplicación de la justicia distributiva.

En este contexto, los tratados internacionales de derechos humanos han incluido y promovido los derechos humanos correspondientes a las personas en situación de discapacidad, con el fin de procurar que el trato que se les otorgue les permita alcanzar la igualdad que debe existir en los individuos, independientemente de su condición. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito laboral, se han efectivizado mediante el otorgamiento de garantías especiales desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos, y a partir de la inclusión de sus normas en las legislaciones nacionales, lo que ha supuesto una evolución al respecto en el ordenamiento interno de los países suscriptores.

Ha sido apropiada la adopción de convenios internacionales que sirvan para integrar a las personas con discapacidad al ámbito laboral, como: la Declaración del Retrasado Mental y la Declaración de los Derechos de los Impedidos, adoptados por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas; la primera, el 20 de diciembre del 1971 y la segunda el 9 de diciembre del 1975.

En 1976, la ONU proclama el Año Internacional de los Impedidos, con el tema: “Participación e igualdad plenas”, en razón de lo cual se aprueba el “Programa de acción mundial para los impedidos”, y con objeto de poner en acción este programa, la Asamblea General, del 3 de diciembre del 1982, declara al período 1983-1992 como el “Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos”, que tuvo como resultado que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptara la Observación General No. 5, que respecto a los derechos de las personas con discapacidad al trabajo, luego de los estudios realizados llegara a la conclusión de que solamente pueden acceder a plazas de empleo donde les pagan remuneraciones muy bajas, por lo que llama la atención de los estados para impedir esta forma de explotación; asimismo, exhorta a que las personas con discapacidad puedan acceder a trabajos en condiciones físicas adecuadas, que permitan su desenvolvimiento, sin obstáculos; y, solicita que se garantice su libertad de asociación.

Posteriormente, la Organización Internacional del Trabajo, emitió el Convenio No. 159, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, que entró en vigor el 20 de junio del 1985. La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de marzo del 1994, dictó las Normas Uniformes sobre la Igualdad de

oportunidades para las personas con discapacidad. La Organización de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La Organización de Naciones Unidas, en la Observación General No. 5, empezó a utilizar el vocablo “personas con discapacidad” y de esta manera lo tratan la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Es necesario referir que la palabra discapacidad etimológicamente tiene su origen en tres raíces latinas, *dis* que significa divergencia, *capere*, que quiere decir tomar; y, *dad*, que se traduce como cualidad; en la actualidad, socialmente no se utiliza el término discapacidad, minusválido o impedido, más bien se ha optado por hablar de personas con capacidades especiales o con diversidad funcional.

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y LA DISCAPACIDAD

La justicia es un principio fundamental del Estado, de ahí que sea uno de los principales elementos del discurso político y de defensa de los derechos humanos.

Kelsen en su ensayo *¿Qué es la justicia?*, manifiesta:

Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que esta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa, ni tantas lágrimas amargas, como por esta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres desde Platón a Kant. Y, sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva, sino tan solo procurar la mejor (2014, p. 4).

Frente a esta cuestión, el punto de vista de Kelsen es una visión completamente escéptica y relativista, en torno a la idea de justicia. En el *Diálogo*, de Platón, (2005), entre Eutifrón y Sócrates, advierte que hay un concepto objetivo de justicia respecto del cual nadie puede dudar, por ejemplo, apropiarse de un bien ajeno para toda la sociedad es injusto e inmoral, lo que difiere es la forma en la cual se sanciona el acto. La afirmación de Kelsen es inconsistente; la justicia es un elemento no posible sino necesario en la sociedad. En efecto, sin justicia la sociedad no se podría mantener. Ciertamente, una cosa es que la justicia sea relativa en un caso concreto y otra cosa es sostener, como lo hace Kelsen, una concepción relativista, porque no se puede dar justicia si no existe un acuerdo mínimo entre los miembros de una sociedad. Compréndase que no es posible que subsista una sociedad que no cree en la justicia.

Desde la sugerencia platónica, Aristóteles (1985) considera a la justicia como una virtud (*areté*); justo es el hombre que se conduce virtuosamente consigo mismo y hacia los demás; injusto aquel que no se dirige de manera virtuosa hacia otros, o si bien era virtuoso para sí mismo, no con respecto a sus semejantes. La justicia, para este autor, es la virtud en su totalidad y la injusticia el vicio en su conjunto. Esta apreciación del estagirita es complaciente para este artículo, en tanto se pretende que la aplicación del ordenamiento jurídico y el comportamiento de la sociedad, en general, sean virtuosos y no injustos con los trabajadores, especialmente, con aquellos que se encuentran en situación discapacitante.

Aristóteles advierte diferentes formas de justicia desde el punto de vista de lo injusto. Es injusto aquel que no cumple la ley, tanto como el que infringe la igualdad al exigir más bienes de los que le corresponde. La primera situación se refiere a la justicia general o legal (*iustitia generalis o legalis*) y la segunda a la justicia particular (*iustitia particularis*).

En la justicia general o legal:

...se encuentran comprendidas todas las virtudes solo en tanto que su ejercicio se ordena también al bien del prójimo y de la comunidad. La ley (por eso recibe esta justicia universal el nombre de legal) ordena, entre otros, actos de fortaleza y de templanza para mantener el orden y la seguridad en la Ciudad; y el ciudadano que los ejecuta está, por ello mismo, realizando no solo su perfección interna, sino contribuyendo al bien de la Ciudad (Portela, 2017, p. 23).

La ley es el medio por el cual los seres humanos como parte de una comunidad y como ciudadanos de manera individual, se organizan, y al deber sujetarse a ella; entonces, es mejor una ley que ordene, permita y prohíba, al gobierno exclusivo de un ciudadano sin rendir cuentas a ninguna autoridad; de esto último se puede entender que los gobernantes son los vigilantes del efectivo cumplimiento de la ley, como lo sostiene Aristóteles:

...es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos, y en virtud de la misma razón, aun en el caso de que sea mejor que gobiernen varios, estos deben ser instituidos como guardianes y servidores de las leyes, pues es forzoso que haya magistrados; pero se afirma que no debe ser uno solo, al menos cuando todos son iguales (...) Por tanto, el que, defiende el gobierno de la ley y defiende el gobierno de un hombre, añade un elemento animal, pues no obra otra cosa que el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres. La ley es, por consiguiente, razón sin apetito (2017, Libro III, 16, 1128a).

En tal contexto, es deber del Estado el expedir normas que procuren la realización de la justicia entre sus miembros y dosificar los bienes o méritos para "dar a cada cual lo que le corresponde". (Pieper, 2017, pp. 146,147). Además, que la

aproximación entre justicia y ley se identifica desde que toda ley es justa; sin embargo, su aplicación sin razón no asegura que necesariamente se haga justicia. Así, los escenarios que encierran la norma frente a la situación fáctica se deben adecuar en el derrotero que más favorezca a la equidad.

El positivismo jurídico, al defender el principio de legalidad, contempla que una norma por el solo hecho de constar dentro del ordenamiento jurídico está a disposición del juzgador para ser aplicada; y si bien las constituciones modernas prevén que cuando la norma no se adecua a la Carta Suprema o a los tratados internacionales de derechos humanos, no debe ser aplicada (cuestionando su validez), se debe procurar una interpretación conforme con la Constitución o convención internacional de ser el caso, al procurarse que no se acuse al juez de incurrir en arbitrariedad, y no cuestionar *prima facie* la constitucionalidad de toda norma jurídica.

Aristóteles (1985) ya había establecido que con el fin de alcanzar la igualdad (al no estar las partes en las mismas condiciones, se debe otorgar a una más de lo que le corresponde a la otra para una correcta distribución y llegar al medio entre dos extremos vicios uno por defecto y otro por exceso) se debe alcanzar una media justificada, es decir, justicia a la que el estagirita denominaba en específico justicia particular. “Ahora bien, ¿cómo se determina el medio en este tipo de justicia?” (Portela, 2017, p. 30); de acuerdo a la dignidad.

Santo Tomás de Aquino, sobre las formas de justicia, ha establecido que:

La justicia particular recibe este apelativo, porque se refiere a aquellas acciones exteriores que se terminan, ajustándose, en la persona particular. Las acciones de este género pueden ser dobles, según provengan de otra persona, asimismo, particular o provengan de la sociedad como un todo. En el primer caso, tenemos la justicia conmutativa; en el segundo, la distributiva. (...) La distributiva se ocupa de repartir entre los particulares los bienes de la comunidad, del todo social, mientras la conmutativa atiende a los intercambios que acontecen entre dos personas (1990, Parte II-II, q.61 a.3).

Por lo tanto, la justicia particular se orienta a las compensaciones que se otorgan entre los miembros de una sociedad. Es una especie de la justicia general o legal solo que su ámbito de impacto es limitado. En la justicia particular se diferencian dos clases de justicia: la justicia distributiva y la justicia conmutativa.

La justicia distributiva es el repartimiento de bienes, cargos, honores, mediante una proporción “geométrica” para alcanzar la igualdad; mientras que la justicia conmutativa es el intercambio voluntario, existe un daño y una reparación; por eso se le conoce también con el nombre de correctiva, no se opone a la igualdad, sino que verifica la compensación mediante una fórmula “aritmética”.

La justicia conmutativa es aplicada en virtud de una correspondencia semejante; la distributiva es empleada en relación con los méritos que deben ser repartidos, es decir, se está frente a la proporcionalidad, que Aristóteles la ejemplifica de la siguiente manera: para la justicia conmutativa, 2 personas, 2 bienes; si la equivalencia es la misma les corresponde a cada una un bien, fórmula aritmética: $1+1= 2$; sin embargo, si sus méritos son desiguales, para ser justos lo que se recibe debe ser en función a esa desigualdad; si el primer individuo tiene más méritos que el segundo, el primero podría recibir el doble, fórmula geométrica: $x*2=2x$.

Para ilustrar lo que interesa a la justicia distributiva (objeto de estudio) a manera de ejemplo, la enseñanza de Jesús descrita en el libro de Marcos 12: 41- 44 plantea:

Jesús estaba una vez sentado frente a los cofres de las ofrendas, mirando cómo la gente echaba dinero en ellos. Muchos ricos echaban mucho dinero. En esto llegó una viuda pobre, y echó en uno de los cofres dos moneditas de cobre, de muy poco valor. Entonces, Jesús llamó a sus discípulos, y les dijo: Les aseguro que esta viuda pobre ha dado más que todos los otros que echan dinero en los cofres; pues todos dan de lo que les sobra, pero ella, en su pobreza, ha dado todo lo que tenía para vivir.

La ofrenda de la viuda seguramente no tuvo importancia para los feligreses ni aun para los discípulos; sin embargo, para “el Salvador”, la acción no pasó desapercibida, y las monedas entregadas fueron consideradas superiores a todos los donativos recibidos; en tanto la condición “particular” de la viuda, que dio todo lo que tenía, a pesar de no estar obligada.

A partir de la parábola referida, supóngase que un hombre rico puso dos monedas y la viuda dos monedas: si se aplica la justicia conmutativa, los dos están en igualdad de condiciones porque no existe diferencia de personas; sin embargo, para la justicia distributiva la viuda tuvo mayor mérito y por ende digna de mayor reconocimiento.

En cuanto al derecho al trabajo, si se compara una persona con capacidades físicas e intelectuales completas frente a una persona con capacidades disminuidas, que realizan la misma labor, no hay duda que el trabajador en situación de discapacidad tiene mayor mérito porque la entrega de su labor le significa mayor desgaste físico o intelectual, por lo tanto, para alcanzar la igualdad, su trabajo debería ser recompensado de manera proporcional, como, por ejemplo, con una jornada menor. Es que, al ser geométrica, la justicia distributiva, es proporcionalmente desigual.

En consecuencia, los trabajadores en condición discapacitante obtienen beneficios en relación con el resto de los trabajadores que no se encuentran en tal situación, y en nombre de la justicia distributiva se les aplican las acciones afirmativas para el acceso al empleo, la estabilidad laboral reforzada, la interpretación uniforme, la progresión de derechos, la reparación integral, en caso de vulneración de derechos, entre otros aspectos de carácter económico, moral y jurídico.

Ecuador prevé, en el artículo 42.33 del Código del Trabajo, que el empleador público y privado que cuente con mínimo de veinticinco trabajadores estará obligado a contratar al menos una persona con discapacidad, es decir, el cuatro por ciento del total de los trabajadores. Costa Rica, en la Ley de Inclusión y Protección Laboral de las personas con discapacidad en el sector público, prescribe que en las ofertas de empleo público de los Poderes del Estado se reservará cuando menos un porcentaje del cinco por ciento de las vacantes para que sean cubiertas por las personas con discapacidad.

Por su parte, sobre la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia T-996/10, ha sostenido que, en el marco de las relaciones de trabajo, la protección especial a quienes, por su condición física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión, implica la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad reforzada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Furlán y familiares vs. Argentina (párrafo 134) se ha pronunciado en el sentido de que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales, cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

En este sentido, es obligación de los estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad, por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es obligación de los estados promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

Las políticas públicas de los países han procurado adecuarse para asegurar la protección a este grupo vulnerable y han conllevado a que se suscriban convenios internacionales que reconocen los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad; la normativa constitucional y legal se ha acoplado a los principios consagrados en convenciones internacionales de derechos humanos sobre la garantía de los derechos de los grupos de atención prioritaria y ha permitido que la justicia distributiva sea más evidente que en el siglo anterior.

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA DIGNIDAD

“Tratar a nuestros semejantes humanamente es el secreto de la buena vida” (Savater, 2004, p. 155); es reconocer su dignidad. Ponerse en lugar del otro es una forma de entender cuáles son sus necesidades y, por ende, sus derechos, y es en este marco que los ordenamientos jurídicos han buscado considerar los mayores escenarios fácticos posibles para regularlos en sus normas.

Aristóteles sostuvo que algunos hombres están en desigualdad por decisión de la naturaleza porque no todos son iguales; unos fuertes otros débiles, unos inteligentes otros menos dotados; no obstante, Kelsen hace una crítica a la afirmación de Aristóteles porque considera injusta esa desigualdad, y a su entender ningún orden social puede reparar totalmente las injusticias de la naturaleza. En consecuencia, la solución para Aristóteles está dada por el derecho natural; en tanto, que, para Kelsen, por la sociedad. Sin embargo, Kelsen no cree que pueda existir un acuerdo respecto de la justicia en este mundo.

Kant (2002), en su obra, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, manifiesta que en el reino de los fines todo tendría o bien una dignidad o bien un precio, y en el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, no se presta a equivalencia alguna; eso posee una dignidad. En conclusión, la dignidad es el valor intrínseco de las personas, porque el hombre es un fin en sí mismo, no es un medio, porque sería una cosa. Es que, para Kant, el hombre ha de ser considerado siempre como un fin en sí mismo, nunca como un medio.

Es así que de la justicia particular se deriva la justicia distributiva y de la situación de las condiciones únicas de cada ser humano se afianza la dignidad. De esta manera, en general, la dignidad humana es aquella condición inherente a la esencia misma de las personas, que, en una íntima relación con el libre desarrollo de su personalidad, a su integridad y a su libertad, le dotan de características especiales que trascienden lo material y que tienen una profunda consolidación en el más alto nivel de la tutela, protección y ejercicio de los derechos humanos. (Sentencia 093-14-SEP-CC/14, 2014). Es reconocer que los seres humanos pueden ser diferentes y aun así tratarlos con respeto y consideración, porque cada ser humano tiene capacidades propias que le permiten ser complemento en una sociedad.

La dignidad es una condición que es inherente al hombre y, por la naturaleza misma de ser humano, la pierde solo cuando muere; en este contexto, si un hombre es “inmoral” o cometiere un delito, conserva la dignidad, independientemente de su conducta.

Pero, en todo momento, cualquiera sea su edad o su normalidad (y cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral) ostenta aquella interior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de un hombre. Semejante dignidad anterior, independiente de la dignidad moral, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a diferencia de aquella, ontológica tanto como axiológica (Ardao, 1980, pp.73, 74).

La dignidad no es un derecho humano, sin embargo, es un concepto que está íntimamente relacionado con el reconocimiento de los derechos del ser humano. La dignidad, además, hace relación con la igualdad y la libertad que tienen los individuos en la protección de sus derechos. La vulneración de uno de ellos, constituye la violación de la dignidad, por lo tanto, un tratamiento digno es una correspondencia justa.

La relación entre la dignidad y el derecho al trabajo encuentra su sustento, además, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en el artículo 7, literal a) establece como derecho las condiciones dignas para los trabajadores y las familias; y, la Observación General No. 8, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que: "El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad".

Al darle al trabajo la categoría de digno, se le envuelve de una serie de garantías que lo sostienen; entre ellas: una remuneración justa, la protección del trabajo de personas en situación de discapacidad, mujeres en estado de gestación o lactancia, dirigentes sindicalistas, entre otros.

En consecuencia, la dignidad de las personas en situación de discapacidad no está dada como resultado de una condición diferente frente al resto, sino de las circunstancias favorables o, por el contrario, de las barreras con las que se encuentra en su entorno social. El grado de discapacidad dependerá de la forma como lo califique y lo trate la sociedad.

CONCLUSIONES

Dignidad y justicia son dos términos que no pueden ser conceptualizados de manera definitiva, pues son valores que se han incorporado a todos los ordenamientos constitucionales, convencionales y legales, puesto que se desprenden de los derechos humanos, respecto de los cuales la sociedad, en general, reconoce y exige su protección. La dignidad no depende de las circunstancias propias, ni de la conducta, sino del hecho de ser humanos, se refuerza en la calidad de seres racionales que permite sujetarse con autonomía a la ley, la que se sustenta en el pacto mediante el cual los hombres ceden sus libertades para ser representados por una entidad central, Estado (teoría contractualista) y lograr los fines sociales.

Los estados han establecido acciones de política pública que han permitido que las personas con discapacidad puedan gozar de una protección reforzada, especialmente en el campo laboral, lo que ha sido evidente a través de decisiones gubernamentales, legislativas y judiciales, que han logrado la inclusión adecuada a la sociedad de las personas con discapacidad.

El trato jurídico que se le deba dar a la discapacidad es una cuestión de justicia distributiva, por cuanto la manera de establecer la igualdad no es “aritmética”, sino “geométrica”. En la justicia conmutativa no existe duda de lo que le corresponde al otro, y se tiene por sentado que la ley ya ha dispuesto lo que a cada uno le pertenece, o las partes lo han determinado en un acuerdo previo legalmente celebrado. Mientras que en la justicia distributiva se entrega al otro lo que le corresponde en virtud de sus méritos, tratándose de un método para alcanzar la igualdad, en concordancia al concepto de Aristóteles. Es decir, la justicia distributiva consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales desde una concepción de (dignidad), al tener como propósito lograr la equidad entre unos y otros.

El tratado internacional de derechos humanos más importante en materia de discapacidad es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, en el artículo 27, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, y señala que es obligación de los estados suscribientes salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo.

De ahí que los postulados referidos en este artículo incluyen políticas y medidas que equiparen, en favor de las personas en situación de discapacidad, las oportunidades de acceso al trabajo, incluyendo dentro de este derecho el respeto a su dignidad; lo que muestra que es preciso la aplicación de la justicia distributiva para garantizar tanto el trabajo como la dignidad en favor de quienes se encuentren en tal condición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ardao, A. (1980). El hombre en cuanto al objeto axiológico. *Hombre y Conducta*. (Ensayos Filosóficos en honor de Risieri Frondizi). Editorial Universitaria.
- Aristóteles. (1985). *Ética a Nicómaco*. E. Lledó Iñigo (int.). J. Pallí Bonet (trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (2017). *Política*. J. Marías y M. Araújo (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2010). Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En D. Caicedo y A. Porras (eds.). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. (Serie Justicia y Derechos Humanos). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Chevallier, J. (2015). *El Estado de Derecho*. O. Pérez Orozco (trad.). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Corte Constitucional de la República. *Sentencia Núm. T-996-10* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-996-10.htm>.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa de la República. (2010, 17 de septiembre). *Ley No. 8862 de 2010. Ley de Inclusión y Protección Laboral de las personas con discapacidad en el sector Público*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69031&nValor3=82737&strTipM=TC#up
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012, 31 de agosto). *Sentencia caso: Furlán y familiares vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- De Sousa Santos, B. (2010). Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En D. Caicedo y A. Porras (eds.). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. (Serie Justicia y Derechos Humanos). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. (2ª ed.). Editorial Ariel.
- Ecuador. Congreso Nacional de la República. (2005, 16 de diciembre). *Codificación Núm. 2005-017. Código del Trabajo*. Suplemento del Registro Oficial Núm. 167, última reforma: Suplemento de Registro Oficial 309, 21-VIII-2018.

- Ecuador. Corte Constitucional de la República del Ecuador (2015, 25 de marzo). *Sentencia No. 093-14-SEP-CC caso No. 1752-11- EP Quito, Acción de protección Núm. 1097-2012*, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a00ceff7-5498-489f-a22a-47cce58ec2c0/1752-11-ep-sen.pdf?quest=true>
- Gargarella, R. (2005). *Constitucionalismo vs. Democracia*. Universidad Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. (2ª ed.). C. Moya y A. Escohotado (trads.). Editora Nacional.
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. R. Aramayo (trad.). Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2014). *¿Qué es la justicia?* Editorial Fontamara.
- Locke, J. (2010). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. C. Mellizo (trad.). Editorial Tecnos.
- Montesquieu. (1906). *El Espíritu de las leyes, t. 1*. S. García del Mazo (trad.). Librería General de Victoriano Suárez.
- ONU. *Personas con discapacidad, Departamento de Estudios Económicos y Sociales* <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/relacion-entre-el-desarrollo-y-los-derechos-humanos-2.html>.
- Pieper, J. (2017). *Las virtudes fundamentales*. Editorial Rialp.
- Platón. (2005). *Diálogos*. S. Aguiar (trad.). Longseller.
- Portela, J. G. (2017). *Justicia y derecho natural*. Argentina: Editorial de la Universidad Católica.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Editorial Trotta.
- Rousseau, J. J. (2007). *El Contrato Social*. Espasa Calpe.
- Saba, R. (2010). (Des)igualdad estructural. En D. Caicedo y A. Porras (trads.). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Savater, F. (2004). *Ética para Amador*. (45ª ed.). Editorial Ariel.
- Tomás de Aquino, Santo. (1990). *Suma Teológica*. Parte II-II (a). Biblioteca de Autores Cristianos.

CRÍTICA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SECUNDARIO REALIZADO POR LA CORTE IDH EN EL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Criticism of the secondary conventionality control carried out by the I/A CHR in the case of Artavia Murillo vs. Costa Rica in the interpretation of article 4.1 of the American Convention on Human Rights

■ Jennie Aimée Molina Morán
janmolimor@gmail.com

Organismo Judicial de Guatemala

Artículo de investigación
Recibido: 21 junio 2020
Aprobado: 19 agosto 2020



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Vol. 2, No. 18, diciembre 2020
ISSN (Impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia>

Resumen

En esta investigación, se analiza la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, a fin de determinar si el órgano jurisdiccional internacional se sometió, como era su deber, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, pertinentes al caso, y si realizó ese control de convencionalidad que exige a los estados, pero al que también está obligada.

La investigación evidencia cómo, a pesar de lo mucho que se espera de un tribunal internacional sobre derechos humanos, éste puede también incurrir en violaciones a la Convención Americana; pero sin ninguna posibilidad, para quien resulte afectado, de obtener la revisión del fallo, pues las resoluciones de la Corte IDH son inapelables.

Palabras clave

Control de convencionalidad; derecho a la vida; Corte IDH; embrión humano; aborto.

Abstract

This investigation, analyzes the judgment handed down by the Inter-American Court of Human Rights in the *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, in order to determine whether the international court submitted itself, as was its duty, to the American Convention on Human Rights and other international human rights instruments, pertinent to the case, and whether it carried out that control of conventionality that requires the States, but to which it is also bound.

The investigation shows how, despite how much is expected from an international tribunal on human rights, it may also violate the American Convention, but without any possibility for those affected, to obtain review of the ruling, since the resolutions of the Inter-American Court are final.

Keywords

Conventionality control; right to life; I/A Court HR; human embryo; abortion.

Introducción

La presente investigación inicia abordando el tema del control de convencionalidad, al diferenciar entre los dos aspectos que lo configuran. Por un lado, como el deber de los jueces y de otros órganos vinculados a la administración de justicia, al aplicar las convenciones sobre derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad, al realizar esa primera tarea de comprobación, o test de compatibilidad entre la norma convencional y la interna determinan si resultan compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con otros tratados de derechos humanos o que involucren garantías de este tipo; y por el otro, con el deber de los jueces, según resoluciones de la Corte IDH, de tener en cuenta también la interpretación que de la Convención ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, se aborda lo relativo al control de convencionalidad, al tomar en cuenta la clasificación que alguna doctrina propone de primario y secundario, a fin de contextualizar el objeto del

trabajo, que es determinar si la Corte IDH, al resolver el caso específico que se analizará, realizó el control de convencionalidad al que estaba obligada.

A continuación, se brindan antecedentes de la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, para luego, por razones de extensión del trabajo, realizar el análisis de tres de las interpretaciones que del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hizo la Corte IDH, en esta sentencia: la interpretación sistemática e histórica, la interpretación evolutiva, y a través del principio de interpretación más favorable, y el objeto y fin del tratado. Por último, las conclusiones a las que se arribó, una vez hechos la investigación y el análisis.

Cómo citar:

Molina Morán, J. (2020). Crítica al control de convencionalidad secundario realizado por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* en la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Saber y Justicia*, 2(18), 63-83. <https://saberyjusticia.edu.do>

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

La primera mención sobre este aspecto se encuentra en el voto razonado concurrente del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), Sergio García Ramírez, en la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sin embargo, no es sino hasta la sentencia dictada por la Corte IDH; en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, que esta hace un razonamiento más extenso y explicado de esta figura, al indicar que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH; y en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.

El doctor Marcelo Trucco (2016, p. 9) opina que la Corte IDH señala los dos aspectos más importantes que engloba el control de convencionalidad: por un lado, cotejar las normas internas para ver si resultan compatibles con la CADH u otros tratados; y, por otro lado, tomar especialmente en cuenta al decidir la aplicación de la norma local, si también resulta compatible con la interpretación efectuada por la Corte IDH, al indicar que la eficaz aplicación de las normas convencionales de derechos humanos obliga a los jueces nacionales a asegurar a las personas sometidas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados, y a analizar las disposiciones de derecho interno a la luz de los citados instrumentos y de la exégesis que de los mismos realice la Corte IDH, como intérprete final de las convenciones.

Los aspectos mencionados en el párrafo precedente se pueden enfocar desde dos puntos de vista:

- A) El control de convencionalidad como el deber de los jueces, y de otros órganos vinculados a la administración de justicia, de aplicar las convenciones sobre derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad. El control de convencionalidad es una labor que los jueces vienen desarrollando desde hace mucho tiempo y específicamente desde que cada uno de los estados ratificó la primera convención internacional sobre derechos humanos, pues al pasar a formar parte del derecho interno de los países, debían ser aplicadas junto con el resto de las leyes que conformaban el ordenamiento jurídico de los estados, al observar que prevalecieran sobre otras normas de inferior categoría que restringieran los derechos contenidos en las convenciones.

Es decir, que, con o sin nominación, es una labor preexistente al hecho mismo de su bautizo como “control de convencionalidad” y que como doctrina, como muchos autores le denominan, es de reciente cuña (ya se le puso nombre y se definió su contenido hasta el año 2006), por lo que ha sido un proceso paulatino de toma de conciencia, por parte de los jueces, de la importancia de realizar ese test de compatibilidad entre las normas comunes y las convenciones para establecer si

las primeras no contravienen a las segundas, a fin de aplicar preferentemente la norma convencional o aquella que más tienda a proteger el derecho humano en cuestión, con el objeto de asegurar a los justiciables el pleno ejercicio de sus derechos humanos.

No queda ninguna duda respecto a que los jueces, en su labor jurisdiccional, deben de oficio realizar ese control de convencionalidad, que más bien resulta ser de constitucionalidad por el rango constitucional que las normas convencionales tienen dentro del ordenamiento jurídico, según cada país, pues como representantes del Estado en la administración de justicia son delegatarios del deber del mismo Estado de cumplir con sus compromisos internacionales, en virtud del principio de *pacta sunt servanda* y de la buena fe en su cumplimiento, contenidos en el artículo 26, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en adelante, la CVDT.

- B) El control de convencionalidad como el deber de aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH. La otra variable del control de constitucionalidad la constituiría el deber de los jueces (según resoluciones de la Corte IDH y mencionada por primera vez en el año 2006), de tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Si bien es cierto, que es innegable el valor que las interpretaciones hechas por la Corte pudieran tener para la ilustración de las jurisdicciones domésticas, esta disposición tal como está formulada, como una obligación, implica tener que observar, por parte de jueces de países extraños a los estados cuyos conflictos fueron resueltos en su momento, interpretaciones sobre asuntos ajenos y que quizás no son pertinentes dentro del contexto propio de cada país.

Este deber creado por la misma Corte, cuya obligatoriedad de observancia, incluso se pretende extender hasta a las opiniones consultivas, no encuentra sustento alguno en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues los estados no se han obligado a ello. El artículo 68, de la CADH, claramente regula que los Estados Parte “...se comprometen a cumplir la decisión de la Corte, en todo caso en que sean parte”.

Por otra parte, la función normativa no le corresponde a la Corte, sino a los estados, por lo que dicho órgano jurisdiccional estaría excediéndose en sus funciones al pretender imponer de manera unilateral, a los países partes de la Convención, obligaciones que estos no han asumido. La CADH en el artículo 62, claramente define que las funciones de la Corte son de interpretación y de aplicación de la Convención, y no normativas. Esta aspiración de la Corte IDH parece no considerar que los países sometidos a su jurisdicción se rigen por el sistema continental y no por el del *common law* o sistema anglosajón, el cual se caracteriza porque prepondera más la jurisprudencia que el derecho positivo como fuente de derecho. Y que su aplicación no es simplemente sin más, sino que está conformada por técnicas que no son del dominio de los jueces, en el derecho continental.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PRIMARIO Y SECUNDARIO

Según Trucco (2016, p. 15), la obligación de realizar el control de convencionalidad radica en todos los jueces del país. Este primer eslabón de control, según el autor, es el control primario; es decir, que corresponde al juez del propio estado efectuar esa primera tarea de comprobación. Si ese test de compatibilidad no es efectuado de manera correcta, si el juez nacional se aparta de manera infundada del obligado seguimiento de los tratados internacionales o de la jurisprudencia de la Corte IDH, corresponderá, en su caso, a la Corte IDH, el control secundario de convencionalidad, lo que obliga al estado a adaptar su legislación interna a los compromisos internacionales o a la interpretación brindada por la Corte IDH.

Ese control primario de convencionalidad requiere, por lo tanto, la más alta preparación de los jueces, tanto para el conocimiento y el dominio de los instrumentos internacionales, como para su correcta y prudente aplicación, lo cual evita que, a través de interpretaciones extensivas e irrazonables, desconozcan injustificadamente sus propias fuentes legales, se conviertan en legisladores y resuelvan, cada uno, de diversas maneras, de acuerdo a las figuras creadas unilateralmente por cada cual. Los funcionarios deben ceñirse al principio de derecho público en el que solo pueden hacer lo que la ley les permite. No por gusto ha resuelto la misma Corte IDH, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, que dicho control deben realizarlo los jueces, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, párr. 128).

Por su parte, el control secundario requiere también de la más estricta independencia, imparcialidad, probidad, capacidad y sometimiento a la ley por parte de los jueces de la Corte IDH, quienes al igual que los jueces nacionales, quienes son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes, entre ellas los tratados, naturalmente, y no son superiores a ellos, y es que los jueces mencionados no son superiores a la Convención y demás tratados internacionales, y están sujetos a ellos.

Pero al igual que en las jurisdicciones domésticas, en la internacional, esto no siempre sucede. En la sentencia que se analizará, en la cual el juez chileno Eduardo Vío Grossi votó en contra, al razonar su voto disidente, se observa que la Corte IDH cambia el sentido de aquello a lo que los estados se comprometieron en el artículo 4.1, de la CADH, con relación al derecho a la vida y al arrogarse una función normativa que no le corresponde, por medio de una interpretación extensiva más allá de lo razonable, y sin sujetarse a las normas de interpretación pertinentes, y justificó, así la conclusión a la que, finalmente llegó.

Si bien es cierto, la Corte tiene como función principal la interpretación de CADH, no es menos cierto que ella misma está sujeta al control de convencionalidad y no es superior a la Convención; por lo que, finalmente, esta no dice lo que los jueces de la Corte IDH, de manera personal quieren que diga, sino lo que los Estados Partes convinieron, una vez desentrañado su sentido a través de las reglas de interpretación contenidas en la sección tercera, artículos 31 y 32, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 29, de la CADH.

ANTECEDENTES. SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

El 3 de marzo del 1995 en el Diario Oficial La Gaceta N° 45, en Costa Rica, fue publicado el Decreto 24029-S, que contenía el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida, respecto a la fecundación in vitro o FIV (Sistema Costarricense de Información Jurídica).

La Sala Constitucional de Costa Rica, con fecha 15 de marzo del 2000, por petición de inconstitucionalidad, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del decreto; en síntesis, por dos razones: por la infracción del principio de reserva legal o reserva de ley; y para proteger el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, para lo cual analizó los artículos 21 de la Constitución Política costarricense; 12 y 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 31 del Código Civil costarricense; 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.1 y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño, y su propia jurisprudencia, las cuales a su juicio imponían la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar su existencia.

Como consecuencia de lo anterior, Grettel Artavia Murillo y 17 personas más, plantearon el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que finalmente fue puesto bajo conocimiento de la Corte IDH.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Como primer aspecto, es pertinente resaltar que el análisis produjo un resultado bastante extenso, del cual, por la limitación del espacio, solo se consignará lo más relevante. Por otra parte, que toda operación de interpretación de un tratado tiene como punto de partida dos principios fundamentales del Derecho de los Tratados: el *pacta sunt servanda* y la buena fe. El primero de estos principios señala que los tratados son ley (obligatorios) entre las partes; mientras que el segundo establece que tales acuerdos deben ser cumplidos de manera franca, honesta y leal, para evitar en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo (Novak, 2013, p. 5).

Al respecto del artículo 31, de la CVDT, opina Novak (2013):

Este artículo consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual. Esto último no significa que el artículo 31 consagre una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras, al momento de efectuar la operación de interpretación; sino tan solo que en el proceso de interpretación siempre se tiene como punto de partida el texto mismo del acuerdo y si este es claro y brinda certeza, no hay que indagar más (p. 49).

Villiger (2009) sostiene que el orden que se debe seguir en la aplicación de las reglas de interpretación está determinado por la lógica, que ordena ir de lo intrínseco (texto) a lo extrínseco, de lo inmediato a lo remoto (Citado en Novak, 2013, p. 4).

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA E HISTÓRICA

La Corte al interpretar el artículo 4.1 de la CADH utiliza la interpretación sistemática, histórica, evolutiva y teleológica. Resaltando, en cuanto al argumento sistemático, que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo, cuyo significado y alcance se deben fijar en función del sistema jurídico al cual pertenecen (resaltado propio). Asimismo, se indica que no solo se debe tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el tratado a interpretar (art. 31.2 CVDT), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (art. 31.3 CVDT).

Y a continuación, en el párrafo 192, por considerar la Corte que el sistema dentro del cual se inscribe la norma a interpretar es el derecho internacional de los derechos humanos, entra a analizar en criterios demasiados extensos, entre otros, el Sistema europeo y el Sistema africano de Derechos Humanos. Sin embargo, el artículo 31.2, de la CVDT, regula que "...para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá... a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes, con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes, con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado..." (Resaltados propios).

Costa Rica no es parte del Sistema europeo ni del africano de Derechos Humanos, y ni las convenciones propias de esos sistemas, ni sus fallos están comprendidos dentro de los supuestos anteriores. En esta parte, se coincide con el argumento del juez Eduardo Vío Grossi (2012), en su voto disidente al respecto, al indicar que:

Lo que resulta más significativo aún es que tales acuerdos e instrumentos no son procedentes en este caso no solo porque algunos de ellos no vinculan a los Estados Partes de la Convención, sino también porque lo único que demuestran es que lo que más bien se desprende de ellos, con una gran nitidez por lo demás, es que no contemplan la situación del no nacido aún o concebido precisamente para permitir o no prohibir el aborto... (p. 193).

En el párrafo 222, la Corte, como resultado, toma en consideración la conclusión a la que ya arribó anteriormente en la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, que no se analizaron por razones de espacio; pero en la cual le dio valor a lo indicado por el perito propuesto por la Corte IDH, sin motivar por qué prefiere su opinión por sobre la de los otros dos que fueron propuestos-, respecto a que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, de la que, a la vez, arriba a la sorprendente afirmación de que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a, del Protocolo de San Salvador, y del artículo VI, de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

Es difícil expresar las opiniones ante esta conclusión claramente violatoria del artículo 4.1, de la Corte IDH. Si los Estados Parte no hubieran querido reconocer en el no nacido a una persona o un ser humano, no lo hubieran incluido en este artículo. Si los Estados Parte no hubieran querido reconocer en el no nacido a alguien con derecho propio a la vida, tampoco lo hubieran incluido en este artículo. Si los Estados Parte hubieran querido decir que el objeto directo de protección es la mujer y no el ser por nacer, así lo hubieran convenido. Pero no fue así.

La Corte IDH, lejos de proveer la más amplia protección de los derechos humanos, en un plano de equilibrio, al interpretar en estricto apego a derecho la Convención, se desvía en su labor interpretativa, violando con ello el artículo 31 de la CVDT, especialmente, al no haber interpretado de buena fe el artículo 4.1 y al haber transgredido el artículo 29, de la CADH, que contiene el principio *pro homine* y que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Con lo cual, evidentemente, faltó a su deber de ejercer adecuadamente el control de convencionalidad secundario.

Se coincide con el juez Eduardo Vío Grossi (2012) quien en esta parte argumenta, en su voto disidente, que:

Se discrepa de lo dicho en el transcrito párrafo, pues él conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, *per se*, el derecho “a que se respete su vida”; sino que ello dependería no solo de que se respete ese derecho de la mujer embarazada, sino también que esta quiera respetar el que le correspondería a aquel, eventualidad esta que se aleja en demasía de la letra y el espíritu del artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto (p. 18).

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DEL SISTEMA UNIVERSAL

Continúa la Corte realizando la interpretación sistemática e histórica, al analizar en el párrafo 226 las observaciones generales 6 y 17, del Comité de Derechos Humanos, haciendo ver que el mismo no se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido; sino que por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los estados, dicho comité ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre, cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir, de lo que se puede afirmar que del pacto mencionado no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión (más bien, ninguna, de acuerdo a estos razonamientos). Continúa analizando; en el párrafo 227 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pero no se centra en su texto ni en sus trabajos preparatorios sino en informes del Comité de la CEDAW, que exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.

Es decir, que para interpretar el artículo 4.1, de la CADH, se vale de observaciones generales y de informes que, en modo alguno tienen carácter vinculante para los Estados y no están comprendidos dentro de los supuestos del artículo 31, de la CVDT, pues no son acuerdos concertados entre las partes, ni instrumentos, ni acuerdos ulteriores, ni práctica por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Todos dirigidos a desproteger la vida del no nacido.

Analiza en el párrafo 229, la Convención sobre los Derechos del Niño, al indicar en el preámbulo de la misma que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección, tanto antes como después del nacimiento”, pero le resta importancia al indicar que los artículos 1 y 6.1 de dicha convención no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido y que los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

De esta manera, desconoce el sentido claro y preciso del texto del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que, sin lugar a dudas, protege a los niños tanto antes como después del nacimiento y le niega valor interpretativo, en clara violación al artículo 31.2 de la CVDT.

La Corte concluye en el párrafo 233, en que “el Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal”; pero eso es indiferente, porque el texto del preámbulo es meridianamente claro en lo que quiere decir y en lo que los Estados se comprometieron. El artículo 31, de la CVDT, regula en su parte conducente: “31...2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...” (Resaltado propio).

Al momento de interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño, ni los informes, ni las observaciones tienen mayor valor que el propio preámbulo, pues a diferencia de aquellos, la Convención sí es la manifestación de la voluntad de los Estados. Por lo que la Corte IDH, al transgredir principalmente el artículo 31, de la CVDT, los artículos 4.1 y 29, de la CADH, así como el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, faltó a su deber de realizar el control de convencionalidad secundario.

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DEL SISTEMA EUROPEO Y AFRICANO

Aunque Costa Rica no es parte del Sistema europeo de Derechos Humanos, la Corte entra a realizar este análisis, al traer a la sentencia argumentos de tribunales europeos, que no son pertinentes. En el párrafo 237, transcribe un párrafo de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Vo. Vs. Francia*: “A diferencia del artículo 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2, de la Convención [europea] es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales su “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida” (Resaltado propio).

La Corte no subraya este párrafo tan importante, que contrasta la distinta regulación, en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida, entre la Convención Americana y la Convención Europea. En cambio, sí resalta este argumento que conviene a la conclusión a la que quiere llegar: “Cuanto más, se puede considerar que los estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona, gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...], requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida”, a los efectos del artículo 2”.

El hecho que la Corte, en la sentencia, lo resalte evidencia que, a su juicio, es importante para el caso *subjudice*, lo cual no sigue un hilo lógico, puesto que, de dos instrumentos internacionales con regulaciones distintas, en el que uno protege la vida más que el otro, como lo resalta el fallo citado, no se puede deducir las mismas consecuencias. Esta regulación diferente, conduce lógicamente al TEDH a una conclusión distinta a la que se debería llegar en un asunto similar, en donde la convención rectora a interpretar fuera la Corte IDH.

La Corte continuó analizando otros fallos dictados por el TEDH y resaltó aspectos que convenían a la forma en que, finalmente resolvió (como por ejemplo, que no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por lo que era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida, o que un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar) o alegar, en su nombre, un derecho a la vida dentro del artículo 2 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos-, pero que, en realidad, no son pertinentes al asunto bajo conocimiento.

A continuación, en el párrafo 243, hizo referencia al Sistema Africano de Derechos Humanos al resaltar que los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción; y que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Relativo a los Derechos de la Mujer establece que los estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos, en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”. Es decir, tomó todos aquellos aspectos que condujeran a la desprotección del no nacido, aun y cuando no fueran pertinentes.

Finalmente, la Corte llega a la conclusión en el párrafo 244, de que la Sala Constitucional [costarricense] se basó en el artículo 4, de la Convención Americana, el artículo 3, de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño del 1959, pero que, no obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Y que tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

De lo anterior, se observa que no existió un adecuado control de convencionalidad, al no interpretar el artículo 4.1, de la CADH, de buena fe, al observar estrictamente las reglas de interpretación del artículo 31.2.3.4 de la CVDT.

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

La Corte inicia su interpretación evolutiva (párrafo 245) al indicar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que, acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, y que, al efectuar esta interpretación, le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, y utilizan normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Lógicamente esta interpretación, en virtud del artículo 31, de la CVDT que, entre otros criterios, manda que el tratado se interprete de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin, debería ir encaminada, en equilibrio con los demás derechos en discusión, a procurar la mayor protección del no nacido en observancia del artículo 4.1, de la Convención, no a desprotegerlo; en consonancia también con el artículo 29 de la CADH. Pero no fue eso lo que sucedió.

a) **Respecto al estatus legal del embrión**

A pesar de que la Corte IDH sabe, porque lo citó textualmente en el párrafo 237, que el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, a diferencia de la CADH, que protege la vida humana “en general, a partir del momento de la concepción”, es silencioso, en el artículo 2, en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida, por lo que lógicamente los fallos dictados por el TEDH son sustancialmente diferentes de los que se esperarían de la Corte IDH, en estos casos; en el párrafo 247, se fundamenta nuevamente en la misma sentencia del TEDH, que citó en el párrafo 237, específicamente en que dicho Tribunal indicó que “la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida”.

Es lógico que un Tribunal sometido a una Convención distinta y menos protectora del derecho a la vida arribará a una conclusión igualmente diferente y menos protectora, por lo que no es un estándar de comparación válido. Es lógico también pensar que los jueces de la Corte IDH lo sabían, pero aun así lo utilizaron como fundamento del fallo.

En el párrafo 248, la Corte se fundamenta en el artículo 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, del cual Costa Rica no es parte, y que indica: “Experimentación con embriones in vitro: 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. Pero lo cita para resaltar que dicho tratado no prohíbe la FIV, sino la creación de embriones con propósitos de investigación.

Se esperaría que, al menos, hubiera también resaltado que el mencionado artículo regula que se deberá garantizar una protección adecuada del embrión. O que hubiera tomado en cuenta que el preámbulo de dicha convención indica: “...Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad. Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina...”

En este caso, la Corte transgredió los artículos 1.2 y 4.1, de la CADH, que tienden a proteger la vida del no nacido y garantizar sus derechos, así como el artículo 31 de la CVDT, en su primer párrafo, al no realizar una correcta interpretación, por lo que no realizó adecuadamente el control de convencionalidad secundario al que estaba obligada.

Finalmente, en el párrafo 253, la Corte IDH, en cuanto al estatus jurídico del embrión, arriba a la ya anunciada conclusión de que "... las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida". Sin embargo, esa no sería la conclusión a la que se hubiera arribado de haber realizado un análisis lógico e imparcial, en estricta observancia de la sana crítica razonada, de las reglas de interpretación de la CVDT y del artículo 29, de la CADH; lo cual, nuevamente, evidencia que la Corte IDH no cumplió con su deber de realizar adecuadamente el control de convencionalidad secundario que le era exigible.

b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

En el párrafo 256 de la sentencia, la Corte analiza que, si bien la FIV se realiza en un gran número de países, y en la cita a pie de página se refiere a un informe del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, que informa de 11 países con centros de reproducción asistida, lo anterior no necesariamente implica que esta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Además, considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV, en la mayoría de los estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Por lo que esto significa, a su juicio, que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV.

Sin embargo, esta es una presunción humana incorrecta. Hay presunción humana cuando es consecuencia directa, precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado, lo cual no sucede en el presente caso, porque no ha quedado probada la mayoría que menciona, ya que 11 estados no son la mayoría de los 24 Estados parte de la Convención. Además, el hecho de que, en algunos, no en la mayoría, de los estados que permiten la práctica de la FIV no existan muchas leyes específicas que la regulen, no conduce a la única conclusión de que sea porque se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV.

Es decir, que la Corte quiere postular algo así como una regulación legal "por omisión". Podría haber muchas explicaciones a esa tolerancia, como, por ejemplo; que sea porque se considere como parte de la práctica médica común, o por la falta de voluntad de los estados para regularlo, o por la poca cantidad de centros especializados, lo que facilita que escapen al control del estado, etc.

Pero la Corte IDH lleva su suposición más allá, al punto de considerar en el párrafo 256 que:

...estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (Resaltado propio).

La Corte, a través de un ejercicio de deducción que conduce a una conclusión ilógica que desafía la razón, presume humanamente hechos de gran trascendencia de un supuesto falso: 11 Estados no son la mayoría de 24 Estados que son parte de la Convención. Además, no toma en cuenta que tres de esos once, sí protegen al embrión (Vío Grossi, 2012, p. 19).

Lo más grave está al final del párrafo: “...En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”. Esta es una conclusión que no resiste un examen lógico, por decir, lo menos.

La Corte IDH trata de justificar lo anterior al remitir en la cita al pie de página, a la regla de interpretación del artículo 31.3.b, de la CVDT, el cual regula que: juntamente con el contexto, se habrá de tener en cuenta: toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Pero no es lo que ocurrió en este caso, porque no existe práctica alguna, en los estados latinoamericanos, seguida en la aplicación del tratado, ni consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, en lo cual se coincide con lo argumentado por el juez Eduardo Vío Grossi (2012, p. 19), en su voto disidente. Esto, evidencia que la Corte transgredió el artículo 31 de la CVDT, así como los artículos 4 y 29 de la CADH, por lo que no realizó el control de convencionalidad secundario que le era exigible.

EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE Y EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

En esta última parte de la interpretación del artículo 4.1, de la CADH, la Corte IDH, en el párrafo 257, indica que “En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo” y acude, nuevamente, porque ya lo hizo en el párrafo 185, a apoyarse en dos fallos que permitieron el aborto en Estados Unidos y en Colombia, respectivamente: las sentencias dictadas en los casos *Roe vs. Wade* de la Corte Suprema de los Estados Unidos; y la 355-2006, de la Corte Constitucional de Colombia. Es decir, favorable a quién, si se trata de fallos que más bien tienden a desproteger al destinatario de la protección legal contenida en el artículo 4.1, de la CADH.

Es importante hacer notar la relevancia que le dan tanto la Corte IDH como la Corte Constitucional de Colombia al fallo *Roe vs. Wade*, a pesar de que Estados Unidos no es parte de la Corte IDH, por lo que la interpretación que en sus fallos realiza con respecto al derecho a la vida del no nacido responde a sus propias leyes y no a la Convención, razón por lo que no debería ser utilizada como estándar de comparación válido en ningún país sometido a la CADH, para la interpretación del derecho a la vida del no nacido.

Respecto a la sentencia 355-2006 (que fue dictada por 5 de los 9 magistrados constitucionales), también se fundamenta, entre otras cosas, en la sentencia *Roe vs. Wade* (*Corte Constitucional de Colombia, 2006*). Se basó esencialmente en el control de convencionalidad, incluyendo en éste a las recomendaciones y las observaciones de organismos internacionales y su “interpretación” de los tratados, como hicieron ver los magistrados en sus votos disidentes, pues:

...en principio no tienen carácter vinculante, salvo que su obligatoriedad esté reglamentada por el mismo tratado constitutivo de la organización internacional que la profiere. Es decir, es en la constitución de cada organización en donde se debe buscar la fuerza obligatoria o no obligatoria de las resoluciones de la organización respectiva. No obstante, lo anterior, la doctrina señala que como regla general las *recomendaciones* carecen de obligatoriedad jurídica... (Herdegen, 2005, p. 164 citado por Escobar y Monroy, 2006).

La pregunta en este punto es: ¿tenía claro la Corte el objeto y el fin de la norma del tratado que debía interpretar, y que debía buscar el equilibrio de los derechos a ponderar, dentro de los cuales el derecho a la vida es fundamental?

Finalmente, en cuanto a la interpretación del artículo 4.1, de la CADH, en el párrafo 264 de la sentencia, la Corte IDH concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, que es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Ni siquiera hace alguna consideración respecto a que el embrión, al menos, tiene el derecho intrínseco a que se le trate con dignidad, con respeto de su vida y de su naturaleza humana, por constituir la etapa inicial del desarrollo de la vida de un ser humano, al ser indiferente que hayan sido concebidos de forma natural o *in vitro*, pues la artificialidad de su producción no altera ni la naturaleza biológica ni la condición de seres humanos en estado embrionario. Contrario a ello, no le reconoce ningún derecho y lo desprotege absolutamente.

Las premisas utilizadas por la Corte para arribar a la conclusión de que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, no se sostienen lógicamente, pues devienen de un hecho falso, como ya se analizó. Si la Corte, además, va a resolver en base a lo que otros tribunales que aplican normas convencionales distintas a la CADH resuelven, no se justifica entonces que los Estados Parte hayan confiado la interpretación de la Convención a un tribunal de justicia que, para ello, recurre prácticamente a normas impertinentes y ajenas a aquella que está obligada a interpretar.

Por último, con base en la Corte en el párrafo 263 concluye que “...el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1, de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión al anular otros derechos”.

Pero ¿a qué balance se refiere? Porque no se advierte ninguno, ya que al considerar en los párrafos 223 y 256 que el embrión no es persona, en el 224 que no es ser humano y en el 253 que no tiene derecho a la vida, más bien contradice sus propios argumentos al dar una protección absoluta a los derechos, a la integridad personal, a la libertad personal, a la honra y la dignidad y al derecho de fundar una familia, anulando el derecho fundamental a la vida del embrión.

Se concluye con que la Corte IDH no realizó el control de convencionalidad secundario que le era exigible, sino más bien transgredió el artículo 4.1, 1.2, de la CADH, así como el artículo 31, de la CVDT. Y, en general, desafortunadamente, no observó el artículo 8 de la CADH, el cual garantiza a todos por igual una justicia independiente e imparcial.

CONCLUSIONES

Del análisis anterior, es apropiado concluir en que la Corte IDH al dictar la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* no lo hizo abordando el problema desde una perspectiva correcta, tal como lo hizo ver el juez Eduardo Vío Grossi, en su voto disidente, pues si el objeto era determinar si el control de convencionalidad primario había sido realizado correctamente y, por ende, realizar el control de convencionalidad secundario sobre la resolución del Estado de Costa Rica, que se objetaba de lesiva; y al ser que ésta última se fundamentó en el derecho a la vida del no nacido, debió tener como primer asunto de fondo determinar el alcance del derecho a la vida “en general, a partir del momento de la concepción”, como está regulado en el artículo 4.1, de la Corte IDH.

Pero, en lugar de eso, en el párrafo 141 de la sentencia señaló que procede, como primer asunto de fondo “a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia” y, más adelante, en el párrafo 171, indicó que “el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas”; por lo que no hubo un control de convencionalidad secundario como tal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en este caso, asumió un rol protagonista a la par de los Representantes, al evidenciar un interés en el asunto, que va más allá de lo que se esperarí dentro de un proceso en donde tanto la Comisión como la Corte deberían mostrar una posición imparcial. Da la impresión de que la Corte IDH, aunque manda a las jurisdicciones nacionales a realizar el control de convencionalidad, en este caso, no está consciente de que ella misma tiene el deber de realizar ese control al sujetarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que su deber es interpretarla al tratar de desentrañar cuál fue la intención de los estados al suscribirla, y no imponer a toda costa sus opiniones personales.

Lo anterior se evidencia porque en su labor interpretativa del artículo 4.1 ya mencionado, no se ciñó, como debía ser, a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino más bien se excedió en los parámetros claramente indicados en ella; se fundamentó en sistemas, normas, fallos impertinentes, y le dio preferencia a recomendaciones y observaciones de comités, que no están sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni sobre ningún tratado de derechos humanos.

La Corte IDH desde el inicio de la interpretación del artículo 4.1 mencionado, adoptó una posición determinada y condujo todos sus argumentos de modo que llevaran a la conclusión a la que finalmente llegó, soslayando aspectos importantes, como; las distintas regulaciones de este mismo derecho en los diferentes sistemas a los cuales acudió, o las normas protectoras del embrión humano, excediéndose en su interpretación; y sin respetar la sana crítica, llegó a conclusiones y presunciones sin sustento, al crear con ello una duda razonable sobre su imparcialidad en este caso.

La Corte IDH finalmente consideró que el embrión humano no es persona, no es ser humano y no tiene derecho a la vida; pero a diferencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que buscaba protegerlo, tampoco le procuró ninguna protección, a pesar de que uno de los instrumentos internacionales que utilizó para fundamentarse, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y la Medicina, en su preámbulo, indica: "...Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad. Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina...".

La Corte IDH, a pesar de que en su fallo se fundamentó en el caso conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV*, toma de este solo lo que conviene a la posición que ya había adoptado desde antes de llegar a la conclusión del fallo; pero soslaya que dicho tribunal argumentó en su sentencia: "...de la exposición de motivos de la Directiva se desprende que, si bien esta tiene por objeto fomentar las inversiones en el ámbito de la biotecnología, la explotación de la materia biológica de origen humano se debe inscribir en el marco del respeto de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana. (resaltado propio)

De haber realizado correctamente la Corte IDH, el control de convencionalidad que le era exigible, el resultado habría sido una sentencia realmente justa y ecuaníme, que buscara la mayor protección posible del embrión como incuestionable inicio de la vida humana y, a la vez, procurara la mayor accesibilidad a la FIV, por parte de las parejas afectadas, en pos de un debido equilibrio entre ambas posiciones.

La Corte IDH no solo abordó el asunto del embrión humano, del que finalmente consideró que no es persona, no es ser humano y no tiene derecho a la vida, y lo desprotegió absolutamente, sino que se extendió más allá y emitió opinión sobre otros aspectos, entre ellos; que el objeto directo de protección del artículo 4.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. De esta forma, negó la protección del derecho a la vida que los Estados Parte claramente quisieron reconocer directamente al no nacido, y transgredió el artículo 29, de la Corte IDH, que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Es urgente que los Estados Parte, a través de su función normativa, limiten el poder de la Comisión Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fueron creados con la mejor intención de garantizar los derechos humanos de los habitantes de los países de América, a fin de que no sean utilizadas para fines distintos de los que claramente tienen definidos en la Convención, por la intromisión de agendas particulares que las desvíen de los loables objetivos que impulsaron su creación.

Es necesario crear un sistema de responsabilidades que permita limitar ese poder que, en el caso de la Corte, ella misma está ampliando de manera unilateral a través de sus resoluciones. De no hacerlo, se corre el riesgo de que ese poder absoluto en lugar de proteger, lesione los derechos humanos que está llamada a tutelar a través de la imposición a los Estados Parte de interpretaciones como la analizada, con una carga ideológica y/o política que riñe con el más alto ideal de justicia que se espera de la Corte, que viola la CADH respecto a la protección al derecho a la vida del no nacido que los Estados quisieron reconocer en 1969, pues esa interpretación está sirviendo actualmente de fundamento a movimientos políticos e ideológicos abortistas en Latinoamérica, a pesar del compromiso de los países latinoamericanos a garantizar la vida de los bebés en gestación.

La denuncia de la Convención, no es la solución (como sostienen algunos) al problema de la falta de límites del poder de la Corte IDH y de la CIDH, y de la ausencia de disposiciones que permitan atribuir responsabilidades a los jueces de la Corte IDH, que en sus resoluciones violen claramente la Convención, más allá de las administrativas, que sí están contempladas-, porque el problema es de las personas que incurrir en esos actos, y quienes deben responder por ellos, no de los estados. Sostener que la solución, ante un escenario como este, es que los Estados denuncien la Convención; es como pretender que los ciudadanos, ante las resoluciones de las más altas autoridades, dictadas en claro abuso de poder, se cambien de país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Novak Talavera, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (63), 71-88. pp. 4-5-49. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991>

Trucco, M. (2016). *El control primario de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales*. *Al Día Argentina*, pp. 9-15. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/07/28/el-control-primario-de-convencionalidad-a-cargo-de-los-jueces-nacionales/>

Páginas web consultadas

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f.). <http://www.corteidh.or.cr>

Sistema Costarricense de Información Jurídica (s.f.). http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=25469

Sentencias consultadas

Sentencia 355-2006 de la Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Sentencia *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Sentencia *Brüstle vs. Greenpeace eV, caso 34/10 del TJUE*. [http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B34%3B10%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC2010%2F0034%2FJ&oqp=&for=&mat=or&lgrec=es&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=34%252F10&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1320725](http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B34%3B10%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC2010%2F0034%2FJ&oqp=&for=&mat=or&lgrec=es&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=34%252F10&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1320725)

Sentencia *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Instrumentos internacionales consultados

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre del 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en la ciudad de Viena, Austria, el 23 de mayo del 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 44/25 de 20 de noviembre del 1989.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre del 1950, en la ciudad de Roma, Italia.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a la Aplicación de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo, España, el 4 de abril del 1997.

Declaración Americana de Derechos Humanos, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, Colombia, en 1948.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante resolución número 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre del 1979.

Protocolo Adicional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre del 1988.

Reglamento de la Corte IDH, aprobado por la Corte en su XLIX, período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte, en su LXXXII período de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero del 2009.

LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA, LA VIOLENCIA Y LA ESTUPIDEZ EN EL DERECHO

The limits of justice, violence and stupidity in Law

Miguel Angel Villalobos

Caballero

boss.villalobosch@gmail.com

Instituto Peruano de Filosofía
del Derecho y Academia de la
Magistratura del Perú

Resumen

Este ensayo surge de una presentación realizada en la Academia de la Magistratura de Perú sobre de Filosofía del Derecho, con el tema ¿Cómo ayudar a pensar en el Derecho? Partiendo de ese debate se presenta este ensayo para la Revista Saber y Justicia, editada por la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, que, tocando temas de actualidad, ayuda a pensar en el Derecho y siempre desde la perspectiva de la filosofía jurídica; es así, que a la pregunta ¿Cómo ayudar a pensar en el Derecho?, la respuesta es filosóficamente, por cuanto es a través de la Filosofía del Derecho que nos permitirá reflexionar, evaluar y conocer el Derecho como esencia y la consistencia.

Por lo tanto, aquí se analiza que hay determinados actos humanos en la vida que pueden ser premiables, como la justicia; otros, tan despreciables como la violencia (o la venganza que conlleva a ella), entre otras más, e incluso salidos de la racionalidad, como la locura o la estupidez que agravan terriblemente la condición humana en sociedad. Por esto, se tiene que hacer juntamente un serio esfuerzo lleno de responsabilidad para proceder en nuestra vida con valores que no perturben la Paz.

Palabras claves

Derecho; estupidez; justicia; violencia.

Abstract

This paper arises from a presentation made at the Academy of the Magistracy of Peru on Philosophy of Law, with the topic ¿How to help think about Law? Based on this debate, this academic work is presented for the Saber y Justicia Magazine, edited by the Escuela Nacional de la Judicatura from Dominican Republic, which, touching current issues, helps to think about the Law and always from the perspective of legal philosophy; so, to the question ¿How to help think about Law?, the answer is philosophically, since it is through the Philosophy of Law that will allow us to reflect, evaluate and know the Law as essence and consistency.

Therefore, here it is analyzed that there are certain human acts in life that can be rewarded, such as justice; others, as despicable as violence (or the revenge that leads to it), among others, and even out of rationality, such as madness or stupidity that terribly aggravate the human condition in society. For this reason, a serious effort full of responsibility must be made together to proceed in our life with values that do not disturb the Peace.

Keywords:

Law; stupidity; justice; violence.

Artículo de investigación
Recibido: 17 de julio 2020
Aprobado: 03 de septiembre 2020



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Introducción

Al escribir a través de este ensayo “Los límites de la justicia, la violencia y la estupidez en el Derecho” se pretende reflexionar sobre la importancia del comportamiento humano en la sociedad y en el Derecho, al ser como puntos de referencia a tres temas significativos que diseño para el presente estudio. En primer lugar, al hombre y a la Justicia, valor supremo del Derecho -; en segundo lugar, al hombre y a la violencia (esta última como contravalor del Derecho) y, en tercer lugar, al hombre y a la estupidez o locura, perlesías que impiden el avance social de los pueblos, al haber estulticia por doquier, de la manera como pudo haberlo referido en su momento Erasmo de Rotterdam (1466-1536) en su obra *Elogio de la Locura*, también conocida como *Elogio de la Estupidez* o *Elogio de la Necedad*, en 1511.

Al hombre y a la justicia, por cuanto, el hombre siempre ha tenido ese lado noble de aspirar a valores, entre ellos, la justicia como un valor supremo del Derecho y cuya inspiración ayuda a convivir, pues, si bien, “el mundo es ancho y ajeno” como escribió el peruano Ciro Alegría Bazán (1909-1967), también lo es que, en ese descomunal mundo encuentra mucha injusticia que lo obliga a convivir con el dolor, la tristeza y el conflicto, y solo se puede esperar algo mejor a través del Derecho como justicia, y en valores como la amabilidad.

Al hombre y a la violencia, por cuanto, la violencia como explosión humana no permite vivir en relaciones estables entre los miembros de una comunidad; así, un acto de venganza o un acto de violencia ya no es posible en la contemporaneidad, como lo era en la época antigua y bíblica del “ojo por ojo y diente por diente”, por cuanto a raíz de la Edad Moderna, en especial, de la Ilustración,

los pensadores se pusieron de acuerdo, como lo hicieron los contractualistas Tomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau, para que a través de lo que se conoce como la idea del contrato social se ceda algo de nosotros, para no continuar con ese estado de naturaleza, que trae problemas y, además, impedía conciliar o pensar a futuro como hombres de paz.

Al hombre y a la estupidez humana o locura, como cuando los regímenes se vuelven pusilánimes, como en las guerras mundiales; así, la segunda guerra mundial demostró al mundo, lo violento por ambición y terriblemente injusto que se puede convertir el ser humano o los grupos con ideales contrarios a la dignidad y a la libertad humana; así, también, existe estupidez o locura, en la que, pese a considerarse tradicional una costumbre, ésta ofende a la dignidad o la libertad humana; ahora, nomás se ve, en épocas de pandemia, el mal comportamiento que incluso arriesga su propia vida y la de los demás cuando no acata o respeta ciertas reglas de bioseguridad, aun, contra el sentido común.

Por eso, se piensa que, es la Filosofía del Derecho, como rama de la Filosofía en general, que, en su vertiente de ética y respeto, así como de reflexión del hombre y del mundo, nos da las mejores evaluaciones de los valores puestos para su comprensión y aplicación, en lo que podríamos llamar “un mundo mejor”.

Por ende, solo eliminando los prejuicios, como se combatió en la Ilustración (siglo XVIII y XIX), como son: la ignorancia, la superstición, el miedo y la intolerancia; yo agregaría, la envidia, se estaría, en un nuevo renacer de la filosofía racional, que permitiría vivir adecuadamente, mientras se lucha por el Derecho.

Cómo citar:

Villalobos Caballero, M, (2020). Los límites de la justicia, la violencia y la estupidez en el Derecho. *Revista Saber y Justicia*, 2 (18), 84-103. <https://saberyjusticia.edu.do>

SOBRE EL HOMBRE Y LA JUSTICIA

Así, en las clases como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Continental, en Perú; de Ética, en la Academia de la Magistratura, y en diversas conferencias, he manifestado a los alumnos, que cuando quieran conocer un “fenómeno”, como objeto de estudio, acudan al alemán Edmund Husserl (1859-1938 y a la fenomenología o, al argentino Carlos Cossío (1903-1987); en ella, se encuentra el estudio de los objetos, así habría por lo menos, cuatro tipos de objetos, a saber: los objetos materiales, los objetos ideales, los objetos metafísicos y los objetos culturales.

En consecuencia, si se quiere saber de esos objetos, se sugiere que, la fenomenología jurídica ayudaría, como lo hizo con grandes pensadores, lo cual nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de objeto de conocimiento podría ser la Justicia?

En principio, prácticamente y conforme a la perspectiva de quien responda, se tiene que el Derecho es objeto cultural y la Justicia sería un producto de ese objeto, que, por ser valor, atiende al menos a ser un objeto ideal. Es que la Justicia es un valor supremo, que subordina a otros valores jurídicos denominados instrumentales, como puede ser la seguridad jurídica, entre otros; un ejemplo de ello, se advierte en el mundo de la imaginación, así, al sembrar un árbol, debe entenderse que por ser árbol primero comienza en sus cimientos, en las raíces; y, luego, el desarrollo del tronco, para finalmente terminar en la copa del árbol; interpretativamente, las raíces y el propio tronco se encontrarían valores como la seguridad jurídica, el bienestar común y otros fines del derecho, mientras, que la justicia en sí estaría en la copa del árbol, producto de ese desarrollo, cubriendo, cuidando y orientando a los demás fines del Derecho.

Por consiguiente, la justicia es un valor mirado como objeto ideal, porque es el criterio axiológico por excelencia, que, por su alta “jerarquía”, en relación a los demás fines del Derecho y su “polaridad” frente a lo injusto, lo hace (de generación en generación) lo más urgente y necesario, no solo en lo jurídico, sino también en lo social, lo político y otros.

De la misma manera, la justicia es un valor mirado como producto de ese objeto cultural llamado Derecho, por cuanto sin la aparición del ser humano en el mundo, no hubiese podido darse su realidad, cristalizarse en el tiempo, en leyes, códigos, jurisprudencias y doctrinas como fuentes del Derecho moderno, ahora, contemporáneo; entonces, luego de aparecer el ser humano (y producto de su evolución histórica) aparece el Derecho como un producto cultural. No obstante, el Derecho, ni el ser humano es fácil de encontrar en su esencia, solo, podría decir, que sería algo como lo es el humano un ser multinecesitado; el derecho necesita de un sistema jurídico para entenderse, como necesita de normas, de leyes, de jurisprudencias y doctrinas; de la misma manera, el hombre necesita de seguridad física, emocional, de éxito y más. Ahora, surge la pregunta: ¿cómo conocer al Derecho?

Ya sea como ciencia jurídica, o, como filosofía del derecho, para lo cual, según versión kantiana, puede ser un conocimiento a priori o a posteriori, apoyando, más lo último; por cuanto muchas veces, la experiencia jurídica da mayores datos para su mejor comprensión; es así, que al conocer al Derecho se conoce también a la justicia.

Por ende, en este conocer del Derecho, como criterio del derecho o como producto cultural, se utiliza como método la fenomenología para conocer su realidad, en la que la filosofía nos dará respuestas (tal vez, sin certezas) de tiempo en tiempo, pues, en ese conocer filosófico y ahí está su valor, se puede conocer la esencia y la consistencia del ente, así, podríamos afirmar que el Derecho es en consistencia: normas, costumbres y demás, y es en esencia (como si fuese su corazón) justicia guiada por principios.

Russell (1912) señala sobre el valor de la Filosofía, que:

Si no queremos fallar en nuestro intento para determinar el valor de la filosofía, deberemos primero liberar nuestra mente de los prejuicios de los que erróneamente llamamos hombre “prácticos”. El hombre “práctico”, con el significado con que normalmente se utiliza para esta palabra, es él que sólo reconoce las necesidades materiales, el que entiende que los hombres deben tener alimento para el cuerpo; pero que descuida la necesidad del alimento para la mente (p. 75).

Entonces, esos “prejuicios” que se lucharon en la Ilustración hay que volverlos a combatir, como lo pensaba el inglés Bertrand Russell (1872-1970), con alimento para la mente (yo diría para el espíritu) porque siempre se advierte, por más avanzado que este el mundo, en los diálogos, incluso académicos, algo de ignorancia, superstición, miedo y, como no, mucho de intolerancia, como si fuese una forma de eclosión del nuevo medioevo, en un mundo que dadas las percepciones actuales parece negar o renegar del ser de la “razón” o de lo “razonable” visto fenomenológicamente, pues solo vive de conflictos y de mal comportamiento humano que va en contra de la justicia, incluso de la justicia legal.

Ahora, sobre la relación del hombre y la Justicia, a efectos de establecer los límites, se tiene que entender límites como fronteras, a la manera de la norteamericana Martha Nussbaum (1947), que busca en la historia de la ética antigua y moderna para iluminar dilemas actuales, porque a la fecha el mundo se encuentra llena de dilemas, aporías y busca nuevos paradigmas para encontrar lo mejor para el ser humano, entre ello, su relación con la justicia; así, aparece la pregunta, en crítica a una justicia excluyente y como reto: ¿de hasta dónde puedes llegar con una justicia, digamos, inclusiva?, que proteja a animales no humanos, orientaciones sexuales u a todo aquello que sea desigual entre comillas, a través, de llámese una justicia ordinaria, constitucional o internacional de los tratados; ese límite, se considera, es el de no permitir que en el Derecho se introduzca o involucre la arbitrariedad, la violencia, la venganza, y, menos la locura o la estupidez humana.

Por consiguiente, también lo es, que el límite de la justicia es el tener que enfrentar a una sociedad compuesta de egoísmo y arrebatos de ciudadanos o de autoridades que hacen muy difícil la convivencia o el desarrollo humano, en una real justicia, pues, en esa relación de hombre y justicia, pensamos, está el verbo “tener”, entre otros, como el tener que afrontar el mito, como se dio en la edad antigua o que afrontar la explicación metafísica sin freno ni alternativa alguna al estilo de la edad medieval, es decir, límites de una justicia para adentro y para afuera, es decir, preguntarnos educativamente: ¿qué no se debe permitir en la legislación o en la costumbre que le hace daño? y ¿hasta dónde se debe permitir en la legislación y en la costumbre todo aquello que le hace mal? entre otras, son rechazables el racismo, el canibalismo, el odio a la orientación sexual, el aniquilamiento de la privacidad, la distorsión de la persona en los medios de comunicación, como son los audiovisuales, al sacrificar derechos personales como son privacidad, identidad y dignidad, y otros aspectos tecnológicos que se puede dar en la llamada bioética, la costumbre insana y hasta la aporofobia, esta última, que si no se le detiene no solo afectará aun más la solidaridad, sino que puede también limitar el desarrollo y progreso de la justicia.

En ese sentido, ese tema de la “diferencia” de aquello que nos une o de aquello que nos separa, es decir, de la mala relación de los unos con los otros, como cuando aparta o excluye a alguien por ser diferente se genera bastante polémica, en especial, en los filósofos morales que preguntan: ¿esto podría ser un freno a la ciencia, a la tecnología frente a lo moral?

Por ello, si bien la Ciencia da confort, esperanzas de vida, también preocupa que el hombre desde su creación solo acepte el mundo como le está dado; no obstante, se puede permitir avanzar hacia aquello que lo traslade incluso a otros mundos, sin temores ni prejuicios, ya que el hombre no solo debe penetrar en los grandes secretos humanos, sino, que al descubrirlo debe actuar con racionalidad y proyección; para ello, no bastaría con la filosofía, sino, además de las ciencias como amparo, para no hacer una fiebre de palabras hermosas, pero con hueco, la filosofía necesariamente tiene que ser racional, y ya es hora de eliminar el temor y comenzar un diálogo abierto entre todos, los de arriba y los de abajo, los que están dentro y los que están fuera, sin exclusión alguna, en un lenguaje de igualdad, incluso entre aquellos que se apasionan por la Ciencia, por la Filosofía y hasta la Religión, en temas como la medicina, el derecho y la moral, la prioridad, y la consigna por ser que el humano progrese en un mundo difícil.

Garzón (1998), al respecto sobre el quietismo o activismo que debe tener el hombre frente a los avances científicos sostiene que:

Los recientes avances de la medicina se presentan ante los ojos de no pocos filósofos de la moral como una ladera resbaladiza que nos acerca a conocimientos que deberían estar prohibidos si queremos mantener nuestra identidad como personas. Y es justamente en el ámbito de la medicina donde el mayor nivel epistémico ha contribuido también a reducir el alcance de la responsabilidad moral. Basta pensar en temas, tales como el alcoholismo o el de la homosexualidad. ¿Es el alcoholismo el resultado de conexiones causales genéticas? ¿Hay que

enviar a los alcohólicos a la cárcel o al hospital? ¿No existe el peligro de medicinalizar todo lo que tiene un componente genético, algo que sería un desastre ético y jurídico? Por otra parte, justamente en el caso de la homosexualidad ha sido la ciencia la que ha contribuido decididamente a la eliminación de la barbarie moral que significaba su condena (p. 12).

No obstante, se tiene que independientemente de las apreciaciones buenas o malas del hombre y la justicia, es decir, del hombre y sus circunstancias, al decir del español José Ortega y Gasset (1883-1955), se tiene que unir para tener criterios más estables sobre la moral, la ética, el derecho y en ella la justicia, pues se evidencia a la fecha un desequilibrio en la proporcionalidad que debería existir en la justicia como igualdad, que por ejemplo, en algunas de las ramas del derecho penal (tal vez, una de las más populares ante la ciudadanía) lleva consigo una crítica insana, de fuerte con los débiles y débil con los fuertes, que empeora aún más, cuando en la litigación oral; que debería ser hábil en las destrezas, se sigue, llevando una mala preparación del caso, o permitir la calumnia y al testigo falso o al envidioso en el proceso penal (con una acusación sin filtro y sin las debidas garantías constitucionales), así como la aceleración de lo injusto para aplastarlo sin defensa alguna de los derechos fundamentales, lo que impide o limita una justicia penal plena.

Villalobos (2010) señala sobre las dificultades en la administración de justicia, lo siguiente:

Es decir, que la envidia no es ajena a la naturaleza humana y por lo tanto a las instituciones, y a veces cuando nos preguntamos ¿por qué va mal tal o cual institución? ¿No será también, porque se ha infiltrado a manera de “agente encubierto” personas con estas malas cualidades que dañan a su propia institución?; el tema a analizar; la envidia en una institución (cual fuese) no está demás. Tema que se puede denominar psicológico por usar el término más sano; así, en lo que respecta al sistema de justicia, un envidioso (dentro del sistema legal) o un falso testigo (fuera del sistema legal) harían daño porque, en el caso del primero, no permitirían que la institución avance y, en el caso del segundo haría caer en error a los magistrados (p. 256).

Es así, que, estas dificultades de la justicia, como la maldad, los malos hábitos jurídicos, la poca transparencia judicial se encuentran en todo tiempo histórico y, seguramente se seguirán encontrando.

Platón (2001) describía respecto a lo acaecido a Sócrates, lo siguiente:

Mas cuantos por envidia y apelando a la calumnia intentaban persuadirnos (como quienes, quizá convencidos ellos mismos, trataban de persuadir a otros) todos estos resultan los más difíciles de tratar, porque no es posible hacer comparecer aquí ni refutar a ninguno de ellos, y es preciso que me defienda ni más ni menos que luchando

contra sombras, y que refute e impugne sin que nadie responda ni conteste. Conceded, pues, también vosotros, que doble acusadores, repito, se han levantado contra mí: los unos, los que ahora me han acusado, los otros, aquellos que miento, los de tiempo atrás. Admitid también que es menester me defienda en primer lugar de éstos, pues también los habéis oído antes y mucho más que a los últimos. (...) Y, bien, es menester sin más, atenienses, que me defienda y que intente, en tan breve tiempo, arrancar de vosotros el prejuicio imbuido durante tiempo tan largo (p. 35).

Por consiguiente, la injusticia es de todos los tiempos, lo hubo en la edad antigua, en tiempos de Sócrates, Platón y Aristóteles; en la edad media, en tiempos de la Patrística y de la Escolástica; en la edad moderna y lo hay ahora, en tiempos contemporáneos; frente a ello, tiene que haber límites, sin golpes ni tropiezos para la justicia real, lo que no se quiere es arbitrariedad, ni irrespeto a la ley, tampoco, mala interpretación de la norma; mucho menos, abuso de poder y corrupción, asimismo, tampoco criminalidad organizada, simplemente, lo que se quiere en materia de justicia son condiciones de igualdad, de equidad y otros buenos criterios axiológicos; pero, además, quiere a la justicia misma, que no puede terminar en una simple justicia épica, sino en una justicia a la luz de la Constitución, de los Derechos Humanos y de los convenios internacionales que surgen como garantías de los derechos fundamentales.

Por ello, la relación del hombre con la justicia no tiene épocas, ni pretende quedarse en una de ellas, lo que quiere es una relación constante de dar a cada cual lo que le corresponde, porque la compasión no es justicia, ni sustituto de ella; la justicia es una valoración objetiva de los asuntos del hombre y del mundo en sí, como cuando un juez o un fiscal hace del caso que tiene en sus manos algo objetivo y no más allá de ello, lo que quiere el funcionario judicial es comprender y resolver conforme al espíritu de la ley sujeta a principios; así, Sócrates, conforme a lo narrado, no pedía compasión, pedía igualdad de armas, tiempo para su defensa, y, aun, en desigualdad, pudo él (como se comenta en la historia universal) sustraerse del proceso y no lo hizo, reconoció, por el contrario, su sistema jurídico y no se escapó del sistema legal, pues se sentía orgulloso, de ser un ciudadano griego de respeto a la ley y a los procedimientos, aunque estos fuesen malos o mal motivados. La pregunta es: ¿Quién lo haría ahora; sujetarse a un proceso penal sin las garantías fundamentales?

SOBRE EL HOMBRE Y LA VIOLENCIA

Por ahora, se sabe que el ser humano, desde sus inicios, de algún modo u otro, ha estado sometido al conflicto y, en su solución a recurrido, casi permanentemente al acto violento; esta puede ser, en sus varios tipos, como la amenaza (violencia oral), o como generalmente se le conoce, como la agresión física al cuerpo. Por esta razón, al ser humano, la violencia en su forma personal o grupal no le es indiferente, ya que incluso en su vida o en sus conveniencias políticas ha estado presente en las agitaciones o las revoluciones sociales, algunos, incluso la han justificado y otros no. Por eso, yo me plantearía la siguiente pregunta: ¿La violencia favorece la justicia?

Se considera que no, una cosa es la coerción en el Derecho, y otra muy diferente es el empleo de la violencia como medio de satisfacer la venganza que lleven a cabo quienes no respeten la ley ni el Orden, porque no se puede concebir una justicia sin Estado, sin una Constitución, sin instancias y sin derechos fundamentales; si fuese así, sería un acto violento contra el hombre o contra una comunidad, es decir, la norma como creación humana cultural es y sirve para ordenar la vida social.

Por esto, es que entre el hombre y la violencia se encuentra la dignidad, la libertad y el respeto a los derechos fundamentales; entre ellos, el respeto al hombre por ser tal (esto viene en parte del derecho natural), en la que este respeto a la dignidad y a la libertad se debe dar en todo trámite de la justicia, sino ¿por qué llamarnos civilización humana?

Consiguientemente, el descontento, la disconformidad lleva a veces a ciertas personas o sociedades a la violencia; pero, eso no lo justifica. El hombre desde su creación ha estado sujeto a una evolución más que a una involución; se advierte que han existido múltiples avances en materia económicas, sociales e incluso políticas; no obstante, podríamos pensar lo contrario sobre la condición humana, si nadie a la fecha sabe frenar la violencia del hombre contra el hombre, de la violencia de sociedad contra otra sociedad, de la violencia del hombre hacia los animales no humanos, ya que habría que acudir por lo pronto a un profundo estudio de carácter antropológico, de la mano de la prevención y de la imaginación para combatir este mal.

Atienza (2018) señala la importancia de la imaginación, así menciona que:

Es muy probable que una causa de que el mundo sea como es, un mundo injusto, resida en nuestra falta de imaginación, en nuestra incapacidad para trascender la realidad y darnos cuenta de que las cosas no tienen por qué ser como son, de que el mundo podría ser distinto a como es (p. 5).

Es que estos autores, entre ellos, el español Manuel Atienza (1951), en sus imágenes, refrescan la idea, como se diría en las antiguas frases de la humanidad, “que más vale un ver, que mil decires” en el aspecto de la ética, que el mundo no está del todo bien, y, así, se nota, en una de esas imágenes, que muestra distintos tipos de esqueletos, colocándoles de derecha a izquierda y así, hasta la última: el esqueleto del hombre, del gorila, del chimpancé, del orangután, del gibón, para seguidamente preguntarse: ¿Cuál será el próximo estadio del desarrollo?

Y, es entonces, que trasladada esa preguntas a los alumnos, muchos ven una evolución, sin embargo, otros, ven una involución; es que las imágenes, como el arte mismo, tiene diversas perspectivas, sin embargo, ante tanta tragedia, violencia y venganza del hombre contra el hombre, sin responsabilidad ética; asimismo, ni a los otros, a la sociedad, al medio ambiente, a los animales no humanos y otras irresponsabilidades más, pareciese que actuase con un mayor grado de involución que de evolución, así, cuando vemos a gobernantes en política internacional (de aquí y por allá) con un comportamiento público deplorable, vemos una amenaza a la ciudadanía, un maltrato a las instituciones, que pareciese que de la ciencia política (de toda esa teoría valida) la hubiese convertido en un volante sin mayor significancia. ¿Dónde quedo el Estado y la división de poderes?, ¿La seriedad institucional?, ¿La alternancia de gobernantes?, finalmente: ¿Qué les está pasando a las democracias?, ¿Esos malestares en su desarrollo, no generan algún tipo de violencia o respuesta, sin consideración alguna?, ¿Afectará esa irregular vida política a la justicia que tanto ansiamos?, ¿Dónde quedó, pues, la imaginación para mejorar la justicia?

Por consiguiente, todas aquellas preguntas se hacen porque se piensa en una buena relación del hombre con la justicia, y que, entre ellas, la dignidad y libertad de la persona deben ser lo más valioso en el grupo humano, puesto que ello solo se dará, si se dan las condiciones políticas previas a la configuración de normas hechas de manera automática sin asimilación de valores humanos; para ello, se requiere de un Estado democrático y social o un Estado Constitucional de Derecho fuerte, que en el transcurso de las relaciones humanas estén alejadas todo tipo de violencia; ello, permitirá a la Democracia subsanar sus falencias con los derechos civiles y políticos protegidos en la Constitución Política de cualquier Estado democrático que no se blinde los camuflajes, como cuando se finge que hay libertad de expresión, pero, no la hay, cuando, se consciente solapadamente la censura, ya que ningún hombre libre que convive en un estado democrático debe tener miedo, ni preocupación por lo que exprese, sienta, critique o confronte; es como diría el griego Epicuro de Samos (341 a.C. – 270 a.C.) encontrar la felicidad como una tranquilidad del alma.

Villalobos (2010), sobre la importancia de la continuidad democrática señala que:

En Democracia hay que tener cuidado con los eufemismos o camuflajes que hacen los gobiernos que ganan las urnas (elecciones); pero luego se tornan despóticos o dictatoriales, cuando hablan de teorías, como la del “Buen Gobierno”, porque por óptimos resultados

que se consigan en la gestión presidencial o del partido, no es adecuado ni democrático, ni siquiera “vía urna” la perpetuidad en el gobierno de los pueblos (p. 158).

Por ende, la violencia (erróneamente opción de ideologías extremas) no podría ser una alternativa a generar o permitir violencia humana; se vive en el Perú, ya sea, como violencia terrorista, ya sea como violencia del Estado; situación que se pudo advertir, cuando me desempeñé como fiscal contra el terrorismo (a finales del siglo pasado), y fiscal de derechos humanos (a comienzos del presente siglo).

Villalobos (2010), sobre la fatalidad de la violencia señala lo siguiente:

Consideramos ignominioso toda legislación donde se vulneren los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas, así sean terroristas, porque terrorismo no se puede combatir con terrorismo; no se debió juzgar a civiles en el fuero militar; no se debió limitar la defensa de los abogados, no debió vulnerar el principio de presunción de inocencia; no se debió imponer al juez que dicte auto apertorio de instrucción con mandato de detención. La labor del Tribunal Constitucional, en el Perú ha sido importante, pero más importante debe ser la labor del Perú como Estado, al ser parte del Estatuto de Roma, desde el 10 de noviembre del año 2001, para ser un real Estado de Derecho. Esperamos que la historia gubernamental en materia de legislación antiterrorista o la Política del Estado contra la subversión sea bien encausada o encaminada, si se volviese a repetir, porque las violaciones a los Derechos Humanos no tienen buen fin y causan repulsión (p. 173).

Así, como en la relación entre el hombre y la justicia no se está de acuerdo con la venganza, o la violencia en cualquiera de sus formas, entre ellas, la violencia política, tampoco se está de acuerdo con la violencia de los ajusticiamientos, es decir, que toda práctica que melle la dignidad no debe ser considerada por el Derecho y la Justicia.

Meza (2013), señala ciertos problemas de la justicia, como que:

Hemos visto como las acciones más comunes de ajusticiamiento en los medios de comunicación contienen una representación de la “justicia popular”. Los relatos periodísticos informan al poder, describen a los actores en sus necesidades, sus motivaciones, en los hechos y rituales de ajusticiamientos; introducen, además, ciertos análisis con explicaciones y percepciones sobre la ética e ideología subyacentes al sentido del problema de la justicia. Desde el ángulo etnográfico, reconocemos un sesgo en la presentación de los hechos, que se caracteriza por enfatizar el exceso y la violencia del ajusticiamiento, equiparándolo a la forma exclusiva de justicia popular. Estas lecturas de los hechos son dirigidas a la sociedad nacional y mundial, forman una percepción de justicia popular basada en la violencia que opaca otras dimensiones más racionales (p. 186).

Es así, que en mi condición de Magistrado del Ministerio Público, he conocido de casos penales con mucha violencia, en mis casi veinticinco años, aunque de manera ocasional, al conocer ciertos casos penales, ya sea por algún grupo terrorista o, algún grupo de poder en investigación por lesa humanidad, que cometieron excesos en la lucha contra el terrorismo; es por eso que se considera, que la justicia tiene sus límites, por decir, no se puede entrar al mundo de la ilegalidad o de la arbitrariedad, tampoco se puede permitir la violencia ni de palabra ni de hechos, las injusticias, las torturas, las humillaciones a la dignidad y a la libertad, estos comportamientos humanos no pueden quedar impunes, menos continuar en un mundo globalizado y racional distorsionado por el capricho de una ideología negadora de la paz y fraternidad humana; asimismo, y como crítica se señala que no solo el mundo participó de la estupidez o de la locura en la edad medieval, al parecer, en tiempos actuales, hay un rebrote de la edad media (nuevomediaismo) después de pasar la cumbre de la Ilustración, cuando se permiten prácticas ancestrales quebrantadoras de los derechos fundamentales en un mundo contemporáneo.

Por eso, en mi experiencia jurídica y ciudadana, se considera que la Democracia sigue siendo no solo una aspiración válida de los pueblos, sino una virtud pública y de moral pública, que aunque nazca de la Política tiene que orientarse a los principios de la Ley y el Orden, que se deben mantener contra viento y marea, pues se piensa de la misma manera que la institucionalidad de los poderes del Estado deben mantener su vigencia, como también se deben fortalecer los organismos autónomos constitucionales como son: el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y, demás.

Por lo tanto, todas estas instituciones públicas señaladas y que aparecen además en las Constituciones Políticas de cada estado democrático no solo representan un mundo de legalidad, sino, de moralidad, porque protegen el bien humano. No obstante, aunque esto sea un criterio distinto de un positivismo clásico (de distinción entre la moralidad y el derecho), lo cierto, es que ha sido reformulado en ideas y teorías después del tratado de Versalles (tratado de Paz que se firmó al terminar la Primera Guerra Mundial) pasando por el Juicio de Núremberg, al final de la Segunda Guerra Mundial hasta la fecha, un ejemplo de ello, es la corriente lusmoralistas, con componentes tan significativos como Dworkin, Alexy y Nino.

D'aleissio (2008), sobre invalidez del eximente de la obediencia debida mencionada sobre en el Código Penal de Argentina que:

Como recordé al principio, desde antiguo se ha aducido esta circunstancia, prevista en el art. 34, inc. 5° de nuestro Código Penal, para excusar actos inconciliables con los sentimientos básicos de la humanidad. Fue ese el argumento principal de la defensa en el Juicio de Núremberg, donde se lo rechazó con la conocida afirmación de que: "Los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia". Para ello se remitieron los jueces al art. 8° de la Carta de Londres, y recordaron que en el Tratado de Versalles se había previsto la creación de un tribunal para "reivindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la vigencia de la moralidad internacional (pp. 46,47).

Por ello, es apreciable cuando la teoría de la Filosofía Moral con la teoría de la Filosofía Jurídica se asocia para dar la idea de persona con integridad, con derechos, con valores y principios; por cuanto, consideramos que todas las teorías en general deben ser humanistas y preservadoras de la dignidad humana.

García (2014), sobre el iusmoralismo, menciona en relación a la moral y al Derecho:

En que Dworkin afirma que la moral verdadera es parte necesaria del sistema jurídico y que las soluciones de esa moral para los casos jurídicos son cognoscibles y, en caso de conflicto con las normas jurídico (positivas, esas soluciones morales pesan jurídicamente más que las aportadas por las normas jurídicos) positivas (p. 34).

Por ende, es evidente que el norteamericano Ronald Dworkin (1931-2013) como iusmoralistas forma parte de esa corriente de filósofos del derecho y juristas que aprecian, en su opinión, una alternativa en la solución de conflictos jurídicos, a fin de que esa relación hombre y justicia no se extravié.

SOBRE EL HOMBRE Y LA ESTUPIDEZ O LOCURA

Ahora, al analizar el problema del hombre frente a la estupidez o la locura humana que realiza o pueda realizar, previamente, encontramos en el Derecho que es una disciplina cultural y humanística, que protege al ser humano de sí mismo, y, que protege a la sociedad que se encuentre en peligro ante un ataque que lo perturbe en su estabilidad. Para ello, todo el sistema jurídico debe tener un solo sentido y ese sentido no es otro, que el sentido humanístico.

Villalobos (2004), sobre la idea de “concienciar el Derecho”, frase utilizada en una investigación académica para darle mayor significación o sentido a la conciencia jurídica:

Es decir que, en cuanto al sujeto, se puede decir que la persona puede tener conciencia jurídica; y en cuanto al objeto, se puede decir que el Derecho como norma jurídica puede ser variado en su significación, salir de una significación eminentemente patrimonial a una significación eminentemente humanista (que es la real).

Después de lo anteriormente dicho, podemos decir, que concienciar el Derecho (en nuestras sociedades) es ajustar el sentido del sistema jurídico; es darle al sistema jurídico un carácter preponderantemente humanista, antes que un carácter preponderantemente patrimonialista (pp. 47, 48).

En ese sentido, un humanismo contemporáneo implica luchar contra toda irracionalidad, entre ellas, la estupidez y la locura humana, entendiendo la primera, cuando una persona se causa daño o causa daño a otras personas, así, dentro de una teoría de la estupidez, se entiende que una persona es estúpida si causa daño a otras personas o grupo de personas sin obtener ella ganancia personal alguna o, incluso peor, provocándose daño a sí misma en el proceso.

En ABC Ciencia (2015), se señala que existen investigaciones sobre los tres tipos de estupidez, así primero estaría la ignorancia; segundo, la falta de control y tercero, la distracción, que se explican a continuación:

Los tres tipos de estupidez:

En atención a los resultados obtenidos, el equipo de Aczél ha clasificado la estupidez (los comportamientos cotidianos considerados torpes o poco prácticos) en tres grados:

1. Ignorancia – confianza. Este grado es el más alto de estupidez y aparece en aquellas personas que asumen situaciones de riesgo (de cualquier tipo) a pesar de que carecen de las habilidades o conocimientos necesarios para resolverlas. Curiosamente, son conscientes de las consecuencias que pueden suceder.

2. La falta de control. Es el grado medio de estupidez. Se corresponde con aquellos sujetos que tienen un comportamiento obsesivo-compulsivo y carecen de autocontrol.

3- Distracción. El grado más leve de estupidez. Aparece en aquellas personas que no solventan una tarea práctica debido a una distracción o porque carecen de las destrezas necesarias para llevarla a cabo.

En cuanto, a la segunda, es decir, a la locura, encontramos no su significación (para el presente trabajo), en el sentido, de aquel que sufre trastorno o perturbación patológicas de las facultades mentales y que son víctimas de estigmatización y exclusión social, sino, más (para el presente trabajo) como una acción imprudente, insensata o poco razonable que realiza una persona o una comunidad de forma irreflexiva o temeraria.

Por ello, es que, por ejemplo, “locos” no podrían ser los nazis que se desarrollaron un poco antes y luego, durante la Segunda Guerra Mundial, puesto que eran partidarios del genocidio; ni los Ku Klux Klan, que nacieron en Norteamérica, por el hecho de que son un grupo de extrema derecha que surge al finalizar la guerra civil, en 1865.

Además, no lo son las organizaciones criminales como las mafias, denominadas “fábricas delincuenciales” que van de la mano de la corrupción de los países, y pretenden quebrar la legalidad y el sistema de justicia.

Villalobos (2017), sobre las organizaciones criminales, señala que:

Otra realidad, que advierte el Fiscal Latinoamericano, es el galopante incremento de la Criminalidad Organizada, que genera foros, reuniones, debates locales, regionales, continentales y mundiales, es decir, “mil discursos y casi ningún resultado”; curiosamente, es incorrecta su denominación de “Organizada”, cuando en realidad se le debería denominar simplemente “Fábricas Criminales”, porque el aceptar que “estos criminales están debidamente organizados”, es aceptar, como lamento, que la sociedad en sí está bien desorganizada y tiene que ver cómo los procesos penales comienzan con grandes pompas; pero, en el tiempo se desinflan como un globo, en la que pasada la noticia criminal, viene, la otra, el archivo, el sobreseimiento, “el escape”, que permite el propio sistema, mediante el garantismo extravagante sin entrañas, que permite que la impunidad se levante como una ola y arrase a la justicia y a sus afectados (p. 281).

Por eso, muchos para justificar malamente o bajar el tono de la crítica a los actos inhumanos producto de la locura o de la estupidez podrían decir, que fueron hechos en un arrebato en su actuar irracional; sin embargo, grupos como los nazis, o los grupos raciales, o los homofóbicos o de todos aquellos que tienen aversión a algo diferente, no tendrían justificación alguna (para alentarse entre ellos u otros insensatos) para atentar contra la dignidad humana, por lo que repito: no hay justificación ni religiosa, ni social, ni política u otra para aquellos que afectaron y afectan al hombre a lo largo de la historia de la humanidad.

Sin embargo, a veces la historia tiende a “pasar por agua tibia” a ciertos personajes históricos, porque, seguramente, les caían bien a sus historiadores; pero, ese es un daño social; permitir la poca sanción o la impunidad. Es, por eso que todo aquello que atenta a la democracia, a las instituciones, a los pueblos víctimas de violencia o exclusión hay que denunciarlo y no callar, incluso todo aquello que carcome la institucionalidad, como es la corrupción y las fábricas criminales, para lo cual, nos preguntamos: ¿Por qué es importante luchar contra las mafias y la corrupción?

Saviano (2007), a propósito de las mafias, señala lo siguiente:

Una de las declaraciones que más me han llamado la atención sobre los mafiosos sicilianos la hizo Carmine Schiavone, un arrepentido del clan de los Casalesi, en una entrevista realizada el 2005. Hablaba de la Cosa Nostra como de una organización esclava de los políticos, incapaz de razonar en términos de negocios, a diferencia de los camorristas casertanos. Para Schiavone, la Mafia pretendía ser una especie de anti – Estado, y ese no era precisamente un discurso propio de empresarios. No existe el paradigma Estado/anti – Estado sino únicamente un territorio en el que se hacen negocios ya sea con, mediante o sin el Estado (p. 207.)

Por ello, no hay duda alguna que, la corrupción va de la mano del crimen organizado y viceversa, cuando se trata, por ejemplo, de corrupción política; de ahí, que la corrupción no puede quedar sin castigo, no hay momentos mínimos, no hay “robó poco, pero hizo obra”, puesto que haría mal la justicia nacional o internacional perdonar a los culpables de corrupción, por falta de leyes, o ausencia de reformas de normas; lo peor es permitir prescripciones, en este caso, el Derecho Constitucional de diversos países, en especial, los iberoamericanos, se deberían reunir más seguido, para incluir normas que impidan impunidad, crear nuevas formas de investigación y de capturas para los responsables, es que para eso también se utiliza la imaginación para luchar por el Derecho, pues, toda norma debe estar al servicio de la justicia, como se logró en casos de Derechos Humanos.

Lechuga (2018), sobre reformas a la Constitución, señala lo siguiente:

En vista de que la Constitución Política consagra valores esenciales para la convivencia armónica de la sociedad peruana y que, de un tiempo a esta parte, la lucha contra la corrupción se ha constituido en uno de las principales preocupaciones del gobierno y de la sociedad peruana en su conjunto, corresponde la creación de un sistema de lucha contra la corrupción al más alto nivel normativo, que conforme los principios de inviolabilidad y vocación de permanencia, y aseguren condiciones mínimas para el funcionamiento de un Sistema de Integridad (p. 59).

Por ende, esta esperanza en la ley de leyes solo surgirá cuando exista una real reforma política en cada uno de los países, a un grado de sensibilización tal, que los lleve, a los organismos y países, a apostar por el bienestar del ciudadano; luego, la reforma legal y consiguientemente, una interpretación benigna a todo aquella que le favorezca al desarrollo humano y progreso social.

Inclusive, en ese camino, no puede quedar de lado, la labor de la percepción ciudadana, de que no solo su malestar se traduzca en encuestas o, en indicadores del propio sistema legal, sino que dicha percepción en efecto, sea recepcionada para un cambio favorable de las instituciones, y, eso, se mostrará cuando se advierta que la judicialización contra los procesos contra la corrupción, del lavado de activos, de los delitos contra la administración pública y del crimen organizado no solo sean eficaces, sino ejemplares, en sentencias de todas sus instancias; sentencias que puedan corregir los malos hábitos de las empresas privadas, a fin de que se sienta que la ciudadanía no solo opina, sino que es escuchada para motivar cambios en el sistema de justicia y en todo el aparato estatal.

Gimeno (2017), sobre la percepción de la corrupción de la sociedad, señala, que:

Más allá de los aspectos legales o jurídicos de la corrupción, el referido fenómeno causa un impacto en la confianza de la sociedad para con el Estado, principalmente cuando está relacionado con empleos públicos o políticos. Existe, asimismo, una percepción de impunidad relacionada con la corrupción de “cuello blanco”, en la que, bien por deficiencias del sistema judicial, bien por la levedad de las mismas o la eternización de los procesos penales, se genera una gran frustración

en la población. Tal y como reza una pancarta en una ciudad siciliana, que “chi rubba poco va in galera ma chi rubba tanta fa carriera” (se podría traducir “quién roba poco va a galeras, quién roba mucho hace carrera”) (p. 30).

Por eso, Gimeno no se equivoca sobre la percepción de impunidad; situación que deberá cambiar para que las instituciones mejoren su imagen en una sociedad democrática. Por esta razón, preguntamos: ¿Cuánto afecta la estupidez o la locura al hombre en su camino a la Justicia?

Y, la respuesta es que afecta seriamente no solo al hombre o a la justicia, sino también afecta al orden, a la ciudadanía, a la comunidad, y al Estado. Sin embargo, la locura por ser un vocablo con relación a los hombres y a las sociedades ha habido momentos de entusiasmo y hasta de endiosamiento por parte de ciertos filósofos a esa locura destructiva, sin embargo, existe una diferenciación entre locura y razón.

Ferrater (2004), señala las razones de Foucault, en lo que considera es locura:

La locura es para Michael Foucault un problema “epistemológico”, esto es, un problema que se plantea, o que tiene sentido solo, dentro de una determinada episteme. La lepra había servido durante mucho tiempo como línea de separación: el leproso quedaba excluido de la sociedad, confinado en las leproserías. Cuando desapareció la lepra, la locura ocupó su puesto. (...). Durante mucho tiempo, la diferencia entre locura y no locura ha sido equiparada a la diferencia entre anormal y moral. También, durante mucho tiempo, la locura ha sido tratada más desde el punto de vista del individuo que del de la sociedad (pp. 2174-2175).

Por consiguiente, si bien es cierto los límites de la justicia, la violencia y la locura o estupidez importa entenderlas en sus esencias, más allá, de si es normal o anormal; importa entender para la marcha de una mejor sociedad a la figura de la Legalidad y qué mejor desde la óptica de un Estado Constitucional de Derecho. Así, a manera de contraste, en ese universo de realidad territorial, podría existir otras realidades, como en el Perú, que reconoce en el Art. 89 de la Constitución Política del Estado, del 1993, a las comunidades campesinas y nativas autonomía, por lo que ante un monismo jurídico tradicional se impone, en parte, un Pluralismo Jurídico.

Por eso, en un caso judicial que observe las costumbres de una comunidad selvática, en Perú (2001), me impresionó; así, en mis primeros años de Magistrado del Ministerio Público existía una imputación contra una persona que había tenido relaciones sexuales, (siendo mayor él), con una menor de trece años, en la que la imputación del fiscal superior era de violación sexual en agravio de menor, solicitando una pena muy alta en su acusación para el responsable, posteriormente, al acudir a las audiencias, y, en buena hora, gracias a que existió participación de un perito antropológico, en que se le debió absolver, se le condenó a una pena muy baja, que le permitía salir en libertad; lo curioso, que aún existe sospecha de las comunidades en la participación de peritos antropólogos, por reclamar justicia autónoma por parte de ellos.

Por lo que a lo que señala el francés Michael Foucault, (1926-1984) para saber qué es “locura” habría que saber hacer la distinción entre lo que es “normal” de lo que es “anormal”, o, de observar la manera que lo haría el monismo jurídico a diferencia de lo que haría el dualismo jurídico, o, porque no una persona con práctica en el pluralismo jurídico, y, además la relación de este último con la visión de un de un postmodernista jurídico tantas realidades del entender jurídico que las comunidades ancestrales con sus tradiciones ignoran, y, al no ser comprendidas debidamente por estas, pueden ser considerados en sus actos, como que quiebran derechos fundamentales de sus integrantes, o como que realizan actos de “locura”, o de “desatino” a la luz de la modernidad; sin embargo, creo que hay que tener una buena mirada a “los otros”, con un carácter que no sea ni estigmatizador, ni excluyente, sino, de amplia preocupación y comprensión estatal de ¿qué hacer al respecto?; por cuanto, con sus actos, algunas de esas culturas históricas, se dañan ellos mismos, y, no andan en tono con la modernidad, situación muy discutible y siempre polémica en nuestros países; pero, que trataremos de explicar.

De Trazegnies (1996), sobre estos temas de la realidad multicultural, señala que:

De esta manera, muchos de los países latinoamericanos de hoy son extraordinariamente complejos: tienen efectivamente una realidad multicultural, en la medida que todas esas raíces culturales no se han logrado integrar totalmente y los diferentes grupos muestran todavía características propias. Pero tampoco se debe pensar que se trata de grupos perfectamente diferenciados, cuyos límites y cuyas estructuras culturales internas, pueden ser fácilmente establecidas (pp. 66-67.) En consecuencia, de lo antropológico, de lo cultural, de lo ancestral hay mucho que aprender, hay costumbres que se les podrían llamar “locura” o “práctica estúpida”, cuando quiebran derechos fundamentales; así, si observamos esa película “Flor en el Desierto”, ahí, veremos cómo una niña de Somalia, que en base a sus costumbres religiosas, tiene que soportar la castidad obligada o la mutilación genital femenina o ablación; en eso, debe cambiar el “mundo”, no en la tradición en sí, sino en aquellas que humillan a los seres humanos, conculcándoles sus derechos fundamentales. Es así que, cuando vemos que lo increíble ocurre en la humanidad, no hay que permitir que el derecho nacional sea suficiente para solucionarlo, si este es insuficiente, en ciertas oportunidades, como en casos de Derechos Humanos tiene que intervenir el Derecho Internacional.

Villalobos (2019), señala la importancia de la justicia como valor supremo del Derecho Internacional:

A la pregunta: ¿Cuál es la prioridad de la justicia en el Derecho Internacional?

La respuesta es que su prioridad está rezagada en la conciencia de los magistrados por cuanto, la Justicia parece más poesía, pero, no realidad los acuerdos y convenios seguirán siendo necesarios y urgentes, pero en la medida que no exista un grado de conciencia de los mismos, es infecundo es como nadar y morir en la orilla de una playa (p. 103).

CONCLUSIONES

El Derecho es un producto cultural y es materia de evolución a través de la historia de la humanidad; es así, que los límites de la justicia están, entre otros, el no permitir la arbitrariedad de ningún tipo.

La violencia es contraria al Derecho y a lo Just; en ese sentido todo sistema legal democrático debe luchar como ideal y en sus normas desterrar todo tipo de violencia, la violencia; que genera actos de terror, o la violencia que genera actos de abusos contra el ciudadano por permanecer en el Poder.

La “locura” o la “estupidez” que hablaba el neerlandés Erasmo de Róterdam (1466-1536), en su “Elogio a la locura o la estupidez”, es una circunstancia que no se debe repetir, menos, en un mundo contemporáneo. No puede seguir la humanidad con ceguera o la demencia de permitir todo aquello que va contra los derechos humano; la tierra es única y todos merecen vivir con dignidad y libertad, base de una sociedad democrática sujeta a una Constitución Política del Estado y a tratados internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABC Ciencia. (2015). *Estos son los tres tipos de estupidez humana*. Madrid. https://www.abc.es/ciencia/abci-descubren-cuales-tres-tipos-estupidez-puede-sufrir-humano-201512291259_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F
- Atienza, M. (2018). *Ética en Imágenes*. Lima: Editorial Grijley.
- D'Alessio, A. (2008). *Los delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- De Trazegnies Granda, Fernando. (1996). *Postmodernidad y derecho*. Lima: ARA Editores.
- Ferrater Mora, J. (2004). *Diccionario de Filosofía*. K-P. Barcelona: Ariel Referencia.
- García Amado, J. (2004). *Iusmoralismo(s) Dworkin, Alexy, Nino*. Lima: Legisprudencia.pe.
- Garzón Valdés, E. (1998). ¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina? *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, p. 12. México: Fontamara.
- Gimeno Beviá, J. (2017). *La Corrupción como Fenómeno Multidisciplinar Aspectos Sustantivos y Procesales*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Lechuga Pino, E. (2018). Constitucionalización y sistematización de la lucha contra la corrupción del Perú. *Corrupción y Castigo. Revista Institucional*, núm. 13 Academia de la Magistratura, pp. 43-60.
- Meza Bazán, M. (2013). *Justicia y poder en tiempos de violencia – orden, seguridad y autoridad en el Perú, 1970-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Platón. (2001). *Apología de Sócrates*. Luis Noussan – Lettry (trad.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Rusell, B. (1912). *Los problemas de la filosofía*. https://www.nodo50.org/filosofem/IMG/pdf/russell_los_problemas_de_la_filosofia-2.pdf
- Saviano, R. (2007). *Gomorra – un viaje al imperio económico y al sueño de poder de la Camorra*. Teresa Clavel y Francisco J. Ramos (trad.). México: Debate.
- Villalobos Caballero, M. *¿Cómo ayudar a pensar en el Derecho?* https://pe.ivoox.com/es/como-ayudar-a-pensar-derecho-audios-mp3_rf_47747835_1.html
- Villalobos Caballero, M. (2004). *La finalidad del derecho*. Lima: Editorial RAO Jurídica.
- Villalobos Caballero, M. (2010). *El derecho como reflexión filosófica*. Lima: Editorial El Renacer.

Villalobos Caballero, M. (2017). El paradigma del fiscal latinoamericano. desafíos de la justicia: Justicia versus seguridad jurídica. *Revista Académica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. 9(2) jul/dez, pp. 263-289. <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/14-EI-Paradigma-Del-Fiscal-Latinoamericano-Desaf%C3%ADos-De-La-Justicia-Justicia-Versus-Seguridad-Jur%C3%ADica.pdf>

Villalobos Caballero, M. (2019). *La justicia como valor supremo del derecho internacional*. Lima: Editorial Idemsa.

EL PRINCIPIO DE HONESTIDAD PROFESIONAL EN SUS TRES DIMENSIONES: VALOR NEURÁLGICO PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA JUSTICIA SOSTENIBLE

*The principle of professional honesty in its three dimensions:
neuralgical value for the achievement of sustainable justice*

Jorge Tomás Broun Isaac
brown.isaac@hotmail.com

Escuela Nacional de la Judicatura
<https://orcid.org/0000-0003-3905-2468>

Trabajo Monográfico



Obra bajo licencia
Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional

Vol. 2, No. 18, diciembre 2020
ISSN (Impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia>

Resumen

En este trabajo de investigación, se analiza el principio de honestidad profesional, con base en el Código IEJ, en sus dimensiones cognitiva, conductual y afectiva, así como su alcance y convergencias con otros principios éticos. Se estudia dicho valor en tanto principio ético y garantía constitucional, que se erige con jerarquía suprema, en procura del alcance de una justicia sostenible, exigiendo a los jueces y demás operadores de justicia las conductas y las actuaciones que pongan de manifiesto su verticalidad moral, tanto en sus vidas públicas como privadas. Esto mediante la rendición de cuentas, la legitimación de sus decisiones con elevada honestidad intelectual y el accionar imparcial e independiente. Se analizan las consecuencias del incumplimiento de este principio y, finalmente, se presentan resultados sobre el índice de la percepción de confianza y de credibilidad de la sociedad en torno al Poder Judicial y la Procuraduría, imprescindible para el alcance de la paz y la armonía social, cuya concordancia materializa el objetivo 16 de la Agenda 2030 de la ONU: la construcción de sociedades pacíficas.

Palabras clave:

Ética judicial; honestidad; independencia; coherencia procesal.

Abstract

In this research work, the principle of professional honesty is analyzed based on the IEJ Code in its cognitive, behavioral and affective dimensions, as well as its scope and convergences with other ethical principles. This value is studied as an ethical principle and constitutional guarantee that is erected with supreme hierarchy, in order to achieve sustainable justice, demanding from judges and other justice operators the behaviors and actions that show their moral verticality, both in their public and private lives. This through accountability, the legitimization of their decisions with high intellectual honesty and impartial and independent action. The consequences of non-compliance with this principle are analyzed and, finally, results are presented on the index of the perception of trust and credibility of society around the Judiciary and the Attorney General's Office, essential for the achievement of peace and social harmony, whose Agreement materializes goal 16 of the ONU 2030 Agenda: the construction of peaceful societies.

Keywords:

Judicial ethics; honesty; independence; procedural coherence.

Introducción y problemática

En el año 2020, se inicia la década de acción para la consecución de los objetivos mundiales de la Agenda 2030, trazada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el desarrollo sostenible. En lo que atañe al sector justicia, se tiene como reto la consecución de *la meta 16ª*, que 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.

Este objetivo, al igual que todos los que componen la Agenda 2030, persigue alcanzar el bien común, cuyo valor representa la razón de ser del servicio público, lo que le ubica en el marco de la ética social. Por ello, la ética es indispensable en el servicio público, pues al dirigirse al bienestar general debe responder a parámetros de acciones encaminadas al alcance del bien colectivo.

La identificación de estos parámetros y conductas es propia de la ética. Los servidores públicos encuentran su razón de ser en la sociedad a la que sirven y de la cual forman parte; por ello, que las personas esperan observar cualidades especiales en aquellos que prestan servicios y administran el erario. Por vía de consecuencia, la función pública contemporánea se encuentra regulada por principios éticos de obligada observancia por parte de los servidores públicos, quienes están sujetos al cumplimiento estricto de principios, tales como: independencia, imparcialidad, prudencia, transparencia, vocación de servicio, honestidad, entre otros.

A lo interno de los poderes judiciales, su cumplimiento se manifiesta a través de los juzgadores, en su accionar jurisdiccional, y servidores judiciales administrativos, en las operaciones de tramitación, cuyo ejercicio conjunto repercute en la libertad, bienes, satisfacción de derechos e intereses particulares y colectivos.

El principio de honestidad juega un papel preponderante dentro de los poderes judiciales, ya que su presencia en las actuaciones del juez constituye una garantía para la buena administración de justicia, de lo que indiscutiblemente depende la solución de los conflictos de manera independiente e imparcial, mediante decisiones justas, equitativas y razonables, lo que coadyuva al alcance de una justicia sostenible.

Es bien sabido que la impartición de justicia, por su naturaleza, es de interés público y que es su esencia garantizar, proteger y evitar violaciones a derechos; por tanto, la honestidad en el sector justicia constituye una condición fundamental para el logro de la evolución democrática de las naciones y la sostenibilidad de la justicia.

La importancia de la honestidad en la administración pública hace que hoy día se le conciba como principio ético constitucional, consagrado en las Constituciones de Iberoamérica y en el Código Iberoamericano de Ética Judicial (Código IEJ), los cuales deben ser observado por todos los servidores judiciales, en el ejercicio de sus funciones, de cuyo incumplimiento se derivan consecuencias disciplinarias y ordinarias. En virtud de lo anterior, constituye una obligación indelegable e ineludible de los integrantes de los poderes judiciales actuar en apego irrestricto a la honestidad profesional, porque de ello depende la seguridad jurídica, credibilidad, imagen, prestigio y sostenibilidad de la justicia.

No obstante, la comunidad internacional no tiene una percepción positiva en relación a la honestidad de los servidores públicos. Existe una proyección tímida en el índice de percepción de la corrupción (IPC), así lo resalta *Transparencia Internacional*, en uno de sus últimos informes, en el que concluye: “La corrupción está en el centro de la reciente crisis social y política en Chile, que alcanza el 67, en el IPC de 2019, un declive significativo desde 2014. Chile recientemente alcanzó un punto de inflexión en la lucha contra la corrupción; con un puntaje de 26, Guatemala disminuyó en siete puntos desde 2012;

con un puntaje de 40, Guyana mejora el IPC desde 2012, Ecuador aumentó siete puntos desde 2016, obtuvo un puntaje de 38, en el índice del año 2019” (Transparencia Internacional. 2019).

En lo que respecta a la República Dominicana, en marzo de 2020, los Estados Unidos acusó al gobierno de práctica de corrupción por limitar la independencia del Poder Judicial para conocer y sancionar actos de corrupción (El Caribe, 2020); lo que días después fue corroborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En esa misma línea, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en el informe sobre calidad democrática, en la República Dominicana, aborda el tema de la percepción de confianza ciudadana en los poderes judiciales de República Dominicana, América Latina y el Caribe, durante el período 2004-2018, al demostrar que en el año 2004 República Dominicana 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%. Si bien el promedio regional también cayó ligeramente durante el periodo estudiado, el país experimentó un aumento mucho más marcado de la desconfianza en el Poder Judicial (ONU, 2019, p. 96).

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial reconoce que la sociedad enfrenta una crisis de legitimidad de sus autoridades, en particular de los poderes judiciales, exhortando a revertir esta

situación sin conformarse solo con el derecho, sino al hacer un llamado a la conciencia ética de los jueces, orientado a un compromiso de excelencia. (Código Iberoamericano de Ética Judicial, comentado, 2019, p. 126).

Ante estos datos estadísticos y pronunciamientos, cabe preguntarse: ¿A qué se deben estos altos niveles de percepción de deshonestidad en el Poder Judicial? ¿Desconfía la sociedad del Poder Judicial? ¿Cuál es el nivel de desconfianza? ¿Cuáles factores inciden en esta percepción de deshonestidad?

Para responder a ello, hemos dividido en 3 capítulos el presente monográfico. El principio de honestidad profesional en sus tres dimensiones: valor neurálgico para la consecución de una justicia sostenible tiene por objeto el análisis del principio de honestidad profesional en sus tres dimensiones: conductual, cognitiva y afectiva, enfocado en la labor del juez, como servidor público y como persona, con base en disposiciones del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en sus artículos 79 al 82. El primer capítulo: aspectos básicos sobre el principio de honestidad; el segundo capítulo: el principio de honestidad profesional en la administración de justicia, en el que abordamos tópicos relativos a la dimensión conductual del principio de honestidad; y el tercer capítulo: la persona juzgadora frente al principio de honestidad, en el que se desarrollan temas relacionados con las dimensiones cognitiva y afectiva del aludido principio ético.

Cómo citar:

Broun Isaac, J. (2020). El principio de honestidad profesional en sus tres dimensiones: valor neurálgico para la consecución de una justicia sostenible. *Revista Saber y Justicia*, 2. (18). 104-141. <https://saberyjusticia.edu.do>

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar el principio honestidad en sus tres dimensiones, como valor neurálgico para la consecución de una justicia sostenible.

Objetivos específicos

- Conceptualizar sobre el principio de honestidad, nociones, importancia y sus dimensiones.
- Establecer convergencias entre el principio de diligencia y otros principios éticos.
- Analizar el principio de honestidad como principio y garantía judicial.
- Analizar el principio de honestidad profesional en la administración de justicia.
- Incentivar la reflexión sobre la conducta de los juzgadores de cara al principio de honestidad.
- Indagar sobre el sistema sancionador por acciones deshonestas.
- Investigar los factores que inciden en los niveles de percepción de deshonestidad en torno al Poder Judicial, sus causas y consecuencias.

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE EL PRINCIPIO DE HONESTIDAD

La deontología, noción de honestidad, alcance y dimensiones

La deontología es el conjunto ordenado de deberes y de obligaciones morales que tienen los profesionales de una determinada materia. La deontología es conocida también bajo el nombre de Teoría del Deber, del deber ser y al lado de 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, p. 43).

El filósofo español Manuel Atienza (2008) en; ¿Por qué no un código deontológico para jueces?, señala las profesiones como las razones que explican la importancia de la ética aplicada: 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 (Atienza, 2003, p. 43); este 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. 24).

Hoy día la ética judicial es definida como “el conjunto de principios y normas al que se debe sujetar la conducta de los administradores de justicia; vale decir, de los jueces, secretarios y demás servidores administrativos, donde se debe incluir todo actor que participa de alguna manera en la administración de justicia (Ministerio Público, abogados defensores, etc.)” (CNRJ, p. 218). 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 la ética judicial, los cuales regulan el accionar de las personas servidoras judiciales, entre los que se pueden mencionar: conciencia funcional, disciplina, legalidad, credibilidad, honestidad profesional, entre otros.

Nociones e importancia de la honestidad. El concepto honestidad viene de las raíces latinas *honestitas*, *honestitatis*, sustantivo formado a partir del sustantivo *honos*, *honoris*, cuyo significado es honor, testimonio de consideración y estima. Ya que *honos* era el premio dado públicamente al individuo cuando se consideraba decente y recto. De allí, los *honesti* (del adjetivo *honestus*, *honesta*, *honestum*) eran las personas honradas por el pueblo con un cargo público. Por lo tanto, el concepto etimológico de este vocablo es el premio al carácter o virtud de quien era honrado y honorable (Diccionario, 2020).

William Morris (1973), en *The heritage illustrated dictionary of the English language*, afirma que la honestidad es la capacidad o condición de ser honesto, íntegro, creíble y sincero. Este autor define como honesto a aquella persona que no miente, no hace trampa y no toma ventaja injustamente. Además, dice que es honorable, creíble. No se caracteriza por decepcionar o defraudar; es genuino, manifiesta integridad y verdad. No es falso. Cabe destacar otras definiciones de honesto como razonable, justo, honrado.

Cuando se actúa con honradez en el trabajo, la persona refleja su ética, procediendo acorde con las reglas institucionales. Los resultados de esta conducta son notorios, ya que la gente confía en las personas honestas, lo cual les da oportunidad de recibir proyectos o funciones que les permiten desarrollarse tanto a él mismo como a la institución en la que se desempeña; a ello se ha denominado honestidad profesional.

En el ámbito del sector justicia, tenemos el Código IEJ, que en su artículo 79 establece cuál es la importancia del principio de honestidad profesional al indicar que la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y que contribuye al prestigio de la misma, pero no establece que debe entenderse por ese concepto, lo que resulta necesario para interpretar su alcance y comprender la manera de ponerlo en práctica.

Significa esto que la importancia de la honestidad profesional estriba en que este valor en la conducta del juez inspira la confianza pública en el sistema judicial y en la integridad del Poder Judicial, de extrema necesidad en una sociedad democrática moderna, por lo que es esencial que los jueces, tanto individual como de forma colectiva, respeten y honren las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchen para aumentar y mantener la confianza en el sistema judicial

(ONU, 2019). Por ello, la virtud de la honestidad juega un rol fundamental en la vida laboral. La falta de ella se verá plasmada en los resultados que se reflejen en los productos o servicios (Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial, 2002).

¿EN CUÁLES DIMENSIONES SE MANIFIESTA EL PRINCIPIO DE HONESTIDAD Y CUÁLES SON SUS INDICADORES¹?

De los preceptos descritos, se observa que el concepto honestidad puede ser abordado desde diferentes dimensiones: la cognitiva: que se manifiesta a través del conocimiento, conocida como honestidad intelectual; la *conductual*: relacionada con el comportamiento de quien posee el valor; y, la afectiva: orientada a lo que la honestidad inspira y provoca en la persona y en la sociedad.

Dimensión	Indicadores
Cognitiva	a. Comprensión del significado y alcance de la verdad; b. Juicio crítico ante la corrupción u otra manifestación deshonestas; c. Conocimiento de lo que implica el desapego a la honestidad.
Conductual	a. Comportamiento veraz en todo momento; b. Rechazo de actitudes deshonestas; c. Inaceptación de propuestas deshonestas.
Afectiva	a. Muestras de emoción ante la honestidad social o individual; b. respeto a la verdad; c. Sentimientos de confianza, bonhomía, autoestima, prestigio, honorabilidad, distinción, paz espiritual.

Convergencias entre principio de honestidad 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 honestidad profesional juega un rol preponderante en la labor judicial. Esta notoria relevancia se evidencia en la estrecha relación que el mismo conserva con casi la totalidad de los principios éticos que componen la lista, como se observa en la siguiente tabla.

¹ Rodríguez Reyes, Rodolfo et al. (2014). *Dimensiones e indicadores para medir los valores organizacionales*. La Habana. Universidad de Ciencias Pedagógicas José de la Cruz y Caballero Holguín. Disponible en [https:// www.efdeportes.com/efd198/dimensiones-para-medir-los-valores-organizacionales.html](https://www.efdeportes.com/efd198/dimensiones-para-medir-los-valores-organizacionales.html) (10 de abril de 2020).

	P. relacionados	Indicador
Honestidad profesional	Independencia	Ejercicio de la función jurisdiccional con absoluta soberanía respecto de los sujetos interesados en los procesos, a los demás poderes del Estado, a los órganos jurisdiccionales de superior jerarquía y a cualesquiera otra persona, física o jurídica.
	Imparcialidad	Exhibición de conducta neutral en la prestación del servicio de los usuarios, tanto durante el curso del proceso, como al momento de la emisión de la decisión.
	Transparencia	Actuar diáfano en el ejercicio de la función jurisdiccional.
	Legalidad	Apego irrestricto a la Constitución y las normas.
	Motivación	Legitimación de las decisiones de forma clara, en hecho y derecho.
	Conciencia	Ejercicio de la labor con conocimiento pleno de las funciones e implicaciones.
	Disciplina	Observancia y cumplimiento estricto de las normas administrativas.
	Equidad	Manifestación de trato justo y adecuado en cada proceso, atendiendo a sus particularidades.
	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, acorde con los valores y los principios éticos.

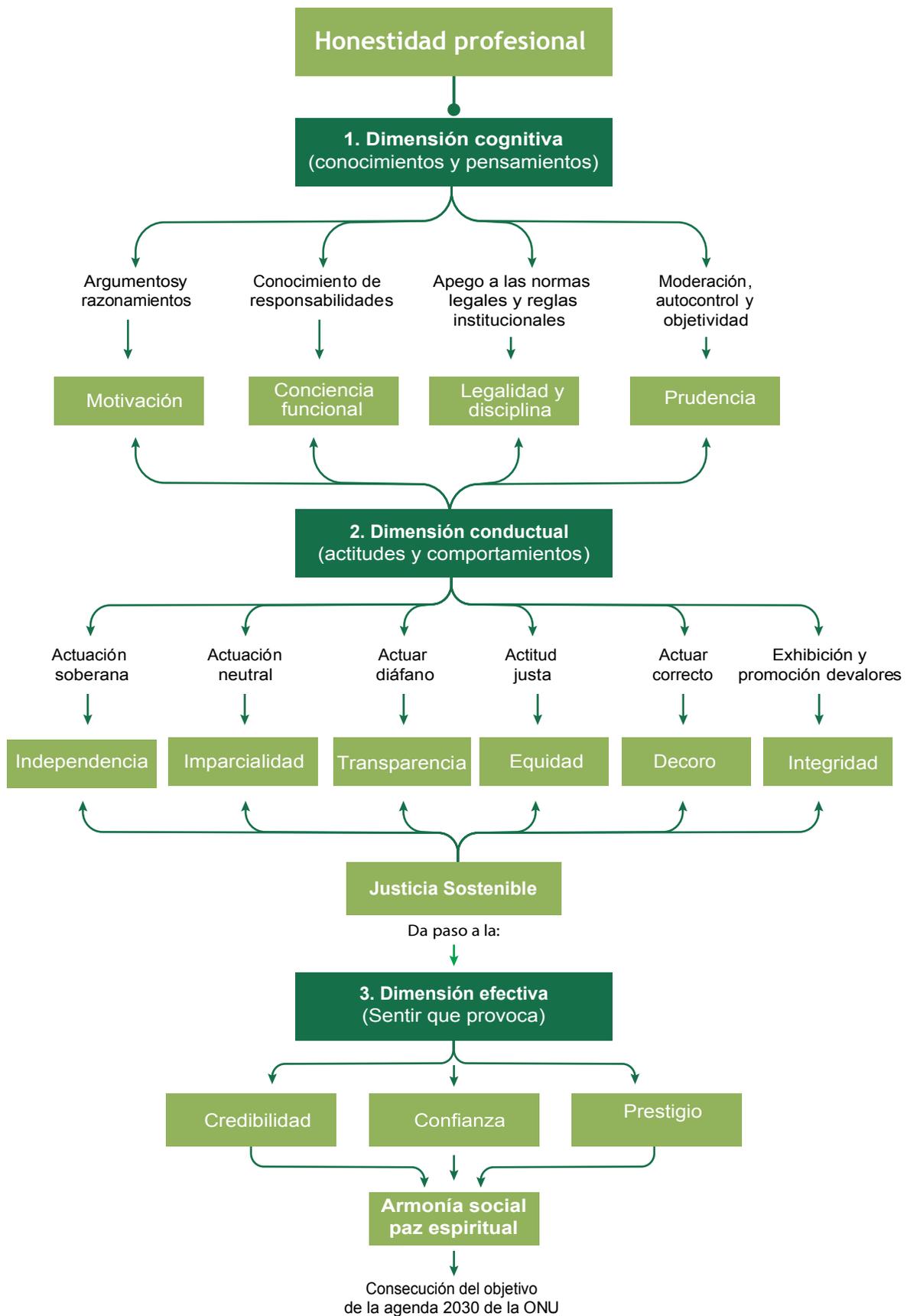
Fuente: elaboración propia.

MAPA CONCEPTUAL SOBRE EL PRINCIPIO DE HONESTIDAD PROFESIONAL: ENFOQUE TRIDIMENSIONAL

La honestidad, al igual que los demás principios éticos, se puede manifestar en la vida de los seres humanos, en diferentes niveles: en su comportamiento, en sus pensamientos, conocimientos y en su sentir, existiendo una relación lógica entre cada dimensión. Estos niveles han sido clasificados en el campo de la psicología y la pedagogía en tres dimensiones que facilitan su medición y la determinación del nivel de cumplimiento.

Estas dimensiones son: la cognitiva, que se expresa a través del conocimiento; la conductual, relacionada con el comportamiento de quien posee el valor y que se expresa mediante acciones concretas que materializan el principio o el valor, y la afectiva, orientada a lo que genera, inspira o provoca el principio en la vida del individuo y en la sociedad.

El siguiente organigrama presenta el principio de honestidad dividido en sus tres dimensiones, relacionando el mismo, con los demás principios éticos que con él convergen en cada una de ellas, con base en el contenido de la tabla anterior.



Fuente: elaboración propia.

La honestidad como principio ético y garantía constitucional

De los Códigos de Ética Judicial. En la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2006, se aprueba el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile), instando a los Estados Partes a formular sus códigos de ética, acorde con el contenido de este modelo. Este código contempla en sus artículos del 79 al 82, el *principio de honestidad profesional*, el cual prevé lo siguiente:

La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma; el juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confían para el cumplimiento de su función; el juez debe comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial; el juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial.

Vigo expone las razones para justificar la elaboración de un código de ética judicial:

a) Resolver dudas sobre el comportamiento judicial; b) avalar determinados comportamientos de los funcionarios judiciales, para que estos no se muestren como arbitrarios; c) 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, 2020).

Por estos y otros motivos, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de su misión institucional, su fortalecimiento, renovación y efectividad, el Poder Judicial dominicano persigue orientar a todo su capital humano por el camino de la responsabilidad, la dirigencia y la conciencia funcional e institucional; pero, sobre todo la *honestidad*. En estos principios, se basa el servicio que el sistema de justicia le debe a la sociedad.

Consecuentemente, la Suprema Corte de Justicia dominicana, mediante su Resolución núm. 2006-2009, del 30 de julio del año 2009, aprueba el Sistema de Integridad Institucional (SII), a manera de Código de Comportamiento Ético, el cual establece la normativa sobre el comportamiento exigido a los servidores judiciales y la forma de hacer operativa su conducta, en correspondencia con los principios éticos institucionales. Dicho código, con respecto al *principio de honestidad*, indica en su punto 10 que:

Es el atributo que refleja el recto proceder del individuo, que le permite actuar con decencia, recato y pudor, por tanto, los servidores judiciales deben comportarse de manera tal que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de forma ilegítima o incorrecta del trabajo de los demás servidores; deben adoptar medidas necesarias

para impedir que surjan dudas razonables sobre la procedencia de su patrimonio; exhibir una vida pública y privada coherente con los valores y principios éticos.

De la Constitución de la República y tratados sobre Derechos Humanos

La honestidad profesional constituye una de las garantías mínimas que forman parte sustancial del debido proceso sustantivo, es decir, su observancia incide significativamente en que las partes concurran a los procesos judiciales en condiciones de igualdad, respeto de derechos y garantías; por ello, es parte del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

Expresamente, la Constitución dominicana de 2010 no contempla el principio de honestidad, pero sí el de imparcialidad e independencia, estándares que representan su esencia. El artículo 69, de la misma, 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: 2. el derecho a ser oída [...] por jurisdicción independiente e imparcial [...].

Lo anterior implica que el principio de honestidad se erija como un derecho de categoría suprema, por lo que, todo acto o decisión ejecutada de manera deshonesta resultaría ser contrario/a a la Constitución y, por tanto, devendría en nulo de pleno derecho, en atención al artículo 6 del texto constitucional en cuestión, para lograr con ello, el ideal de la justicia: solución de conflictos de forma justa mediante decisiones fiables [...]. Por esto, la Alta Corte del Poder Judicial dominicano precisó “La independencia y la imparcialidad del juzgador constituyen conceptos íntimamente relacionados entre sí. Por su independencia, el juez solo se encuentra sometido a la Constitución y a la ley, encierra un aspecto externo y orgánico referido al Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado y frente a los denominados grupos de presión...” (Resolución No. 1920-2004). Por eso, la administración pública se encuentra conformada por un conjunto de órganos y entes públicos que de manera continua e ininterrumpida satisfacen las necesidades colectivas e individuales de las personas; así se concibe el Poder Judicial como un órgano independiente en todos los sentidos (art. 151 de la Constitución); esto no ocurre en el caso del Ministerio Público (órgano de investigación y persecución), ya que se encuentra inserto en el Poder Ejecutivo como sucede en el sistema mexicano, francés, alemán y estadounidense.

En ese orden de ideas, la Comisión IDH, en *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, considera que los Estados deben adoptar medidas institucionales que les permitan ejercer sus funciones con garantías de independencia. Las garantías deben estar dirigidas a proteger tanto la labor de los Poderes Judiciales como de todas las instituciones relevantes, en particular los ministerios públicos y las defensorías públicas (2019, p. 124); también señaló que “la impunidad y la corrupción menoscaban 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” (p. 58). La Comisión IDH lo exige, porque esta administración debe estar sujeta a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación; así lo

establece nuestra Constitución, en su artículo 138, principios que de igual manera rigen este importante órgano en toda Latinoamérica.

Por otro lado, en el marco supranacional, contamos con que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 1966, contempla que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial... (art. 14.1); y la *Convención Americana de Derechos Humanos* tampoco contempla taxativamente el principio de honestidad; pero expresa, en su artículo 8.5, que: el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia, a fin de lograr el desarrollo de procesos judiciales libres de móviles espurios, uno de los objetivos del principio de honestidad.

El referido texto, en su artículo 27, establece en *lato sensu*, que las garantías judiciales, dentro de las que quedan incluidas la independencia, imparcialidad e igualdad ante la ley y entre las partes, no son objeto de suspensión *so pretexto* de ninguno de los estados de excepción (caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la nación), lo que indica que las aludidas garantías que materializan el principio de honestidad, entiéndase, igualdad, independencia e imparcialidad, forman parte del núcleo duro de los derechos fundamentales, dada su importancia capital para la sostenibilidad de las naciones y de la propia justicia.

En este mismo plano, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, ratificada por el Estado dominicano, en fecha 6 de febrero de 1999, hace referencia al principio de honestidad de forma expresa, en su artículo 5, al establecer que: Con el objeto de combatir la corrupción cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la *honestidad* y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

Es preciso agregar, que la Corte IDH respecto al estándar de independencia e imparcialidad ha juzgado que:

Los tribunales internos que resolvieron los recursos judiciales presentados por el señor Ivcher no satisficieron los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención como elementos esenciales del debido proceso legal, lo que hubiera permitido la obtención de una decisión adecuada a derecho. En tal virtud dichos recursos no fueron efectivos (IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 2001).

Del código procesal penal dominicano

Esta norma, instituida por Ley Núm. 76-02, modificada por Ley núm. 10-15 (en lo adelante CPP), establece en su principio 5, entre otros aspectos, que: “Los jueces solo están vinculados a la ley. Los jueces deben actuar en forma imparcial y son

independientes de los otros poderes del Estado y de toda injerencia que pudiese provenir de los demás integrantes del Poder Judicial o de los particulares”.

En ese tenor, la Corte Constitucional colombiana, en su Sentencia C-600/11, del 10 de agosto de 2011, sobre el derecho a un juez imparcial, estableció lo siguiente:

[...] se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley, garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.

Por esta razón, la valoración de las pruebas por parte del juzgador tiene que ser con imparcialidad, honestidad, transparencia, razonabilidad, exenta de arbitrariedad, en el entendido de que los juzgadores son y deben ser terceros imparciales, solo atados al imperio de la ley (Sentencia núm. TC/0616/18).

La Sentencia No. TC/0362/19, del Tribunal Constitucional dominicano, constituye un logro en el combate contra la corrupción, en materia penal, ya que fija el precedente constitucional de que las acciones contra la corrupción administrativa pueden ser encausadas por el querellante de manera particular, sin el Ministerio Público (se modifica el artículo 85, del CPP) lo que resulta interesante porque crea una apertura al acceso a la justicia contra la sombra de la honestidad: la corrupción.

Es aún más interesante saber, que la fuente material y los fundamentos de los accionantes en esta trascendental jurisprudencia son: la falta de independencia, inercia y arbitrariedad del Ministerio Público, la importancia de generar conciencia entre la población, la gravedad de los casos de corrupción, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción (Sentencia Núm. TC/0362/19. pp. 10-23).

EL PRINCIPIO DE HONESTIDAD PROFESIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La sombra de la honestidad: la corrupción

Transparencia Internacional y el Banco Mundial consideran como *corrupción* el “uso de una posición pública para la adquisición de beneficios ilegales” (ONU, 2020), también puede ser definida como toda conducta ejercida tanto por particulares como por los servidores públicos, que se desvía de los deberes regulares a la función encomendada, utilizando su posición de poder con el fin de servir a intereses particulares u obtener beneficios personales.

La corrupción ha sido siempre un tema de actualidad, relevancia y preocupación, que se manifiesta de distintas maneras a nivel internacional, sea mediante el tráfico de influencias, contrabando, soborno, peculado, uso privado de bienes públicos, entre otros.

La CIDH, en *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, estima que los principales factores que facilitan la corrupción institucional son: a) amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de agentes estatales; b) falta de control de los actos de la autoridad, lo que se basa en poca transparencia y rendición de cuentas en torno a las decisiones adoptadas por la autoridad, así como en la naturaleza secreta de la corrupción; c) alto nivel de impunidad, ello permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos; la impunidad se garantiza en la medida que los actos no se investigan y si se investigan no se sancionan y si se sancionan, las consecuencias son desproporcionadas en relación al beneficio obtenido por el infractor. Esta amplia discrecionalidad, sin el debido control y rendición de cuentas, es fuente de posibles actos de corrupción (2019, p. 53).

Los estudios sobre la corrupción demuestran que los derechos humanos más afectados son los económicos y los sociales, entre estos, el derecho a la alimentación y, a la salud individual, por un lado, y por el otro, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad. En el primer caso, los derechos son afectados por el Poder Ejecutivo, mientras que, en el segundo, por el Poder Judicial y el Ministerio Público (Montoya, 1919, p. 259); por ello, la presente investigación tiene como principal objetivo medir el nivel de percepción de honestidad de la ciudadanía en torno a estos dos órganos y a determinar sus causas.

Las prácticas de corrupción afectan 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. El daño que ocasiona este flagelo no solo actúa sobre el desarrollo económico y la confianza ciudadana, sino también sobre los sectores más vulnerables de la sociedad, que son los más afectados por los desvíos de fondos y manejo inadecuado de procesos judiciales.

La gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y la seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el *desarrollo sostenible*, obliga a los estados a tomar medidas rigurosas para su combate, (persecución y sanción); pero sobre todo a aplicar políticas públicas efectivas para su prevención.

Por todo lo anterior, la CADH impone dos importantes obligaciones generales a los Estados Partes: *respetar* los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y *garantizar* su ejercicio, emprendiendo las acciones necesarias para asegurar que todas las personas estén en condición de ejercerlos y gozarlos, lo que necesariamente implica que las instituciones públicas actúen en observancia estricta al principio de honestidad.

La Corte IDH analizó el contenido de la obligación de *garantizar*, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fijando el siguiente estándar: “Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (CIDH, 1988, 29 de julio).

Esta acción del estado no debe ser solo formal; es por ello que la Corte añadió: La obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Nota propia); por ello, la razón de ser de los Estados es garantizar la protección, goce y disfrute de derechos y garantías; obligación que se materializa en el caso de los poderes judiciales dirigiendo los procesos sometidos a sede jurisdiccional; en estricta atención a las normas del debido proceso.

Las garantías mínimas de la imparcialidad e independencia judicial constituyen parte sustancial de la materialización del principio de honestidad, cuya observancia es preponderante para lograr el cumplimiento del debido proceso. En ese sentido, es menester señalar que la Comisión IDH, mediante Resolución núm. 1/17 se refirió a la obligación de los Estados en la aplicación de medidas para prevenir y erradicar la corrupción, expresando lo siguiente:

La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos.

Actuaciones procesales de manifestación de honestidad profesional

Los jueces en el ejercicio de sus funciones no deben permitir que las presiones de la sociedad, la prensa amarillista, los gobiernos extranjeros, los organismos internacionales y las llamadas estadísticas judiciales interfieran en su misión de impartir una diáfana y sana administración de justicia, con apego a los cánones constitucionales y legales y sobre todo a la recta conciencia del juzgador (González, 2004, p. 32).

Cuando esto ocurre, se pone en juego la independencia e imparcialidad judicial, garantías mínimas imprescindibles para la consecución de una justicia sostenible. Por ello, la persona juzgadora debe ser proba, valiente y poseer plena conciencia de que su labor incide significativamente en la protección y satisfacción de derechos civiles, políticos; pero, sobre todo, económicos y sociales, de los que depende la sostenibilidad económica de la nación.

De ahí; que, los jueces no deben permitir recibir influencias internas o externas; sus decisiones deben ser adoptadas con la balanza de la justicia en sus manos, es decir, de manera equitativa, justa, razonable y con los ojos vendados, o sea tratando a los usuarios acorde con los principios de igualdad y equidad, sin tomar en cuenta circunstancias personales o ajenas al proceso. Deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten estos principios éticos y valores supremos y evitar comportamientos ilegítimos, irregulares o incorrectos que lo pongan en duda (art. 81 del Código IEJ).

Otra de las armas de la persona juzgadora es la norma, herramienta mediante la cual el juez se legitima, por ello, debe argumentar de manera clara, precisa y contundente la decisión dada por escrito; pero sobre todo los argumentos sucintos que vierte de manera verbal al dictar su decisión en el escenario de la inmediación, puesto que, precisamente es ese el *momentum* para convencer a las partes de que la decisión adopta es la procedente, con base en la norma, los principios de derecho y los valores axiológicos que inspiran el cuerpo normativo aplicado. De esta manera, si bien no se logrará que todas las personas queden satisfechas con la decisión adoptada (porque en todo proceso una de las partes resulta afectada), se logrará su comprensión.

La motivación clara y precisa es una verdadera manifestación de *honestidad*, porque como ha expresado la Suprema Corte de Justicia dominicana, este deber constituye una garantía contra el *prejuicio y la arbitrariedad*, porque muestra de manera transparente los fundamentos de la decisión judicial, lo que facilita el control jurisdiccional y fortalece la seguridad jurídica a la que aspira disfrutar la ciudadanía².

Es vital tener en cuenta que cuando una decisión no puede ser justificada con fluidez es señal de que hay algo incorrecto en la misma. Por tal razón, los jueces deben poseer la suficiente honestidad intelectual para determinarlo y un alto nivel de humildad para reconocerlo; esto le permitirá retractarse de ser posible o cambiar el criterio en casos posteriores de ser necesario.

Los jueces deben tener la suficiente honestidad profesional para adoptar las medidas necesarias en aras de evitar que su honradez sea puesta en tela de juicio; o que por la razón que fuere sus condiciones no les permitan emitir una decisión imparcial. Cuando esto ocurre, la norma pone en sus manos el mecanismo de la inhibición y a disposición de las partes, la figura de la recusación. Dentro de las causales por las que pueden inhibirse o ser recusados por las partes tenemos:

-Ser cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, de alguna de las partes o de su representante legal o convencional; -tener o conservar interés personal en la causa [...]; haber intervenido en el proceso con anterioridad [...]; haber emitido opinión o consejo sobre el proceso; tener amistad o enemistad o frecuencia de trato con una cualesquiera de las partes; cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecten su imparcialidad o independencia (Código Procesal Penal dominicano, Artículo 78).

2 República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. (Sentencia Núm. 1. 2 de febrero del 2007).

La inhibición es la decisión unilateral que adopta el juez de apartarse de un proceso judicial cuando considera que concurre algún motivo que le dificultará administrar justicia como es debido o porque existen motivos notorios -que, aunque no incidirán en su labor, su participación puede ser mal vista por las partes o por la ciudadanía, afectándose así la imagen institucional; por ello, el Código IEJ establece que el juez debe actuar de forma correcta, aunque no le estén viendo. Por tal razón, no es suficiente serlo; es sumamente necesario parecerlo ante los ojos de cualquier observador razonable. El empleo de esta figura procesal constituye el mayor ejemplo de exteriorización de la honestidad.

Para lograr el fortalecimiento de la honestidad, manifestada a través de este mecanismo, la jurisprudencia dominicana en aras de salvaguardar en cierto sentido la intimidad y la seguridad personal de los jueces, ha establecido que cuando un juez solicita su exclusión de un proceso no está obligado a revelar las circunstancias que motivan su decisión (art. 598, Código de Trabajo) (Sentencia Núm. 6, B. J. y núm. 1162. septiembre, 6, 2007), aunque en la práctica cuando no se justifica la inhibición suele ser desestimada.

Cuando el juez no es lo suficientemente honesto para reconocer de oficio que no se encuentra apto para resolver un conflicto, por alguno de los motivos señalados, las partes tienen la prerrogativa de recusar al juez, es decir, le pueden solicitar (oralmente o por escrito, según sea la materia o la causal invocada) que analice la posibilidad de autoexcluirse, estando el juez en la opción de admitir o desestimar la petición; sin importar su decisión estará en el deber de remitir un informe por ante el tribunal de alzada, a fin de que decida sobre su pertinencia.

Los jueces deben ser lo suficientemente honestos al momento de inhibirse, debiendo establecer, de ser posible, con diafanidad los motivos de su autoexclusión, porque de ser manifiestamente improcedente se podría interpretar como evasión de responsabilidad jurisdiccional. En ese mismo sentido, es preciso agregar que algunos abogados utilizan la recusación como mecanismo retardatorio, pero cuando la recusación es presentada de manera reiterada en el marco de un mismo caso y se advierte que se trata de una media dilatoria, algunos juzgadores opinan que estarían en la facultad de rechazar la misma y continuar con el proceso sin remitir a alzada. Particularmente, estimamos que no es la medida más sana, porque regularmente cuando un juez es recusado se tocan fibras sensibles y se suelen herir sentimientos, porque a veces se tocan temas personales, por lo que no sería correcto que el mismo juez decida sobre su exclusión, porque podría hacerlo de forma poco objetiva. También podría denotar marcado interés particular en el caso, lo que pondría en tela de juicio su honestidad.

Una medida efectiva podría ser advertir al recusante la posibilidad legal de ser sancionado por litigio temerario, haciéndose indicación concreta de los efectos de dicha sanción y remitir a la alzada para que decida. De este continuar con la misma actitud retardatoria, podría ser condenado en una próxima audiencia.

A nuestro juicio, la imposibilidad material de recusar jueces sin rostro queda legitimada, puesto que la seguridad personal, la integridad física y la vida de estos servidores judiciales, de cara a la peligrosidad de los procesos de criminalidad organizada, se antepone al derecho procesal de la recusación, toda vez, que

esta garantía queda salvaguardada con la figura la autoexclusión o inhibición, así también mediante el derecho a los recursos. Además, si existen motivos de recusación que se advierten en la conducta del juez, no es necesario en todos los casos conocer su identidad, por ejemplo: trato parcializado a favor de una de las partes, desconocimiento de la norma, entre otros.

Rendición de cuentas e independencia económica como garantías de honestidad

El Código IEJ establece, en su artículo 80, que: el juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función. Una de las razones por la que la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, consigna como Objetivo No. 16, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

La Oficina de Auditoría General de Canadá (1975) define la rendición de cuentas como: La obligación de responder ante la responsabilidad que ha sido conferida [...]. Scout Mainwaring (2003) la concibe como una relación formalizada de supervisión o sanción de funcionarios públicos por ante otros actores (Bolaños, 2020). También puede ser entendida como el deber que tienen los servidores públicos de informar, justificar, asumir la responsabilidad ante el pueblo y los superiores, en torno a sus actuaciones sobre el uso dado a los fondos asignados y los resultados obtenidos en procura de la satisfacción de las necesidades de la colectividad. La rendición de cuentas es uno de los principales componentes de la transparencia, la eficiencia, la eficacia; pero, sobre todo de la honestidad.

La rendición de cuentas consiste esencialmente en el análisis y el tratamiento de la información existente, por medio de: 1) la explicación del origen, del uso y de la aplicación de los fondos a disposición de la administración de justicia; 2) la confección y la aplicación de los indicadores relevantes de la gestión jurisdiccional y administrativa [...] (Cumbre Judicial Iberoamericana, p. 3). Los poderes judiciales, según proceda, ofrecerán información actualizada, accesible y comprensible del estado de ejecución de los presupuestos, de los ingresos y de los egresos, mediante una memoria periódica u otro instrumento adecuado.

Por ello, los poderes judiciales deben rendir información presupuestaria y ponerla a disposición de la ciudadanía, toda vez, que la partida presupuestaria que se les otorgaba proviene de la recaudación y percepción de los impuestos pagados por la ciudadanía a fin de recibir productos y servicios por parte del propio Estado; por tanto, poseen el derecho a recibir información actualizada, accesible y comprensible sobre la ejecución presupuestaria; en palabras de Binder en ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial? no alcanza con abrir las puertas del sistema judicial, sino que esa transparencia obliga un activismo del sistema judicial para rendir cuentas” (2020). Para la Comisión IDH es una pieza imprescindible para garantizar procesos de transparencia y de rendición de cuentas adecuados. Es la capacidad estatal de producción de información, así como la garantía de su difusión y el acceso a la misma por parte de la sociedad.

Según el Informe sobre pobreza y derechos humanos; la obligación del Estado de producir y difundir información pública se transforma así en un elemento esencial para que la sociedad pueda fiscalizar el accionar estatal en la formulación y gestión de políticas públicas (Cumbre de las Américas, 2018, párr. 2, 9, 10), tanto sobre la institución como sobre la persona servidora pública. Sin embargo, el acceso a datos públicos por sí mismo no es un elemento suficiente para la lucha contra la corrupción. Se requiere que el acceso sea oportuno y completo. La importancia capital que reviste este mecanismo de transparencia ha provocado algunos países lo hayan consignado en sus Constituciones, tal es el caso de Argentina, provincia Río Negro (Artículo 5 de la Constitución de la provincia de Río Negro).

El artículo 82, del Código IEJ, establece que: “El juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial. Con base en ello, la Ley No. 327-98, sobre Carrera Judicial, en República Dominicana, en su artículo 41.2, impone a las personas juzgadoras la obligación de presentar declaración jurada periódicamente y dentro de los plazos establecidos conforme a las exigencias de la Ley No. 311-14, sobre Declaración Jurada de Patrimonio. También tienen la responsabilidad de comunicar las obligaciones crediticias contraídas, en virtud de 44.7, de la Ley de Carrera Judicial. En Argentina, el artículo 2 de la Ley 26.857, modificado por el artículo 5 de la Ley 25.188 de fecha 21 de mayo 2013, consagra la obligación de presentar declaración jurada patrimonial. Esta misma obligación la contempla el artículo 122 de la Constitución colombiana, y en Chile, por la Ley 20.088, de fecha 05 de enero de 2006. Dicho documento debe ponerse a disposición de la ciudadanía de los Estados iberoamericanos, haciendo posible la fiscalización de la conducta financiera de los servidores públicos que administran el erario y denunciar de ser necesario. De igual manera, permite dar seguimiento al nivel de endeudamiento de los jueces y aplicar medidas que permitan lograr la independencia económica de los mismos, habida cuenta que las condiciones económicas de los jueces inciden en la sostenibilidad de su honestidad.

En procura de la independencia económica de la persona servidora judicial, la Dirección de Gestión Humana del Poder Judicial de Costa Rica, desde el año 2018, realiza periódicamente un estudio para conocer el nivel de endeudamiento de la población judicial, el cual sirve de insumo para la implementación de un proyecto preventivo denominado “Finanzas Sanas”, que conlleva un proceso de educación financiera y adecuación de deudas con intereses blandos (Sánchez Rodríguez, 2019). Estas acciones se convierten en medidas institucionales tendentes a la prevención del riesgo de corrupción que pueda tener como causa un alto nivel de endeudamiento de los servidores.

En virtud de lo anterior es que resulta tan importante la independencia económica de los Poderes Judiciales y la asignación de una partida presupuestaria suficiente. En esos términos, el Estatuto Universal del Juez, aprobado en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en Taipéi, Taiwán, en noviembre de 1999, reconoce, en su artículo 13, la necesidad de proporcionar a los jueces una remuneración adecuada.

No se debe soslayar que la remuneración suficiente depende del presupuesto otorgado, lo que incide en el buen funcionamiento e independencia de los poderes

judiciales. Así lo ha juzgado el Tribunal Constitucional dominicano, indicando que no debe existir controversia al momento de afirmar que no es posible garantizar el funcionamiento adecuado de los poderes y órganos fundamentales del estado si no se les asignan fondos suficientes en el presupuesto general del Estado [...] (Sentencia TC/0001/15, de fecha 28 de enero de 2015). La falta de herramientas afecta la independencia y merma la honestidad.

En ese orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó, en el año 2006, refiriéndose a los retrasos e impagos de salarios y de la jubilación de cuatro jueces ucranianos, que «la falta de pago por el estado, dentro del plazo de los salarios de los jueces es incompatible con la necesidad de garantizar que estos puedan ejercer sus funciones judiciales con independencia e imparcialidad, al abrigo de cualesquiera presiones externas que pretendan influir en sus decisiones y en su comportamiento» (*Caso Zoubko y otros c. Ucrania*. Sentencia de 26 de abril de 2016, Recurso N° 3955/04, 5622/04, 8538/04 y 11418/04, § 68). Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado, en los años 2018 y 2019, por una parte, que «la garantía de independencia es inherente a la misión de juzgar»; y, por otra parte, insiste: «el hecho de que los jueces perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial (Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala. Sentencia de 27 de febrero de 2018).

Sin lugar a dudas, la independencia económica lograda con remuneración suficiente y seguridad social sólida, lejos de ser una cuestión meramente retributiva y lógicamente de salvaguarda de sus derechos económicos y sociales, se configura como un elemento que atañe poderosamente a la independencia y honestidad de quienes ejercen la función. Tal es el caso del efecto de los “dilemas éticos”, que ponen en juicio de duda las decisiones más racionales de una persona dependiendo de la situación familiar, económica, social, de seguridad o la vida misma. Por tanto, es fundamental contar en los poderes judiciales con personas con integridad comprobada, pero que aseguremos en ellos un “bienestar familiar, económico y social” (Sánchez Rodríguez, 2019, p. 9).

En procura de impedir lo anterior, el Código de Ética español en su artículo 4 se refiere a la independencia económica al establecer que: “El juez y la jueza tienen el deber de reclamar de los poderes públicos condiciones objetivas de trabajo, adecuadas para el ejercicio independiente de sus funciones [...]”; disposición deontológica que se basa, en el artículo 50, de su Constitución, el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos en la tercera edad y, en el artículo 402, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone al Estado garantizar la independencia económica de los jueces [...].

En República Dominicana, la suficiencia económica constituye uno de los principales retos para el Poder Judicial, puesto que con base en el artículo 3, de la Ley No. 194-04, del 28 de julio de 2004, le corresponde un 2.66% del PIB. Sin embargo, nunca ha recibido dicha cantidad. En este 2020, no recibió ni el 50% de dicho porcentaje³, lo que a todas luces socaba en principio de legalidad, merma la autodeterminación del órgano y pone en juego su sostenibilidad.

³ Poder Judicial es la cenicienta del presupuesto nacional en el 2020. Hoy. Disponible en <https://hoy.com.do/poder-judicial-es-la-cenicienta-del-presupuesto-del-estado-en-el-2020/> (9 de abril de 2020).

En síntesis, las personas juzgadoras tienen el deber de demandar mejoras legales en pro del beneficio de la independencia judicial como un derecho que les asiste y como una garantía del buen funcionamiento de los poderes judiciales, lo que, por ende, constituye una obligación estatal ineludible.

La honestidad: imprescindible para la construcción de una justicia sostenible

Como indicamos al inicio de este trabajo de investigación, el objetivo 16, de la Agenda 2030, de la ONU se refiere a la paz, a la justicia y a instituciones fuertes y con este objetivo se pretende: “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible [...]”. Para lograr el desarrollo sostenible de las naciones, estas deben disponer, en primer orden, de una justicia sostenible, porque de ello depende la protección de los derechos y de las garantías, necesaria para el desarrollo integral de las personas.

Ordóñez Solís, magistrado español y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea y de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, sostiene que el concepto de justicia sostenible se basa en un acervo común integrado por el Estado de Derecho, la protección de los derechos humanos y, en particular, por unas instituciones judiciales independientes e imparciales, al servicio de los ciudadanos (Ordóñez, 2018). El referido autor español señala también que la sociedad ha progresado desde el punto de vista material y moral, y también ha mejorado la justicia. Sin embargo, en las sociedades desarrolladas los riesgos de que se derrumbe lo construido hasta ahora son muy elevados y en las sociedades en desarrollo, donde no se han alcanzado los mínimos imprescindibles para poder hablar de una justicia decente, es inexcusable avanzar en su desarrollo (p. 3).

El principio de honestidad profesional juega un papel preponderante en la construcción de una justicia sostenible, es decir, una justicia lo suficientemente sólida que pueda garantizar a las generaciones presentes y futuras la protección de derechos y garantías de manera efectiva, mediante el dictado de decisiones justas, equitativas y razonables. Actuar conforme al espíritu del valor de la honestidad permite erigir una justicia segura, fundada en la solución de conflictos con base en la legalidad, en la interpretación lógica y razonable de la norma y de los principios generales de derecho, en ausencia de sesgos e intromisiones espurias.

También son numerosos los elementos de una justicia sostenible, a juicio del magistrado Ordoñez, dos de ellos la caracterizan de un modo sustancial: por una parte, un catálogo de derechos fundamentales, y, por otra, la existencia de jueces independientes, imparciales y en diálogo constante, especialmente reforzado a través de instancias judiciales supranacionales (p. 6); a lo que agregaríamos: poderes judiciales con presupuesto financiero suficiente y órganos de investigación independientes del gobierno. Con el primero, se garantiza jueces con independencia financiera y herramientas necesarias para impartir justicia dignamente y, con el segundo, a los Poderes Judiciales se les presentarían procesos bien fundados y con méritos suficientes para ser judicializados.

El instrumento de la justicia, sin lugar a dudas, es el juez. Las notas esenciales del juez son su independencia y su imparcialidad. Asimismo, en nuestra época, la función judicial en una sociedad plural se apoya en dos elementos particularmente distintivos: por una parte, una elevada exigencia ética marcada no solo por la responsabilidad penal y disciplinaria del juez, sino por un código de conducta (p. 7). Sin embargo, debe valorarse que en los países con sistemas penales acusatorios o adversariales, la función investigativa se encuentra a cargo del Ministerio Público, lo que indica que no es suficiente para alcanzar una justicia sostenible para que el juez sea independiente e imparcial, se requiere también que el órgano investigador y sus auxiliares también lo sean. Esto permitirá la realización de investigaciones con alto sentido de legalidad, diligencia y objetividad, lo que daría al traste con investigaciones serias. Solo así, el esfuerzo de los jueces cobraría sentido.

Sin lugar a dudas, la justicia se debe a cada época y en cada época se puede caracterizar por rasgos que la definen. Por eso, en nuestro tiempo, en el siglo XXI, podría hablarse de una justicia sostenible que aúne tradición con progreso, siendo necesaria, para ello, la entrega y el compromiso incondicional de servidores judiciales honestos, con vocación de servicio, con conciencia funcional: comprometidos con los principios éticos.

LA PERSONA JUZGADORA FRENTE AL PRINCIPIO DE HONESTIDAD PROFESIONAL

Conductas de exteriorización de honestidad como persona y profesional

La persona juzgadora debe actuar de manera tal que ante a los ojos de cualquier observador razonable sea considerada honesta; de esto dependerá la credibilidad que la sociedad deposite en él, lo que sin lugar a dudas se refleja en la imagen de los Poderes Judiciales. Por esta razón, debe cohibirse de realizar acciones que pudieren poner en duda su correcto proceder como persona y como profesional, es decir, en el ámbito de su vida pública y privada, de manera personal y vía las redes sociales.

Con base en el principio de igualdad, a los jueces les asisten los mismos derechos que a todas las personas, pero estos derechos pueden experimentar restricciones con el objeto de preservar la función que estos ejercen. No hay cláusulas que limiten específicamente el uso de las redes sociales, de modo que no hay restricciones ni deberes especiales previstos respecto de su empleo. Sin embargo, sería errado concluir que los jueces pueden usar indiscriminadamente las redes sociales o comportarse como les parezca en cualquier escenario (Ordóñez, 2015). Por la vía que fuere deben esforzarse en modelar un comportamiento guiado por principios éticos, entre estos:

Independencia e imparcialidad. Tienen derecho a simpatizar por un partido político porque, lógicamente, pertenecen a la sociedad; por ello, tienen el derecho y el deber de elegir a quienes consideren están en las mejores condiciones de tomar las riendas de su país. Lo que sí les queda prohibido es hacer proselitismo y abanderarse en posturas políticas partidarias y exteriorizar posiciones que los muestren susceptibles de verse influidos por grupos o personas [...], así lo establece el art. 4 de la Constitución española, los arts. 45.2 y 68.8 de la Ley de Carrera Judicial de República Dominicana y así lo contemplan la totalidad de los Estados iberoamericanos. Esto significa que deben poner de manifiesto que no recibe influencias. Así debe parecerlo, no solo de intereses externos, si no también internos, lo que les conducirá a realizar una labor jurisdiccional guiada solo por la norma y los principios generales del derecho. En esa línea, la Corte IDH consideró en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú que es necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho y, en especial, la del juez constitucional, en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento (Corte IDH.Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001).

Se debe procurar no ejecutar acciones que puedan ser interpretadas como atentatorias a los principios de independencia e imparcialidad. Por esta razón, lo persona juzgadora:

- a. Debe cohibirse de mantener conversaciones o reuniones privadas en el trabajo o fuera del mismo con una de las partes o sus abogados, envueltos en los proceso que tienen en su poder; lo recomendable es, si el tema de tratar es de índole meramente procesal, reunirse con todas las partes no solo con el interesado en la reunión, en presencia de la secretaria del tribunal y de ser necesario, deberá ser grabada la conversación que se sostenga y levantarse acta al efecto, así lo ha dispuesto el Poder Judicial de República Dominicana, mediante circular No. 019/2019; b. No debe recibir dadivas, cual fuere su valor o naturaleza, por más noble que pueda parecer el agrado debe tenerse pendiente que la acción la mueve el interés y que las más manos que dan esperan recibir, lo que la persona juzgadora jamás podrá complacer porque se debe a la norma, con base en los artículos 44 numeral 5 de la Ley 327-98 y artículo 80 numeral 1 de la Ley 41-08 sobre Función Pública.

Prudencia. La prudencia será lo que les guiará a comportarse como se explica en los párrafos anteriores; al mostrar una conducta orientada al autocontrol y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional, procurando que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente [...], como lo exigen los artículos 69 y 69, del Código IEJ. Con base en este estándar ético, queda prohibido utilizar el prestigio de la función para obtener intereses privados, para los miembros de la familia o para cualquier otra persona. Tampoco deben dar o permitir que otro dé la impresión que influye en el juez a favor de terceros (art. 4.9 del Código de Bangalore).

Igualdad y equidad. Se debe brindar un trato igualitario y equitativo a todo el que toca las puertas de los juzgados. Deben ser todos tratados conforme a las mismas reglas. La equidad implica que se deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso (parcialidad positiva) (España, Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 170 del 1990), sin que esto los arrastre a fundar sus decisiones en base a nacionalidad, género, raza, credo o religión, ideas políticas, orientación sexual, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias (parcialidad negativa).

La igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o, de cualquier forma, lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos, que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. “En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, queda prohibido todo tratamiento discriminatorio” (Corte IDH, 2005, Un cuarto de siglo: 1979-2004. p. 1001).

Coherencia procesal. Todo ser humano debe ser coherente en lo que dice y en lo que hace (palabras y hechos), por eso, es fácil darnos cuenta cuando un testigo falta a la verdad, pues su expresión facial dice todo lo contrario de lo que expresa con sus palabras. Por esta razón, el principio de coherencia reviste tanta importancia en el ámbito jurisdiccional. El principio de coherencia hace que actuemos de forma consistente, de acuerdo con nuestra forma de pensar o de nuestros actos previos, aunque esto signifique ir en contra de nuestro interés personal. Este principio también se denomina principio de compromiso o consistencia.

La coherencia en las decisiones judiciales permite que estas sean predecibles. Algunos doctrinarios critican esto, sin embargo, de ello depende sustancialmente la seguridad jurídica, puesto que de ser incierta la decisión del juez, en casos con características similares, las partes no sabrían a qué atenerse. Ha quedado demostrado que la incoherencia procesal abre las puertas a la corrupción, la oculta, la hace ver como una simple falta de conexión judicial o ausencia de criterios jurídicos firmes.

Predictibilidad. El peruano Castillo Alva, refiere que “la ausencia de criterios coherentes y precedentes definidos ha llevado a que los juristas se encuentren hoy en una incertidumbre. No hay certeza sobre cómo serán resueltos los procesos; en consecuencia, existe una necesidad de una administración de justicia que ofrezca seguridad y estabilidad jurídica. Justamente es este el propósito de esta novísima institución; la predictibilidad de los fallos judiciales (Franco, 2020).

Entre los objetivos de la predictibilidad en la administración de justicia tenemos:

- Fortalecer la seguridad jurídica. Los precedentes, verticales u horizontales, generarán una estabilidad en el sistema jurídico, brindando mayor confianza a la ciudadanía;
- eliminar la corrupción. La coherencia procesal y la predictibilidad de las decisiones reduce el ámbito de discrecionalidad del juez, al cerrarse las brechas de interpretación se elimina en gran medida las oportunidades de corrupción;
- e. elevar la percepción de confianza y credibilidad. Los precedentes

además generan mayor confianza en los justiciables, credibilidad por parte de la población en la administración de justicia, y mejora la imagen de los poderes judiciales.

Libertad de expresión: vida pública y privada de los jueces

El derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento representa una prerrogativa inherente a toda persona humana, que le permite manifestar de manera pública sus pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio, 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 convencionalidad⁴.

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. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio del 2004, Serie C núm. 107, párr. 112). He ahí su importancia para el alcance del bienestar general y la felicidad de los pueblos.

La prerrogativa de expresarse libremente no solo implica la salvaguarda del derecho y la libertad de formular su propio pensamiento, sino también la prerrogativa 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, las cuales, ha dicho la Corte Interamericana, 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”.

Por esta razón, existen discursos especialmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión, por lo que tienen prelación sobre otros derechos, entre de estos: el político sobre asuntos de interés público, el relativo a funcionarios públicos en ejercicio y el que expresa elementos esenciales de la identidad o dignidad de las personas. Así lo juzgó la Corte IDH, el 31 de agosto de 2004, en ocasión al conocimiento del caso Ricardo Canese vs. Paraguay; esto nos indica, que en el marco del desarrollo de disertaciones de índole político, gestión pública, etc., la libertad de expresión se antepone ante los derechos que en supuestos ordinarios representarían el límite a estos discursos.

⁴ 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 (en adelante “el PIDCP”) 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 y difusión del pensamiento, 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.

También, sirve como medio de monitoreo y escrutinio al servidor judicial, en su vida pública y privada. Es delicado que los jueces no sean sinceros y humildes al hacer públicas sus vidas privadas en las redes sociales, porque podrían crear una falsa imagen que podría poner en tela de juicio su honestidad profesional, aunque sí lo sea, por esta razón, el juez debe actuar con la verdad en todo momento. No sólo debe 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, los jueces deben actuar con prudencia, implicando la ejecución sus acciones orientadas 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 discreción⁵. 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, 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 (p. 2).

Los poderes judiciales continuamente son interpelados sobre la legitimidad de su gestión [...], por ello, se justifican las 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 (p. 6). Por estos motivos, no es ético que los jueces respondan ataques destructivos aunque sean sustancialmente infundados. Tampoco deben utilizar la prensa para responder a provocaciones, porque así lo exigen los imperativos superiores de la justicia y de la dignidad de la función judicial (p. 8). Tampoco es ético que el juez o la jueza muestre comportamientos o actitudes que puedan interpretarse como que se busca un reconocimiento desmedido o injustificado (Código de Comportamiento Ético Dominicano, art. 23.5); es decir, deben ser prudentes y humildes. No debe haber otro interés mayor que el esmero por la solución de conflictos de manera eficaz, por satisfacción personal, por conciencia o por el sentir del deber cumplido, no por ser reconocidos.

En la actualidad, constituye un desafío para poderes judiciales, donde queda incluido el dominicano, la asignación de voceros que respondan a los ataques contra jueces, como ocurre en Chile y Argentina. Si bien no deben ser respondidos por el propio atacado, es muy necesario aclarar lo que se dice, pues ante los pronunciamientos de usuarios inconformes por meras decisiones o trámites judiciales, la institución pierde prestigio, se afecta la imagen y el buen nombre del juez y, a pesar de todo, tanto el usuario que se queja, como la sociedad que le escucha, tienen derecho a una respuesta oficial.

⁵ CIEJ. *Consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación*. p. 6.

Los jueces tienen un deber de comunicación que trasciende el modelo tradicional de que “hablan a través de sus sentencias” (p. 3). Su labor no implica simplemente dictar una sentencia, esta legitimación requiere además de probidad, integridad, eficacia y eficiencia en el desempeño de la función, unas demandas continuas de comunicación libre y abierta con la sociedad, quien es, en definitiva, la destinataria del servicio de justicia⁶. Sobre todo, la sentencia debe estar correctamente motivada, con altos niveles de honestidad intelectual. Eso es así, porque la honradez intelectual constituye la base de sus relaciones con todos los profesionales de la justicia, así lo contempla la Declaración de Londres sobre la Deontología de los Jueces o sobre Ética Judicial, del año 2010.

La honestidad intelectual en la motivación de las decisiones judiciales

El problema de la justicia no es la corrupción como la ciudadanía lo percibe, sino la falta de certeza sobre el significado de la ley y el uso del lenguaje en las decisiones. Es la incertidumbre la que puede desalentar a las personas que podrían lograr cosas significativas con sus opiniones (Islas, 2004). La falta de conocimiento sobre la función jurisdiccional y la emisión de decisiones poco comprensibles, por tecnicismo y falta de fundamento, generan inseguridad en la ciudadanía; por ello, el artículo 57, del Código IEJ, establece que “el juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable”.

El juez debe ser consciente de su condición de individuo cultural, social, religioso y políticamente situado, de que su concreta ubicación en cada uno de estos ámbitos es natural fuente de condicionamientos de sus criterios de decisión, sobre todo en las materias más sensibles. Por eso, como presupuesto de la imparcialidad de juicio a que está obligado, es necesario que genere rigurosos hábitos de *honestidad intelectual* y de autocrítica (Ibáñez, 2007, p. 55).

Se suele afirmar que no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, pero sería correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que sean plenamente comprensibles, en por qué y en su alcance. En este ejercicio de argumentación, dado el margen de discrecionalidad con que operan, juega un papel primordial la honestidad intelectual del juez.

Propiciar esta clase de ejercicio intelectual es, precisamente, una de las funciones centrales y constitucionales de la motivación, que sirve, aun antes, para explicar a terceros la *ratio decidendi* de la sentencia, para que quien o quienes tienen la responsabilidad de elaborarla puedan verificar por sí mismos la racionalidad del propio discurso. Realizar el esfuerzo de explicitar con coherencia es, puede decirse, la prueba de la calidad de la decisión judicial, porque cuando se actúa con honestidad intelectual, es fácil comprobar que hay conclusiones de imposible justificación, hasta el punto de que la pluma no corre sobre el papel si se intenta expresarlas (p. 282). Como resaltamos en otro apartado; cuando no fluye la motivación de la decisión es porque existe algo incorrecto.

⁶ Íd.

Expresar los motivos de la sentencia de forma clara y precisa, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión compatible con la completa comprensión de las razones expuestas, es rendir a la sociedad decisiones producto de la honestidad intelectual. Si para alcanzarlo es necesario adaptar el lenguaje de las decisiones para que sean comprendidas por todas las partes, el juez tendría la potestad de hacerlo. Un vivo ejemplo es la sentencia emitida por una jueza uruguaya mediante la cual ordena la restitución de un niño de 6 años. La sentencia que el tribunal le entregó al niño fue una carta escrita en palabras sencillas en donde se le explica al menor de edad las razones de la decisión.

La importancia de la honestidad intelectual al momento de motivar una decisión judicial estriba en que pocos aspectos son tan decisivos para generar seguridad jurídica como el de la motivación. Con la motivación, no solamente se permite conocer cómo se resolvió el caso, sino que, además, se garantiza la eficacia de la sentencia, la transparencia y la predictibilidad de la autoridad, fortaleciéndose así la credibilidad de los poderes judiciales. Por ello en la obra *Jueces y ponderación argumentativa*, lo que puede y debe hacer el juez, no es describir o casi mejor transcribir el propio proceso decisional, si no justificar con rigor y honestidad intelectual la corrección de la decisión adoptada (Ibáñez, 2016, p. 36).

Sistema de consecuencias por inobservancia al principio de honestidad

Como ha quedado demostrado, la infracción de mayor gravedad en la que degeneran las acciones contrarias al principio ético de honestidad es la corrupción, y su repercusión, es nefasta para el desarrollo sostenible de las naciones y por ello, su prevención es vital. De ahí que, los estados en primer orden deben formular y aplicar políticas eficaces contra este flagelo que promuevan la participación ciudadana y reflejen la debida gestión de los asuntos públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en lo adelante CICC), cada estado parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a este instrumento, con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los mismos, debiendo adoptar medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno (art. 30 numeral 1, 4) y otras sanciones de naturaleza civil y disciplinaria, de manera accesoria o individual, según la gravedad de la acción.

De la responsabilidad penal. La Constitución dominicana, establece en su artículo 146, que se condena toda forma de corrupción en los órganos del Estado: sustracción de fondos públicos, enriquecerse prevaliéndose del cargo, proporcionar ventajas a sus asociados, familiares, allegados, amigos o relacionados entre otros, acciones dolosas subsumidas en los tipos penales de concusión, soborno, peculado y enriquecimiento ilícito. Toda acción delictiva para ser enmarcada como corrupción debe cumplir con los elementos constitutivos siguientes: el conocimiento, la intención o el propósito, que podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas (art. 28 CICC).

El Código Penal dominicano tipifica diversos actos de corrupción en el Estado: el desfalco (arts. 169 al 172), apropiación de valores, sancionado con multa no menor de la suma desfalcada ni mayor de tres veces dicha cantidad, y con la pena de reclusión), la concusión o extorsión (art. 174). Cobros en exceso o que no se adeudan. Sancionados según las distinciones siguientes: los funcionarios y oficiales públicos, con la pena de la reclusión y sus empleados, dependientes o delegados, con prisión correccional, de uno a dos años, cuando la totalidad de las cantidades indebidamente exigidas o recibidas y cuya percepción hubiese sido ordenada, fuere superior a sesenta pesos), el soborno o cohecho (arts. 177 al 178); prestar un servicio por dádivas, recompensas o promesas remuneratorias). El soborno pasivo se castigará con la degradación cívica y al pago de una multa del doble de las dádivas recibidas, sin que en ningún caso pueda esta bajar de cincuenta pesos, ni ser inferior a seis meses el encarcelamiento (art. 33). Asimismo, el soborno activo será castigado con las mismas penas que puedan caber al funcionario y/o empleado sobornado. Estos actos en conjunto configuran la prevaricación; esto es, el crimen cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (arts. 166 al 168).

Es preciso agregar, que como sanción accesoria en virtud del artículo 30.7 de la CICC, cuando la gravedad de la falta lo justifique se podrá inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos de corrupción para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado. Sin menoscabar el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos. Así lo contempla, el ordenamiento jurídico dominicano y los estados con los que hemos realizado el estudio comparado.

De la responsabilidad civil. Los estados deben aplicar las medidas necesarias para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción administrativa, tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización (art. 35 CICC). En el caso nuestro, de manera particular o accesoria a la acción penal (art. 50 CPP).

La responsabilidad civil del Estado dominicano se fundamenta en el principio general establecido en los artículos 1382 y 1386, del Código Civil. Asimismo, en el artículo 148, de la Constitución, el cual establece las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica. Esto indica que la falta a la honestidad por la comisión de algún delito de corrupción que ocasione vulneración a derechos fundamentales podría acarrear la retención de responsabilidad civil para el Poder Judicial y el funcionario, así lo recoge el artículo 57, de la Ley núm. 107-13, que instituye el procedimiento a este respecto.

De la responsabilidad disciplinaria. Los servidores públicos acusados de un delito de corrupción, cuando proceda, podrán ser destituidos, suspendidos o reasignados por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia (art. 30.6 CICC).

Con respecto las sanciones disciplinarias, serán impuestas a la persona juzgadora o servidora judicial luego del agotamiento de un juicio disciplinario. El poder disciplinario en República Dominicana reside en el Consejo del Poder Judicial, en virtud de los artículos 156 de la Constitución y Ley núm. 28-11, al igual que en España, Francia, Portugal e Italia. En el caso de la República Dominicana, establece la Ley núm. 327-98, sobre Carrera Judicial, que los jueces del orden judicial incurrir en falta disciplinaria si dejan de cumplir sus deberes y las normas de trabajo establecidas. [...] (art. 60).

Según la gravedad de las faltas, las autoridades competentes [...] podrán imponer las siguientes sanciones (art. 62): amonestación oral, amonestación escrita, suspensión sin sueldo por un período de hasta treinta (30) días, destitución.

En materia disculparía, la jurisprudencia del Consejo del Poder Judicial dominicano con respecto al principio de honestidad, sostiene el criterio siguiente: “Todos los miembros deben ejercer sus funciones dentro de las más estrictas normas de probidad, honestidad y moralidad, a fin de que no incurran en notorias inconductas que pudieren lesionar la imagen de la institución” (Consejo del Poder Judicial. Sentencia disciplinaria núm.12/2018, del 3 de abril de 2018, pp. 114-115).

La violación al principio de honestidad profesional es considerada una falta grave en nuestro país y en la mayoría de los países de Iberoamérica. Es por ello que, regularmente, en materia disciplinaria es sancionada con la destitución, mientras que, en materia penal, excepcionalmente, con sanción privativa de libertad y pago de multas –aunque con penas risibles en la mayoría de los países iberoamericanos como se ha podido constatar- y con resarcimiento por daños y perjuicios por el alto nivel de lesividad de las acciones y omisiones deshonrosas en relación a los derechos de las personas y las instituciones públicas.

Cuando el servidor, llamado a respetar el referido principio ético, lo inobserva, los bienes jurídicos protegidos (derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los usuarios de justicia) resultan gravemente afectados; pero sobre todo se afecta la credibilidad, se disminuye la confianza, se opaca el prestigio y se mancha la imagen de los poderes judiciales, lo que ocasiona que la justicia retroceda, apartándose del ideal en construcción: una justicia sostenible.

La credibilidad y la confianza en los poderes judiciales: factores influyentes en el alcance de la paz y armonía social

Según el informe del PNUD (2004-2018) sobre Calidad Democrática en la República Dominicana, la evolución de la confianza en el Poder Judicial en el país y en América Latina y el Caribe durante el período, 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 el año 2018 cayó hasta el 21%, por debajo del promedio regional de 24%. Si bien el promedio regional también cayó ligeramente durante el periodo estudiado, el país experimentó un marcado aumento de la desconfianza. Es este precisamente uno de los objetivos de esta

investigación, medir el índice actual de credibilidad y confianza de la sociedad en el Poder Judicial y determinar sus causas; sin embargo, este subtema tiene por objeto establecer la importancia que tiene la percepción de la ciudadanía para la consecución de la paz y la armonía social.

Por consiguiente, la protección de los derechos humanos, la creación de circunstancias que permitan progresar a la humanidad, espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad, debe ser siempre el fin esencial de los Estados. Así lo contempla el preámbulo de la Declaración Universal, lo anticipa el primer considerando de la Declaración Americana y lo estableció el filósofo Aristóteles, al señalar que el gobierno es una comunidad de individuos que debe preservar la felicidad de sus ciudadanos (Montoya y Conill, 1985). Sin lugar a dudas, el alcance de la felicidad constituye el verdadero sentido de la existencia humana y por esa razón, el objetivo No. 16 de la Agenda 2030, de la ONU, tiene como norte la paz, la justicia y las instituciones fuertes y con este objetivo pretende: promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas [...].

Por tal razón, un servicio público dedicado a la causa de la profesión, y a su país es lo que se requiere de la persona juzgadora; no el servicio con simples propósitos egoístas, ya que ese tipo de convivencia conduce a problemas sociales de gran magnitud, deshonestidad y corrupción (Discurso del Juez Huntley Eugene Munroe, Q.C., pronunciado el 7 de septiembre de 1979). Para lograrlo es imprescindible trabajar con honradez.

No surge controversia al afirmarse que la honestidad es una condición fundamental para el afianzamiento y sostenibilidad de las relaciones humanas, para la amistad y la auténtica vida comunitaria. La honestidad respeta la vida, porque se caracteriza por la confianza, la sinceridad y el pensamiento liberal, y expresa la disposición de vivir en la verdad. Por esta razón, es uno de los valores más importantes de una personalidad saludable. La persona que cuenta con servidores honestos siente paz, pero al mismo tiempo la persona que es honesta también la siente, toda vez que, la honestidad manifestada en su dimensión afectiva es un valor matemáticamente rentable, porque ejercerla garantiza respeto, confianza, bonhomía, autoestima, prestigio, honorabilidad, distinción y, sobre todo, paz espiritual y armonía social, lo que coadyuva al alcance de sociedades pacíficas, y a la felicidad de los pueblos.

RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas para la aplicación de la encuesta correspondieron a la descripción y análisis para conocer el parecer de los usuarios de la justicia y determinar el índice de percepción de la honestidad (IPH), niveles de confianza y credibilidad en el sector justicia. El instrumento aplicado está compuesto por diez preguntas de elección múltiple, aplicado a una muestra de 200 personas, de forma aleatoria, por muestreo no probabilístico. Luego de la aplicación del instrumento, a la muestra indicada, vía *Online*, se obtuvieron los siguientes resultados:

Preguntas de encuesta		Respuestas			
1	¿Cuál es el nivel de incidencia del principio ético de la honestidad profesional en el alcance de una justicia sostenible? Elija del 1 al 5, siendo el 5 el mayor nivel.	Frecuencia 4.2			
2	¿Distingue las diferencias funcionales entre Poder Judicial y el Ministerio Público? Si responde SI o PARCIALMENTE, responda las siguientes preguntas.	Sí 54%	No 9.5%	Parcialmente 29%	No existen diferencias 8%
3	¿Considera que los miembros del Poder Judicial dominicano cumplen con el principio de honestidad?	Sí 9%	No 33%	Parcialmente 58%	
4	Indique su nivel de percepción de honestidad del Poder Judicial dominicano. Seleccione del 1 al 10, siendo el 10 la mayor puntuación.	Frecuencia 5.3			
5	Indique su nivel de confianza y credibilidad en el Poder Judicial. Seleccione del 1 al 10, siendo el 10 la mayor puntuación.	Frecuencia 5.06			
6	¿Considera que los miembros del Ministerio Público (Procuraduría Fiscal) cumplen con el principio de honestidad?	Sí 5%	No 39%	Parcialmente 56%	
7	Indique su nivel de percepción de honestidad del Ministerio Público. Seleccione del 1 al 10, siendo el 10 la mayor puntuación	Frecuencia 4.6			
8	Indique su nivel de confianza y credibilidad en el Ministerio Público. Seleccione del 1 al 10, siendo el 10 la mayor puntuación.	Frecuencia 4.4			

9	Si la respuesta a la pregunta No. 3 fue NO o PARCIALMENTE, responda: ¿Cuál es el motivo principal que provoca el irrespeto a la honestidad profesional en el Poder Judicial?	Conductas inapropiadas (incoherencia entre la vida pública y privada del servidor).	19%
		Actuaciones deshonestas (parcialidad, influencias externas).	29.5%
		Decisiones incompresibles (falta de motivación).	56%
		Elevado número de libertades y absoluciones.	19%
		Incumplimiento a la rendición de cuentas.	12.5%
10	Si la respuesta a la pregunta No. 6 es NO o PARCIALMENTE, responda: ¿Cuál es el motivo principal que provoca el irrespeto a la honestidad profesional en el Ministerio Público?	Conductas inapropiadas.	18.5%
		Actuaciones deshonestas (falta de objetividad, influencias externas).	52%
		Investigaciones débiles y dictámenes infundados.	44.5%
		Elevado número de casos impunes.	39.5%
		Incumplimiento a la rendición de cuentas.	8.5%

Fuente: propia del sustentante.

OBSERVACIONES

Los encuestados valoraron el nivel de importancia de la honestidad profesional para el alcance de una justicia sostenible en un **4.2/5**, lo que indica que estos consideran imprescindible este principio ético para su consecución; un **56%**, es decir, más de la mitad de los encuestados desconoce las diferencias funcionales entre el Ministerio Público y el Poder Judicial; el índice de percepción de honestidad de la sociedad en el Poder Judicial es de **5.3/10** y con respecto al Ministerio Público, de un **4.6/10**; el nivel de confianza y credibilidad en el Poder Judicial es de un **5.06/10** y en relación al Ministerio Público, de **4.4/10**. El principal motivo de percepción de deshonestidad en el Poder Judicial es el dictado de decisiones poco comprendidas por la sociedad alcanzando un porcentaje de **56%** y con relación al Ministerio Público por la percepción de influencias externas y falta de objetividad (**52%**), dictámenes infundados e investigaciones débiles (**44.5%**).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible constituye un compromiso asumido por todos los estados miembros de la de ONU, con el objeto de mejorar el mundo en que vivimos, preservarlo y asegurar su disfrute a las generaciones presentes y futuras. En lo que atañe al sector justicia, coadyuvando con la construcción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas (Objetivo 16). Para la consecución de este objetivo, se requiere que todas las personas, sobre todo aquellas que brindan servicios públicos, un ejercicio en estricto apego a los principios éticos, puesto que su exigencia y cumplimiento guardan un único fin: la tutela efectiva de los derechos humanos.

El principio ético de honestidad es entendido como la verticalidad moral del individuo que no miente, no engaña y no toma ventaja injustamente, por tanto, es creíble y confiable. Dada su estrecha relación con casi todo el catálogo de los principios éticos del Código IEJ, es imprescindible su consecución para el logro de este objetivo mundial, ya que actuar con honestidad profesional implica, en su dimensión cognitiva, estar conscientes de la delicada labor que desempeñan los juzgadores y de la repercusión de sus actos y comportamientos, tanto en su vida pública como privada; es decir, exige un manejo moderado, autocontrolado y objetivo ante la sociedad, en el ámbito laboral y fuera de este, en forma personal o mediante redes sociales. Les exige, además, solucionar los conflictos jurídicos con altos niveles de honestidad intelectual, es decir, con base en argumentos lógicos, razonables, comprensibles, criterios coherentes y predecibles, y fundados en el principio de legalidad, porque de ello depende en gran medida la seguridad jurídica, la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en los poderes judiciales.

En su dimensión conductual, la igualdad de acceso a la justicia (meta 16.3) debe ser garantizada, ante todo, lo que demanda un ejercicio jurisdiccional responsable, imparcial e independiente. Asimismo, un ejercicio transparente, en cumplimiento a la rendición de cuentas (meta 16.6), tanto de la institución sobre la labor realizada y el manejo presupuestario, como de los jueces, a través de la declaración jurada de patrimonio y presentación de informes de las labores ejecutadas. Estas herramientas permiten prevenir y enfrentar la corrupción judicial cuando se da un tratamiento transparente, porque solo en la medida en que las mismas sean efectivamente públicas podrán ser eficaces y permitirán elevar la credibilidad y la confianza del público en los poderes judiciales.

La independencia financiera institucional y de la persona juzgadora, juega un papel preponderante en la construcción de una *justicia sostenible*, es decir, una justicia que garantice la tutela de derechos y garantías a generaciones presentes y futuras de manera efectiva y equilibrada, puesto que del aspecto financiero depende la autodeterminación del órgano. Es de orden constitucional que los poderes judiciales dispongan de recursos suficientes para hacer frente a sus compromisos y responsabilidades y, así impedir dar paso a las presiones del gobierno. Por esta razón, es un deber indelegable del estado cumplir con esta responsabilidad y un derecho de los jueces exigirlo, porque, por encima de todo, constituye una garantía de justicia para la sociedad.

La sombra que opaca la labor dirigida al alcance de los objetivos de la agenda 2030, es la *corrupción*, fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y a las economías, porque impacta la estabilidad democrática, socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y judicial. Por esta razón, objetivo de la Agenda 2030 es reducir la corrupción y el soborno en todas sus formas (meta 16.5).

Dados los altos niveles de percepción de la corrupción sobre las instituciones públicas, a lo que no escapan los poderes judiciales, incluyendo el nuestro, situación explicada en el planteamiento del problema, al inicio nos preguntamos: ¿A qué se deben estos altos niveles de percepción de deshonestidad en el Poder Judicial? ¿La sociedad desconfía del Poder Judicial? ¿Cuál es el nivel de desconfianza? ¿Cuáles factores inciden?

Al aplicarse la encuesta, arribamos a las conclusiones precisadas en la página anterior, observándose que el índice de la percepción de la honestidad de la sociedad con relación al Poder Judicial es de un 5.3/10 y el nivel de confianza y credibilidad se encuentra en un 5.06/10, lo que indica que presenta niveles promedios, que necesitan ser elevados. Se pudo determinar que estos resultados responden fundamentalmente al desconocimiento que tiene la ciudadanía con respecto a la labor jurisdiccional, a la poca comprensión de las decisiones judiciales y a la confusión de los roles jurisdiccional e investigativo, confusión que produce que la percepción de bajos niveles de independencia a lo interno del Ministerio Público, y la falta de diligencia en el tratamiento de algunos procesos penales le sea atribuida al Poder Judicial, en cierta medida, repercutiendo en su imagen.

Como se estableció en la parte introductoria, el 2020 es el año que da apertura a los esfuerzos para el alcance de los objetivos de la Agenda 2030 de la ONU, por tanto, en aras de coadyuvar en la construcción de sociedades justas y pacíficas, logrado a través de poderes judiciales eficaces, accesibles, transparentes, con bajos índices de corrupción y altos niveles de percepción de honestidad profesional, recomendamos lo siguiente:

-Educación en valores. Las familias deben asumir su rol, educando a sus hijos e hijas en los valores de la verdad, el respeto y la sinceridad. 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 *honestidad*; no incitarles a la búsqueda de la excelencia, porque ha quedado comprobado que esto solo genera competitividad, división, egoísmo y envidia; antivalores que conducen a la formación de personas *individualistas* y *ambiciosas*, lo que arrastra a la ejecución de acciones *deshonestas*.

-Imagen institucional. Designar un vocero en el Poder Judicial dominicano, cuya encomienda principal sea explicar a la sociedad a través de los medios de prensa y otras vías efectivas, las razones de las sentencias atacadas por la ciudadanía; en razón de que se ha comprobado que no es del todo efectivo dirigir la mera disposición escrita al colectivo social de aquellas decisiones que crean impacto social, pues en la práctica no basta con que sean públicas las decisiones judiciales.

-Motivación comprensible. Crear conciencia entre el colectivo de la judicatura en torno a la necesidad de elevar los niveles de honestidad intelectual. Las decisiones deben ser sencillas, comprensibles y concretas. Además, deben realizarse esfuerzos en lograr que la motivación oral sea comprendidas, porque el problema de la justicia no radica en la corrupción como la ciudadanía lo percibe, sino de la falta de certeza sobre el significado de la ley y el uso del lenguaje en las decisiones.

-Independencia financiera. Los poderes judiciales deben procurar la asignación del presupuesto correspondiente (artículo 5, del Código IEJ y 9 del Código de Bangalore), conforme con la Constitución y las leyes, el cual debe ser compatible con las necesidades actuales. No es posible garantizar el funcionamiento sostenible de este poder del Estado si no se les asignan fondos suficientes. De ello depende la independencia externa.

-Educación financiera. Realizar procesos efectivos de prevención y educación financiera. Esto producirá mayor planificación y organización en los servidores judiciales, generando bienestar y tranquilidad familiar.

-Capacitación sobre separación de funciones. Capacitar a la ciudadanía vía talleres, cápsulas informativas, difundidas mediante las redes sociales y medios de comunicación *Online* y *Offline* con relación a las diferencias entre los roles del Poder Judicial, la Procuraduría y la Policía Nacional, debido a que, por falta de conocimiento, generalmente, los errores procesales y los efectos jurídicos negativos por falta de la debida diligencia y otros motivos, ocasionados por todos los operadores son atribuidos al Poder Judicial.

-Independencia del Ministerio Público. Se requiere un Ministerio Público independiente del Poder Ejecutivo. Así lo recomienda la Convención Contra la Corrupción en su art. 11.2, la cual establece que este órgano no debe formar parte de un poder, debe gozar de independencia análoga, es decir, independiente de los poderes del estado, entendido como un órgano que no responda ante ninguno de los poderes clásicos, en calidad de subordinado jerárquicamente, como sucede en el sistema brasileño, peruano, chileno y guatemalteco.

-Endurecimiento de las penas. La legislación penal dominicana data del año 1810, por lo tanto, no se adecua por completo a las exigencias del Convenio contra la Corrupción, debiendo ser actualizada. Se requiere un aumento de las penas para los delitos de corrupción, no solo en República Dominicana, sino en la mayoría de los Estados Iberoamericanos. Con esta medida se alcanzaría un “efecto inhibitorio”, suficiente en la ciudadanía, quienes temerosos de perder su libertad personal, con penas de reclusión mayor, se abstendrían de actuar contrario al principio de honestidad profesional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Atienza, M. (2003). *Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?* En *Jueces para la democracia*. núm. 46.
- Bacón, F. (1870). *Ensayos de moral y de política*. Madrid: Imprenta de M. Minuesa.
- CIDH. (2005). *Un cuarto de siglo: 1979-2004: consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación*. San José: Costa Rica.
- CIEJ. (2019). *Código Iberoamericano de Ética Judicial comentado*. Bogotá: CIEJ.
- Ibáñez, A. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Argentina: Editorial del Puerto.
- OEA. Comisión IDH. (2019). *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*.
- ONU. (2016). *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible Una oportunidad para América Latina y el Caribe*.
- ONU. PNUD. (2019). *Informe sobre calidad democrática en la República Dominicana*. Editora Amigo del Hogar.
- 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*.

Leyes, códigos y tratados internacionales:

- España. Consejo General del Poder Judicial. (2006). *Código Iberoamericano de Ética Judicial*. México: Editora Talleres Corunda.
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: Costa Rica.
- República Dominicana. Poder Judicial. (2010). *Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial Dominicano*. Santo Domingo: Editora Kyrius Neuma Group.
- República Dominicana. (26 de enero de 2010). *Constitución de la República Dominicana*. *Gaceta Oficial* núm. 10561.

Jurisprudencia:

CIDH. (Sentencia del 2 de julio de 2004). *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. núm. 107. párr. 112.

CIDH. (Sentencia de fecha 6 de febrero de 2001). *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* (Fondo). Serie C. núm. 74.

CIDH. (Sentencia de 25 de noviembre de 2004). *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* (Fondo Reparaciones y Costas). Serie C. Núm. 119. párr. 147

CIDH. (Sentencia del 29 de julio de 1988). *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras.* Serie C. núm. 4.

CIDH. (Sentencia de 5 de agosto de 2008). Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.* Serie C. núm. 182. párr. 77.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (Sentencia TC/0009/13, de fecha 11 de febrero de 2013).

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (Sentencia TC/0616/18, de fecha 10 de diciembre de 2018).

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (Sentencia núm. TC/0362/19).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sentencia de 26 de abril de 2016). *Caso Zoubko y otros c. Ucrania.* Recursos núms. 3955/04, 5622/04, 8538/04 y 11418/04, § 68.

Libros y documentos en línea:

Binder, A. *¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?* Recuperado de <https://www.telam.com.ar/advf/documentos/2013/02/512e871662d27.pdf>.

Cumbre Judicial Iberoamericana. *Recomendaciones en materia de transparencia, rendición de cuentas e integridad de los Sistemas de Justicia Iberoamericanos.* Recuperado de http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=e078b55d-cf4e-4386-b9d8-f384401019e7&groupId=10124

Ordóñez, D. (2018). *Por una justicia sostenible en un mundo en cambio.* Editorial Wolters Kluwer. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6380078>

Transparencia Internacional. (2019). *CPI 2019: Americas.* Recuperado de https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2019_Americas

