

PRÓLOGO

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Director Escuela Judicial

El proceso de modernización de la Escuela Judicial, constituye un esfuerzo institucional que ha culminado con la celebración de su XXV Aniversario, el pasado mes de noviembre de 2006. Así también ha coincidido con la inauguración de sus nuevas instalaciones en el Complejo de Ciencias Forenses de San Joaquín de Flores, Heredia, durante el mes de mayo de 2007.

La Escuela Judicial, a través de su devenir histórico, ha consolidado un proceso de capacitación constante, brindando un servicio con cobertura a todos los funcionarios y funcionarias de los diversos circuitos judiciales del país. Lo anterior se pretende potenciar, mediante la aplicación de tecnología de vanguardia y la utilización de innovadores programas académicos.

Como parte de la proyección del servicio que la Escuela Judicial ofrece a sus usuarios y usuarias, se ha venido impulsando la publicación de la Revista Escuela Judicial. En esta ocasión, hacemos entrega a la comunidad nacional de este cuarto número, que sin duda representa para la Escuela un motivo de especial satisfacción, ya que incluye aportes de distinguidos amigos colaboradores, quienes nos acompañaron durante el desarrollo de las actividades conmemorativas, realizadas durante la semana del 21 al 24 de noviembre de 2006, en el marco del XXV Aniversario.

La realización de actividades académicas de altísimo nivel, así como la publicación de éste, su producto más concreto, se enmarcan en el proceso de consolidación de una Escuela Judicial comprometida con la formación y capacitación de las funcionarias y funcionarios judiciales, así como a la proyección hacia la comunidad jurídica nacional. La meta es la lograr que los esfuerzos llevados a cabo por la Escuela produzcan un impacto concreto en la calidad de los servicios que la institución presta, en beneficio de sus usuarias y usuarios y de la institucionalidad nacional.

INFORMACIÓN PÚBLICA Y RESERVADA EN LOS PODERES JUDICIALES DE MÉXICO (FEDERAL Y ESTATALES)

Ricardo Cantú Aguillén

El acceso sin dificultad a la información del dominio público es esencial [...] como lo es la protección de dicha información contra toda apropiación indebida [...]
Alejandro Alfonso, UNESCO 1

Una discusión actual y vigente / SCJN Vs. IFAI

Un tema por demás interesante, polémico y muy discutido en materia de acceso a la información. ¿Atos constituyen la información judicial pública; cuáles tipos de datos constituyen la información judicial confidencial, y qué tipos de datos constituyen la información judicial de carácter reservado.

La transparencia sobre la información o datos contenidos en los expedientes judiciales, es decir, la información confidencial y reservada que se encuentra en posesión del Poder Judicial de la federación y de los poderes judiciales de las entidades federativas de la República mexicana, se constituye en un tema por demás difícil y complicado de resolver.2

¿ Hasta dónde debemos llegar en cuanto al acceso a la información de los expedientes judiciales? ¿Debe prevalecer el derecho de acceso a la información judicial sobre el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas involucradas o no? ¿Seguiremos la corriente de preeminencia del hábeas data en sentido impropio de Estados Unidos o bien la corriente de preeminencia del hábeas data en sentido propio de Europa?3 ¿Qué sucede en cuanto a la llamada ponderación de derechos en conflicto de colisión?4

¿ Cómo desvincular a las personas de sus datos personales?5

Ponderación de derechos en conflicto de colisión EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS O GARANTÍAS

Siempre que nos enfrentamos a la disyuntiva de determinar si el derecho de acceso a la información y a la libertad de expresión, debe prevalecer o no, sobre el derecho a la privacidad, a la intimidad y al honor, nos encontraremos frente a lo que en la doctrina se le ha denominado “ponderación de derechos en conflicto de colisión”6, en donde para llegar a una solución justa, equitativa y válida entre la aplicación de un derecho sobre otro u otros, debemos primeramente determinar el equilibrio entre ambos derechos, crisis de legislaturas, ponderar entre uno y otro para disponer cuál debe prevalecer en una situación determinada, y así encontrar una armonía entre los derechos que se encuentren en colisión. Como bien lo ha expresado Carlos G. Gregorio, esta situación no es nada fácil, pero tampoco imposible de resolver, trátase de libertad de expresión, acceso a información pública, acceso a la justicia, autodeterminación informativa, derecho al honor y a la intimidad o cualquier otro que se encuentre íntimamente relacionado.7

Con la introducción de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC´S), han surgido problemas nuevos que hasta hace apenas unos pocos años no se tenían. La simple publicación en Internet de las resoluciones judiciales, plantea precisamente este problema, ya que mediante los motores de búsqueda, es posible encontrar específicamente asuntos relacionados con personas en particular. De esta forma, viola el derecho a la privacidad y a la intimidad. En este sentido, Carlos G. Gregorio lo ha sintetizado claramente de la siguiente forma:

[...] parecería que algunos poderes judiciales están dispuestos sólo a anonimizar los casos que incluyen datos sensibles. Esto pone a América Latina en una posición equidistante entre Europa y Estados Unidos, donde la gran mayoría de las sentencias se considera publicable excepto los casos en los que el juez ha admitido la posibilidad de que alguna de las partes litigue bajo pseudónimo. Esta equidistancia es apreciable en las Reglas de Heredia, que delimitan tres tipos de casos a los fines de su difusión en Internet, casos con datos personales sensibles, casos de personas públicas, y todos los demás casos que no entran en esas categorías. Para los primeros, se propone la anonimización. Cuando una persona pública es parte en un proceso, la difusión del texto de la sentencia no podría ocultar su nombre si la decisión está relacionada con las razones de su notoriedad. En los demás casos, las Reglas sólo establecen que los datos personales no deberían estar al alcance de los motores de búsqueda. Una consecuencia inmediata de estas Reglas es que la protección de la vida privada de las partes es abordable —en términos económicos— por la mayoría de los poderes judiciales y editoriales jurídicas de América Latina.8

Una solución que representa un “equilibrio real” para ponderar los derechos en colisión mencionados, lo constituye la forma en que el Poder Judicial del estado de Nayarit, publica las listas de acuerdos en el boletín judicial de primera y segunda instancias, sin mencionar los nombres ni apellidos de las partes. En tal suerte, la información proporcionada comprende únicamente el número de expediente, el año, el tipo de juicio y el acuerdo respectivo, por lo que solamente las partes interesadas pueden tener la identificación plena en los procesos, sin exponer los datos personales y la vida privada de las partes.9

No estamos totalmente de acuerdo con la opinión que vierte el autor Carlos G. Gregorio, al indicar que es imposible en la práctica disponer de una regla de carácter general, para poder lograr un equilibrio entre el derecho de acceso a la información y otros derechos e

intereses. Si nos lo proponemos, considero que lograremos encontrar una solución a dicho problema¹⁰, donde —como expresó Ernesto Villanueva—ciertamente falta un largo camino por recorrer, pero se están dando los primeros pasos para lograr un verdadero equilibrio entre derechos¹¹.

Etapas de interpretación del Tribunal Constitucional Español

El autor chileno Enoch Albertí¹², nos menciona que el Tribunal Constitucional español ha pasado por algunas etapas de interpretación en este tema de la ponderación de derechos en colisión, a las que nosotros hemos denominado de la siguiente manera:

- 1) Aplicación mecánica, literal y estricta. Debido a que originalmente interpretó que el honor y la intimidad operaban siempre como un límite al derecho de la información y libertad de expresión, reconociéndose de plano una preferencia sobre los derechos de expresión y de información.
- 2) Exigencia de ponderación. Modificó su primera interpretación literal y estricta, para pasar a otro criterio en donde pasó a exigir una ponderación de los diversos derechos fundamentales en colisión; y por último.
- 3) Establecimiento de criterios de ponderación. Siendo insuficiente lo anterior, dicho tribunal pasó a la etapa de establecer los criterios que debían orientar dicha ponderación, revisando que el juez ordinario aplicara de manera concreta las cuestiones planteadas de colisión.

El derecho de información y la libertad de expresión —indica este autor chileno— prevalecen sobre el derecho a la intimidad, a la privacidad y al honor, pero únicamente cuando nos encontramos frente a una dimensión colectiva o pública, por lo que los primeros derechos tienen una mayor fuerza, ya que deben concurrir dos condiciones esenciales: a) Que se trate de información de gran relevancia pública. b) Que se trate realmente de información verdadera o veraz ¹³.

Las Reglas de Heredia de Costa Rica sobre información judicial por Internet¹⁴

Específicamente en relación con el tema de la información judicial disponible por Internet, como ya hemos mencionado a nivel internacional, se discute este tema en coloquios y eventos internacionales en América Latina. Por este motivo, es importante recalcar las recomendaciones llevadas a cabo recientemente en Costa Rica por algunos poderes judiciales de América Latina y el Caribe, conocidas como las Reglas de Heredia¹⁵. A partir del simple estudio de las posturas adoptadas por algunos países de Europa y América Latina, puede destacarse claramente que en los poderes judiciales a nivel internacional, existen principalmente tres corrientes sobre el acceso a la información judicial y la protección de datos personales¹⁶, las cuales son: 1) Preeminencia del acceso a la información —hábeas data en sentido impropio— vgr. Estados Unidos¹⁷. 2) Preeminencia del resguardo de los datos personales —hábeas data en sentido propio—, vgr. Europa. 3) Plano de igualdad —hábeas data en ambos sentidos—, vgr. países redactores de las Reglas de Heredia.

En este sentido, tenemos aún muchos temas por discutir y analizar, como por ejemplo definir adecuadamente la finalidad de la acumulación y diseminación de la información judicial, la adecuación de los motores de búsqueda, etc.¹⁸

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), ha elaborado un “Índice de accesibilidad de la información judicial en Internet”¹⁹, relativo al funcionamiento de los sistemas judiciales de los 34 miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de Internet, definiendo 21 indicadores sobre información de la judicatura y otros tantos para el Ministerio Público, los cuales son los siguientes:

1. Página web institucional del Poder Judicial.
2. Publicación de sentencias en Internet.
3. Actualidad de sentencias publicadas.
4. Publicación en Internet de reglamentos internos, acuerdos y/o instructivos del Poder Judicial.
5. Publicación regular de causas ingresadas en Internet.
6. Publicación regular de causas resueltas en Internet.
7. Publicación regular de causas pendientes en Internet.
8. Publicación de la agenda actualizada de tribunales.
9. Información sobre recursos del sistema judicial.
10. Información sobre presupuesto asignado y ejecutado del año en curso.
11. Información desagregada sobre ejecución de presupuesto del último año concluido.
12. Información sobre salarios y remuneraciones de funcionarios del sistema judicial.
13. Información curricular de autoridades y jueces.
14. Información sobre el patrimonio personal de autoridades y jueces del sistema judicial.
15. Información sobre sanciones aplicadas a jueces o funcionarios de juzgados.
16. Publicación en Internet de llamados a concurso para contratación de personal.
17. Publicación en Internet de llamados a concurso para contratación de servicios externos.
18. Publicación en Internet de llamados a concurso para licitaciones de bienes y/o infraestructura.
19. Régimen de acceso a estadísticas en Internet.
20. Régimen de acceso de sentencias a través de Internet.

21. Centralización de la información.

El autor Carlos G. Gregorio nos señala que no todos los sitios Web de los poderes judiciales en América Latina, contienen decisiones judiciales, y menciona los sitios de Internet de Chile, República Dominicana, Ecuador, Haití, Guatemala y Uruguay. Sin embargo, las siguientes cuestiones quedan pendientes en todos los sitios oficiales²⁰:

- a) Una definición explícita de la finalidad con la que se difunden las sentencias y la información procesal;
- b) Una definición sobre el valor de los textos, si tienen valor referencial, documental, etcétera;
- c) Una declaración sobre si se están difundiendo todas las sentencias, una selección — y en este caso con qué criterios— y si se excluyen intencionalmente algunos casos —y con qué fundamento—;
- d) Si se han resuelto adecuadamente los problemas vinculados con la intimidad y autodeterminación informativa de las personas involucradas: por ejemplo si se están suprimiendo nombres cuando así lo establece la legislación vigente, si se ha creado un mecanismo fácil para que quien se sienta vulnerado pueda solicitar la eliminación de sus datos personales; y si se ha capacitado a los jueces para concentrarse en los fundamentos de las decisiones, y no en explayarse en detalles de la vida privada, generalmente innecesarios; y
- e) Si esta forma de difundir las sentencias, favorece o no la regla del precedente jurisprudencial. ¿Es ahora más difícil, o no, encontrar precedentes pertinentes ante la saturación de las búsquedas?

Clasificación de la información judicial pública, reservada, confidencial

Después de hacer un estudio de la legislación nacional existente sobre la materia de derecho de la información, consideramos que el problema principal estriba —no tanto en si se encuentra clasificada o no como reservada la información que se encuentra contenida en los expedientes judiciales federales o estatales— sino en que dicha información debería pasar a la mesa de discusión nacional sobre la posibilidad de emitir criterios o lineamientos para clasificar como información pública, confidencial o reservada la información judicial, dado que el malestar o la polémica suscitada estriba precisamente en ello, sin dejar de mencionar los múltiples problemas de carácter jurídico con que contamos actualmente, en cuanto al interés jurídico predominante en la mayoría de las legislaciones nacionales y estatales.

En este sentido, por regla general, tanto la legislación federal como las legislaciones estatales, establecen como información reservada la contenida en los expedientes judiciales y administrativos hasta que estos causen estado, y no puedan ser susceptibles de recurso alguno de impugnación, incluido el amparo, a excepción de las recientes reformas en el Estado de Nuevo León, las cuales eliminaron este concepto de “interés jurídico” para poder acceder a la información judicial de carácter reservado, lo cual consideramos un grave error, no tan solo doctrinal, sino violatorio de la protección de datos personales —hábeas data en sentido propio—, inconstitucional en cuanto contradice al artículo 6° de nuestra Carta Magna, y contradictorio a la tendencia nacional en cuanto a la materia²¹.

A excepción del Estado de Sinaloa, el cual ha establecido que la información contenida en expedientes judiciales sobre divorcio, alimentos, paternidad, filiación, adopción, tutela de menores y violencia familiar, aun cuando cause estado, constituye información reservada, según el acuerdo general que norma la aplicación de la ley de acceso a la información pública de Sinaloa, mediante el cual se clasifica como reservada la información contenida en procesos jurisdiccionales, emitido por el pleno del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Sinaloa, en sesión plenaria ordinaria del ocho de mayo de dos mil tres²².

Lo anterior significa que la información contenida en los expedientes judiciales por regla general, se encuentra temporalmente restringida por un período breve.

Después cualquier persona podrá tener acceso a dicha información, debido a que al concluirse el período de reserva, esta tendrá la categoría de información pública, respetándose obviamente los datos personales o confidenciales contenidos dentro de dichos expedientes.

Corrientes actuales sobre información judicial en México LIBERAL, EXCEPCIONAL Y CONSERVADORA

La discusión estriba en el sentido de que la clasificación contenida en los expedientes judiciales o jurisdiccionales como información judicial reservada —según la propia legislación federal, como la mayoría de los estados de la República Mexicana— debería ser modificada y, en este sentido, podemos observar tres diferentes posturas o corrientes del tema que podríamos clasificar de la siguiente manera: liberal (organizaciones de ciudadanos), excepcional (ámbito gubernamental) y conservadora (Poder Judicial federal):

LIBERAL

La concerniente a que la información judicial contenida en los expedientes, debe clasificarse como información pública, sin ninguna restricción en cualquier etapa.

EXCEPCIONAL

La concerniente a que la información judicial contenida en los expedientes, debe clasificarse como información pública, pero con algunas excepciones (rubros penal y familiar principalmente).

CONSERVADORA

La concerniente a que la información judicial contenida en los expedientes, no puede estar abierta al público, dado el principio del interés jurídico.

Otro aspecto no menos importante relacionado con la clasificación de la información judicial reservada, estriba en qué tipo de información judicial puede darse a conocer, una vez transcurrido el término legal de reserva de información, es decir, existe la corriente o idea de que algunos tipos de procedimientos no deben darse a conocer jamás, principalmente tenemos a los del tipo penal y a los asuntos de índole familiar. Para un mejor entendimiento de este tema, debemos hacer un recuento de las definiciones dadas a los conceptos de información pública, información reservada e información confidencial, al principio de publicidad de la información. También debemos observar detenidamente el articulado específico al tema de la información judicial en resguardo de los poderes judiciales, contenidas tanto en la legislación federal, como en la de las entidades de la República mexicana.

El tema de acceso a la información judicial reservada, debe ser estudiado bajo dos puntos de vista diferentes: el acceso a la información pública judicial y el acceso a los expedientes judiciales. La primera bajo la temática de que no se requiere ningún requisito ni justificación alguna, ni demostrar interés alguno (interés simple).

El segundo, considerado tanto por la legislación federal (LFTAIPG), como por la mayoría de las legislaciones estatales sobre la materia, como información reservada y confidencial por los datos personales contenidos en dichos expedientes.

En este tenor, discrepamos de la opinión de Hugo A. Concha Cantú, cuando afirma que la forma en que deben proveer de información a la sociedad los poderes judiciales, es radicalmente distinta de la forma en que deben proporcionarla los demás órganos de poder, como lo son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo²³. No es la forma en que se provee información lo que se está discutiendo a nivel federal y en las entidades federativas. Lo que está en discusión es en realidad la clasificación de información reservada y confidencial que se le ha otorgado a la información contenida en los expedientes judiciales. Por tanto, se pretende cambiar dicha clasificación para darle el carácter de información pública a la contenida en los expedientes judiciales, como ha sucedido con las desafortunadas reformas en Nuevo León, las cuales pretendieron aparentemente eliminar el interés jurídico en la Ley de Acceso a la Información Pública, en el Código de Procedimientos Civiles, en el Código de Procedimientos Penales y en la Ley de Justicia Administrativa del Estado.

Además, coincidimos con Hugo A. Concha, en el sentido de que es demasiado pronto para esperar por una parte, que los gobiernos de las entidades federativas y, por otra, que los poderes judiciales estatales o las judicaturas locales —como las menciona— muestren avances en la materia de acceso a la información, específicamente en relación con la información judicial reservada y todo lo que ello implica²⁴. Respecto de la manera en que las distintas disposiciones de la materia de las entidades federativas han regulado el derecho de la información de los poderes judiciales, debemos mencionar textualmente parte del estudio comparativo que hiciera el mencionado autor Hugo A. Concha al respecto (12 legislaciones en el 2003):

En lo relativo al hecho de que los ordenamientos prevén alguna obligación especial para que cierta información judicial sea transparentada, llama la atención que sólo Colima repite la técnica federal en el sentido de mencionar expresamente que debe de transparentarse toda resolución firme; cinco judicaturas no mencionan nada en particular mientras que las restantes seis optan por transitar vías distintas; Guanajuato, abre la posibilidad para que sea la propia judicatura la que decida o bien que sea por petición expresa de las partes; Michoacán, Morelos y San Luis Potosí, expresamente señalan rubros que la judicatura debe hacer transparente; Nuevo León, utilizando una técnica un tanto confusa, establece en sentido negativo lo que debe informarse, es decir, excepciona lo que está en proceso (lo que la mayoría de los casos hacen al clasificar esta información como reservada); y finalmente, Querétaro es la entidad que mejor provee de elementos para proceder, al innovar una técnica en donde enlista qué debe de hacerse público, quiénes (partes y autoridades) intervienen en cada juicio, los datos fundamentales del juicio (hechos y datos del proceso), así como extractos de cada resolución que se da durante el juicio, con la salvedad de que la Ley dispone que esto se dará solo en las resoluciones más trascendentales, dejando dicha decisión a la propia institución. En mi opinión, salvo por esta última parte discrecional, se trata de la fórmula más convincente, ya que avanza con propuestas concretas de establecer cuáles son las partes que se deben transparentar. La mayor parte de las entidades que reglamentan el derecho, hacen la diferenciación en cuanto a la información judicial que debe ser considerada como reservada (sujeta a ser disponible pasando un plazo definido por la propia Ley), y aquella que debe ser confidencial (no disponible para proteger los datos personales ahí involucrados).

No resulta sorprendente que siendo leyes que intentan reglamentar la actividad de todas las entidades públicas de la entidad, no dejen mucho margen de actividad a los poderes mismos para que hagan su propia reglamentación y procedan a organizarse como mejor les convenga, de acuerdo al modelo federal. En este sentido, cuatro casos no proveen ninguna libertad para que las judicaturas organicen su propia estructura para brindar la información pública; [...] Llama la atención que sólo Sinaloa, de las ocho con la obligación de reglamentar, ha seguido esta obligación y en dos acuerdos del pleno del Supremo Tribunal de Justicia, del veintidós de abril y del ocho de mayo de 2003, el Poder Judicial reglamentó con detalle lo que debe ser información disponible, aquella que debe ser considerada como información reservada y confidencial, los órganos de la judicatura a cargo de proveer de esta información, los procedimientos a seguir para solicitar información y los recursos en contra de las decisiones tomadas. En este caso y a pesar de la oportuna reglamentación, resulta lamentable que las posibles reservas determinadas en los acuerdos hacen factible que, prácticamente toda la información jurisdiccional pueda, eventualmente, ser considerada como reservada²⁵.

Coincidimos con Ernesto Villanueva al concluir lo siguiente, el acceso a la información que obra en los poderes judiciales de México, no puede ser de ninguna manera absoluto, tiene especificado ciertas limitaciones, y cierto tipo de información o documentos deben permanecer bajo resguardo o sigilo. Dicho autor lo expone de la siguiente manera:

El proceso de la transparencia y apertura en el Poder Judicial no puede ser absoluto. Hay ciertas informaciones que deben permanecer bajo sigilo. En la experiencia comparada lo que se hace público es el cuerpo del expediente y de la sentencia, en su caso, pero sin los nombres de las personas que intervienen, particularmente si se trata de casos de derecho familiar, penal y en algunos casos de violencia doméstica y donde intervienen menores. Debe haber un equilibrio entre el principio de la máxima apertura y la protección del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa.

Es importante recalcar que, a nivel internacional, la protección de datos personales ha sido reconocida como un derecho fundamental, tal y como se encuentra plasmado en el punto 45 de la Declaración de Santa Cruz, aprobada durante la Cumbre Iberoamericana de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, durante el 2003, la cual textualmente expresa:

45. Asimismo somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad²⁶.

En este tenor, durante la 26 Conferencia Internacional de Protección de la Privacidad y los Datos Personales (Wroclaw, 2004), se aprobó una resolución sobre el proyecto de normas ISO (Organización Internacional de Normalización) de protección de la privacidad, y se menciona que se ha establecido un grupo de estudios especializado en evaluar la urgente necesidad de la implementación de normas concernientes a la tecnología de protección de privacidad²⁷.

Debemos mencionar que durante la Declaración de Montreux, Suiza, se mencionaron los principios de protección de datos derivados de importantes instrumentos jurídicos internacionales, entre los que podemos mencionar los siguientes: principio de recopilación y procesamiento justo y legítimo de datos, principio de exactitud, principio de especificación y limitación del objetivo, principio de proporcionalidad, principio de transparencia, participación individual (derecho de acceso de la persona), principio de no discriminación, principio de seguridad de los datos, principio de responsabilidad, principio de supervisión independiente y sanción legal, principio de nivel adecuado de protección por flujos transfronterizos de datos personales²⁸.

Aunque no podemos analizar con mayor detalle algunas de las discusiones recientes que, a nivel internacional, se vienen discutiendo en eventos internacionales, no podemos dejar de mencionar algunos de ellos. En este sentido, debemos mencionar la opinión internacional de que actualmente el dato personal más sensible de todos, es el ADN humano²⁹, del cual se están definiendo reglas y normas técnicas para la integración de datos biométricos, huellas dactilares, reconocimiento facial, etc., en los pasaportes y documentos de viaje en la lucha contra el terrorismo por parte de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)³⁰, y que también se analiza y discute sobre la utilización de datos personales en las comunicaciones políticas³¹.

Dejemos a un lado la parte doctrinal y veamos sin más preámbulo, la redacción correspondiente a la información pública, confidencial y reservada de los poderes judiciales de cada una de las entidades federativas de México, iniciando por la Ley Federal de Transparencia (LFTAIPG).

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG)

Del análisis de la ley federal de la materia, podemos entender que la información contenida en los expedientes judiciales en posesión del Poder Judicial de la Federación, si bien es considerada como información pública de manera general (artículo octavo), también de manera específica se le clasifica como información reservada (artículo 14, fracción IV), hasta tanto no hayan causado estado³².

De esta manera, aplicamos la regla especial sobre la regla específica, y podemos concluir que dicha información es en realidad considerada como reservada, y por lo tanto, está sujeta a un período temporal de reserva, hasta por un período de doce años (artículos 13 y 14), el cual podrá ampliarse y dicha disponibilidad será sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes de manera específica (artículo 15).

Los criterios de clasificación y desclasificación de la información considerada como reservada, serán determinados por el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), o bien, por la instancia equivalente a que se refiere el artículo 61, en este caso, el Consejo de la Judicatura Federal en representación del Poder Judicial de la Federación y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (fracción IV del artículo 61)³³.

El presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura, ministro Mariano Azuela Güitrón, ha mencionado que la propia Ley Federal de la materia (LFTAIPG), ha propiciado que el acceso a los expedientes judiciales en posesión del Poder Judicial de la Federación, no hayan sido abiertos como información pública, dada la contradicción existente entre los mencionados artículos octavo y catorce, al establecerse también como información reservada la contenida en los expedientes judiciales. Por estos motivos, deberían modificarse las leyes respectivas, para evitar contradicciones al principio de publicidad de la información, razón por la cual ha emitido recientemente el Reglamento para la aplicación de la LFTAIPG (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental)³⁴.

Es necesario mencionar, aunque sea brevemente, por cuestiones de tiempo, los acuerdos anteriores que regulan sobre el derecho de acceso a la información contenida en los expedientes jurisdiccionales en posesión del Poder Judicial federal; es decir, los diversos acuerdos 9/2003, 13/2003, 30/2003 y el 46/2003 —que derogó parcialmente el anterior 13/2003— todos del Consejo de la Judicatura Federal³⁵.

Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Aguascalientes (LTIPEA)

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Aguascalientes, resolvió —de una manera muy atinada— la polémica actual en torno al acceso a la información contenida en expedientes judiciales en posesión del Poder Judicial de ese estado —de lo cual se debería tomar nota, tanto a nivel federal como en los demás Estados de la República Mexicana— al establecer en el artículo 8, fracción V y X³⁶, como información reservada la contenida en los procedimientos en las distintas materias e instancias judiciales en general, y cualquiera que fuese su estado. Además de manera original indica en su artículo 9, que se suspenderá el derecho a la información, hasta por un término de doce años o antes cuando dejen de concurrir las causas que motivaron su clasificación, pudiéndose ampliar dicho término de reserva, por la autoridad respectiva hasta por cinco años más³⁷.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Coahuila (LAIPECO)

En la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Coahuila, se establece como información de oficio, o más bien, como una garantía mínima de libre acceso a la información pública sujeta a diversas reglas, que el Poder Judicial debe informar sobre los expedientes judiciales y administrativos que se encuentren concluidos, los cuales estarán a disposición del público en el archivo judicial, dejando a salvo la información confidencial o reservada, en los términos de las disposiciones aplicables (artículo 24)³⁸.

El ejercicio del derecho a la información pública solo podrá ser restringido, mediante la figura de la información reservada, estableciéndose claramente que la protección del derecho a la intimidad de las personas se regulará por su respectiva ley (artículo 56 y 57)³⁹. En este sentido, tenemos que la información judicial contenida en los expedientes judiciales o administrativos, solamente podrá ser accesible una vez que los mismos hayan causado ejecutoria, con excepción de los casos en que se vulnere la protección del derecho a la intimidad de las personas o del interés público (artículo 60)⁴⁰.

El plazo de reserva de la información judicial considerada como reservada, será el término genérico nacional de doce años, pudiendo ampliar dicho término siempre que subsistan las causas que dieron origen a la clasificación (artículo 65)⁴¹.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Colima (LTAIPECL)

La Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Colima, regula el acceso a la información judicial reservada en manos del Poder Judicial, al establecer que las entidades públicas deberán poner a disposición del público en general, obligatoria y permanentemente, las sentencias y resoluciones que hayan causado estado, dejando a salvo las garantías individuales otorgadas por nuestra Constitución, al otorgarles a los particulares, la posibilidad de oponerse a la publicación de sus datos personales (artículo 10, fracción XVI)⁴², restringiendo el acceso a la información pública mediante las dos conocidas figuras de información reservada y confidencial (artículo 20)⁴³. Además, se procede a clasificar la información como reservada, por el titular encargado del Poder Judicial, para el caso de que pueda causar un serio perjuicio a las actividades de la impartición de justicia, cuando comprometa los procedimientos de investigación penal, la que se refiera a servidores públicos que hayan laborado o laboren en el ámbito de procuración e impartición de justicia, que pueda generar una ventaja personal indebida en perjuicio de terceros⁴⁴. También se establece más directamente que se considera información reservada, sin necesidad de acuerdo alguno por la autoridad correspondiente, la información que conste en los expedientes judiciales o en los procedimientos administrativos, hasta tanto no hayan causado estado las sentencias definitivas que correspondan⁴⁵. Dicha información considerada como reservada, tendrá este carácter hasta por doce años, el cual podrá ampliarse a juicio de la Comisión Estatal⁴⁶.

Ley de Acceso a la Información del Distrito Federal (LAIEDF)

El Decreto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, en su artículo 3º, menciona que la información generada, administrada o en posesión del Órgano Judicial, se considera un bien del dominio público accesible a cualquier persona, en los términos y condiciones que establece la ley⁴⁷, y que la información reservada es la información pública temporalmente sujeta a alguna de las excepciones previstas en la propia disposición (artículo 4 fracción VIII)⁴⁸, también denominada como de acceso restringido, en sus dos modalidades: reservada y confidencial, la cual no podrá ser divulgada, salvo las excepciones que detalla la misma ley (artículo 22)⁴⁹.

En forma específica el artículo 23 establece que los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, se considerarán como información reservada, hasta tanto la sentencia o resolución que resuelva el asunto en el fondo, no haya causado ejecutoria⁵⁰.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Durango (LAIPEDE)

La Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Durango, establece al igual que la correlativa del estado de Aguascalientes, como información reservada a los expedientes de procesos jurisdiccionales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, la información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la impartición de justicia, y en general la que por disposición expresa de una ley, sea considerada reservada (artículo 17, fracción II, III y VI)⁵¹, y tendrá este carácter hasta por doce años, y dicho período de reserva se puede ampliar, cuando subsistan las causas que dieron origen a su clasificación, sin mencionarse el tiempo máximo de dicha ampliación (artículo 20)⁵².

Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado y los Municipios de Guanajuato (LAIPEMG)

Curiosamente, tanto la Ley de Acceso a la Información del Estado de Guanajuato, como la de Jalisco, se apartan de la cultura de transparencia y acceso a la información pública gubernamental imperante en la actualidad en nuestro país, la cual incluye al Poder Judicial con algunas limitantes por supuesto. También establece una negativa rotunda al acceso a la información judicial, al clasificarla en su totalidad como reservada, y a los expedientes judiciales o administrativos, siendo públicos los expedientes electorales⁵³, aunque establece como públicos los expedientes electorales. Por otra parte, establece que el Poder Judicial y los tribunales administrativos, podrán hacer públicas las sentencias o los laudos que hayan causado estado, y que juzguen de interés general, pudiendo suprimir de manera voluntaria los datos personales de las partes, pero sin ser obligatorio lo anterior (artículo 12)⁵⁴.

Asimismo, se amplía el período normal de clasificación de la información reservada, al considerar un período de catorce años, y el instituto puede acordar también la ampliación de dicho término⁵⁵.

Regula además que los asuntos que determine el Consejo del Poder Judicial, serán reservados. La resolución final puede ser pública, cuando no contravenga otros aspectos legales (artículo 14, fracción XVII). Con las disposiciones anteriores, puede notarse un gran temor por parte de los legisladores locales de Guanajuato, en cuanto al acceso público de la información en posesión del Poder Judicial.

Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco (LTIPEJ)

Nos remitimos a lo anteriormente expuesto, en relación con la Ley del Estado de Guanajuato, por ser exactamente aplicable al Estado de Jalisco, dado que en su artículo 8 (fracción V), establece como reservada la información depositada en el secreto de los juzgados, así como la totalidad de la información contenida en los diversos procedimientos que se tramitan en las instancias judiciales, cualquiera que sea el estado que estas guarden⁵⁷. El plazo de reserva es sumamente amplio, y es uno de los más extensos a nivel nacional, sin haber justificación alguna al respecto⁵⁸.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (LTIPEM)

Esta ley considera en su artículo 19 y 20 que será restringido el derecho de acceso a la información pública, cuando se trate de información clasificada como reservada o confidencial, ya que puede causar daño a los expedientes procesales o procedimientos administrativos, incluidas las quejas, inconformidades, etc., hasta en tanto no hayan causado estado⁵⁹.

El período de reserva que considera esta legislación es de nueve años, contados a partir de su clasificación. Es importante señalar que esta legislación contiene una excelente definición de lo que son los datos personales en su artículo 2, fracción II, pues son muy significativos en relación con los expedientes judiciales y administrativos⁶⁰.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán de Ocampo (LAIPEMO)

La Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán, es muy parecida a la redacción del Estado de Colima, dado que establece que los expedientes de procesos jurisdiccionales o de procedimientos administrativos, seguidos en forma de juicio, serán considerados como información reservada, hasta en tanto no causen estado, con la excepción de los casos, en donde se vulnere el derecho a la información privada en los términos de dicha ley. Asimismo, se considera reservada aquella información que por disposición expresa de una ley, sea considerada con ese carácter⁶¹.

Dicha clasificación tendrá la misma duración general de doce años, establecido por otras legislaciones en el país, y son accesibles al público a juicio de la Comisión, una vez concluido dicho plazo⁶².

Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del Estado de Morelos (LIPEPDM)

La Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del Estado de Morelos, establece que solamente se podrá clasificar la información pública como reservada, cuando concurren las hipótesis contenidas en el artículo 51, y se clasifica como tal la contenida en los expedientes de juicios o procedimientos que no hayan causado estado y ejecutoria. Sin embargo, prevé una excepción sumamente importante que no se ha considerado ni en la ley federal, ni en las demás legislaciones de los Estados de la República Mexicana, en relación con estos casos de expedientes judiciales en que han causado estado o ejecutoria y, que por regla general, serán de acceso público, estableciendo como excepción los casos en donde sea inexcusable la protección del derecho de hábeas data previsto en la ley; es decir, tratándose de la protección del derecho de hábeas data, prevalece esta sobre el derecho de acceso a la información en general.

Además, se considera reservada la información que pueda generar ventajas personales indebidas en perjuicio de terceros o en general, cuando se trate de información que una ley expresamente clasifique como reservada (artículo 51, fracción 4, 6 y 7).

Un dato importantísimo de destacar de la ley del estado de Morelos, así como en otras disposiciones estatales, de establecer en su artículo 46 una excepción a la regla de clasificación de información reservada, cuando el contenido de la información sea relevante para la protección de derechos fundamentales, de acuerdo con las leyes nacionales y convenios internacionales sobre la materia, lo cual sin

lugar a dudas, suscitará controversias dado que no se establece de manera clara quién y bajo cuáles condiciones determinará lo anterior⁶³.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Nayarit (LTAIPEN)

La Ley del estado de Nayarit (LTAIPEN), establece una de las mejores propuestas legislativas en el país, en el tema de la protección de datos personales en los expedientes judiciales, al disponer en su artículo 13, la obligación de que el Poder Judicial del estado, deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria; pero siempre y cuando se consulte previamente a las partes que actuaron en el expediente respectivo, para que manifiesten dentro del término de tres días, su consentimiento sobre la publicación de sus datos personales. Si no se manifiesta absolutamente nada en dicho término, se entenderá como una negativa a la publicación de los mismos⁶⁴.

En el artículo 18 fracción III, se establece que la información contenida en los expedientes jurisdiccionales o en los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, hasta en tanto no causen estado, se considera como información reservada, con la excepción de los casos en que se vulnere el derecho de protección de datos personales, en los términos de dicha ley, así como en la fracción IX, cuando se trate de información que pueda generar una ventaja personal indebida, perjudicando a una tercera persona⁶⁵.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Nuevo León (LAIPNL)

En cuanto a la Ley de Acceso a la Información del Estado de Nuevo León, debemos indicar que nuestro estado no cuenta con una de las mejores leyes sobre el derecho de acceso a la información pública a nivel nacional. En relación con el tema del acceso a la información judicial, existía —antes de las recientes reformas— una negativa textual, mediante la cual la información exclusivamente se proporcionaba para quienes acreditaban su interés jurídico —de conformidad con las leyes respectivas— protegiendo el derecho de la privacidad de las personas, sin que puedan aducirse causas ajenas a las establecidas (artículo 10 y 11 de la ley estatal)⁶⁶.

Mediante el decreto número 108 expedido por el H. Congreso del Estado de Nuevo León, publicado en el periódico oficial del estado, de fecha 14 de julio de 2004⁶⁷, se modificó el Artículo 10 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Nuevo León (LAIPNL); en las fracciones I, IV y V, se adicionaron las fracciones VI y VII y un último párrafo, el artículo 11 Bis y un segundo párrafo a su artículo 13, en los cuales básicamente se eliminó el interés jurídico existente originalmente, para delimitar específicamente aquellos casos de expedientes judiciales en donde se deberá negar el acceso a los mismos. De esta manera, lo que por interpretación a contrario sensu, todos los demás casos no comprendidos en dichas fracciones del artículo 10, quedan abiertos a cualquier persona con solamente solicitarlo.

Aunque la idea del legislador en dichas reformas, fue dejar abiertos los expedientes judiciales no comprendidos en dichas fracciones, lo cierto es que quedó claramente negado el acceso a los mismos en la fracción V que establece la prohibición de acceso a los expedientes judiciales, cuando se trate de información de particulares relativa a datos personales, también sobre ¿qué expediente judicial no contiene datos personales de las partes? ¿Cómo va a determinar el juez cuáles partes de un expediente pueden ser consultables y cuáles partes no pueden serlo, si la propia ley no contiene los parámetros para ello? Anteriormente dos funcionarios de la Comisión de Acceso a la Información Pública de Nuevo León, se manifestaron claramente a favor de dichas reformas, olvidando que una de sus principales funciones es precisamente velar por la protección de datos personales, lo cual a la fecha, ha faltado investigar más profundamente sobre la forma de cómo hacerlo.

Consideramos que dichas reformas violentan las garantías individuales a la privacidad, a la intimidad, al honor —es decir, hábeas data— contenidas en nuestra disposición constitucional suprema, principalmente al artículo 6° constitucional, y violentan flagrantemente el espíritu de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental —LFTAIPG— que aunque es una norma federal, establece los parámetros de la protección de datos personales en nuestro país.

En este sentido, debemos mencionar que la Procuraduría General de la República, interpuso la acción de inconstitucionalidad número 25/2004 en contra del decreto número 108, mediante el cual se reformó la fracción VII del artículo 10 y los artículos 11 Bis y 13, segundo párrafo de la Ley de Acceso a la Información Pública en el Estado (LAIPNL)⁶⁸, así como la reforma y adición a los artículos 39 del Código de Procedimientos Civiles (CPCNL)⁶⁹, al artículo 29 del Código Procedimientos Penales⁷⁰ y el artículo 22 fracción V, de la Ley de Justicia Administrativa⁷¹, por parte del H. Congreso del Estado. Entre las argumentaciones del escrito interpuesto de inconstitucionalidad por la PGR, se encuentran las siguientes:

Precisamente la información acerca de hechos íntimos de las personas, es lo que no puede ser objeto de publicidad por parte del Estado porque atañen a datos que involucran aspectos de la vida particular e inherente a las personas que frente al Estado tienen el carácter de terceros en relación con el solicitante de información y por lo tanto, el poder público debe respetar la privacidad de esos datos. - - - El derecho a la privacidad o intimidad de la persona es la prerrogativa a no sufrir intromisiones externas de que se divulguen o hagan públicos aspectos particulares de su propia vida, esto es, tutela la forma de vida frente a todo medio de control público o de estigmatización social. - - El derecho a la vida privada responde a la exigencia de que toda persona pueda construir autónomamente su propia personalidad, sin que desde fuera se le imponga los roles o funciones que deba desarrollar. La dignidad está vinculada directamente a los derechos fundamentales, buscando integrar y ponderar a la dignidad humana con los diversos bienes jurídicos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. - - - En consecuencia si el Estado revelara o pretendiera revelar

la información de la vida de las personas que obre en sus archivos estaría infringiendo una de las limitantes contenidas en el precepto constitucional de no ocasionar daños a terceros al garantizar el derecho a la información. - - - Por tanto, los numerales tildados de inconstitucionalidad vulneran el precepto 6° de la Carta magna al autorizar que cualquier persona pueda tener acceso indiscriminado a la información personal de cada una de las partes que contiendan en un juicio, lo cual es una intrusión al derecho a la privacidad de los individuos litigantes, que pone en riesgo su seguridad ya que la información así obtenida podría ser utilizada dándosele un mal uso. - - - Por otra parte, la consolidación de los principios democráticos de la vida nacional ha ocasionado un notable desarrollo en la circulación de informaciones de carácter personal, sobre todo en el los sectores objeto de prestaciones de los servicios públicos. Este requerimiento de acceso a la información que afecta a la actividad de la administración pública y a los demás órganos del Estado, se traduce en una exigencia de transparencia, de conocimiento de procedimientos y procesos de decisión, o de libre acceso a los actos y a las informaciones de que disponen los poderes públicos. - - - Así entonces, el principio organizativo del secreto, da paso al de la publicidad que se convierte en regla general y consiste en que todos los actos y procedimientos deban ser accesibles a cualquiera legítimamente interesado en ello. Esta transformación genera efectos sobre la esfera de lo privado, afectando las garantías destinadas a tutelar la información particular de las personas, el domicilio o el secreto de las comunicaciones, contenidas en el artículo 16 constitucional. - - - El conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad y honor requiere de una ponderación entre derechos y valores constitucionales, lo que resulta muy difícil de hacer dado que la tutela de una situación subjetiva no puede hacerse recurriendo a una sola disposición constitucional o haciendo referencia a un solo derecho. Puesto que si bien es cierto que la información puede invadir abusivamente la esfera jurídica de la persona, es también posible que una interpretación demasiado rígida y abstracta del derecho a la privacidad pueda llegar a convertirse en un riesgo grave para el libre ejercicio de la libertad de expresión. - - - A mayor abundamiento, en el ámbito internacional existen diversos tratados que protegen en todo momento el derecho a la privacidad de las personas. - - - La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11 señala (SE TRANSCRIBE) [...] Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo V dispone: (SE TRANSCRIBE) [...] Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 17 y 19, establecen: (SE TRANSCRIBEN) [...] En este sentido, en todo procedimiento jurisdiccional, lo actuado en el mismo, solo incumbe a las partes que se encuentran en litigio, puesto que la resolución que al efecto se emita, únicamente tendrá efectos entre ellas, no obstante que una vez que se resuelva en definitiva, la misma pueda hacerse pública, tal y como lo dispone la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que en su artículo 14, fracción IV establece como información reservada y por lo tanto no disponible para el público en general, los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado **72**.

¿Qué entendemos por interés jurídico? ¿Será correcta la eliminación del interés jurídico para ver expedientes judiciales en aras del derecho de la información? ¿No estaremos interfiriendo en la vida privada de las personas, violando su derecho a la intimidad y a la protección de datos personales? ¿Qué interés tiene el Estado de Nuevo León en eliminar dicho interés jurídico en lugar de preocuparse por poner a disposición de los ciudadanos la información que le corresponde al Poder Ejecutivo? ¿Será esta una distracción para que la ciudadanía no dirija su atención o mirada hacia otros documentos gubernamentales más importante? ¿Qué podemos decir en cuanto a la ponderación de conflictos de derechos en colisión?

Debemos precisar el concepto de interés jurídico, por lo cual citaremos a Ignacio Burgoa, quien nos aclara lo que debemos entender por dicho término —según la Suprema Corte— al decir que es aquel reputado como un derecho reconocido por la ley, no siendo otra cosa sino lo que la doctrina conoce tradicionalmente como “derecho subjetivo”; es decir, la facultad o potestad de exigir, la cual se encuentra consagrada en la norma objetiva del derecho **73**.

El tema de las reformas legislativas sobre transparencia en el Poder Judicial en Nuevo León, se encuentra actualmente en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de la controversia constitucional que interpusiera la Procuraduría General de la República (PGR) contra las reformas que pretenden eliminar el interés jurídico de los expedientes judiciales para que puedan ser analizados por cualquier persona que lo desee. Pero al parecer las autoridades legislativas y el Poder Ejecutivo en el estado, se hayan en una total confusión de términos en materia de derecho de la información. Un asunto es el interés simple que las legislaciones estatales y la federal mencionan para poder acceder a la información pública, y otro muy distinto es el interés jurídico que debe persistir, tratándose de la información confidencial — datos personales— que obra en todo proceso judicial o jurisdiccional. Por otro lado, también se considera como información reservada por un período debido a razones obvias **74**. Recordemos lo dispuesto por los artículos 14 y 16 constitucionales, los cuales señalan:

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. - - - En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.- - - En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al inculcado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del ministerio público. Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y

ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Las comunicaciones privadas son inviolables: la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y prevacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

No puede haber posturas radicales en la solución de la información reservada de los poderes judiciales en México. Considero que no están dadas las condiciones de madurez para llegar a una solución equilibrada, justa y legal a todas las partes involucradas. El tema es altamente polémico, complejo y peligroso, por lo que coincidimos con Hugo A. de la Concha cuando establece:

No ver la complejidad que representa el tema es peligroso pues acarrearía simplificaciones y conclusiones erróneas. La apertura informativa del Poder Judicial debe ser una tarea detallada, técnica y oportuna, que busque un equilibrio entre independencia y responsabilidad, así como entre lo deseable y lo coyunturalmente posible. Existen riesgos en cualquiera de las opciones de apertura radicales: una apertura sin medida, especialmente en el caso de una judicatura que, como la mexicana, no ha logrado consolidar su independencia y fortaleza institucional, ocasionaría poner en riesgo los derechos de la gente, y sobre todo debilitar a una institución que requiere llevar a cabo su labor de manera independiente a otras fuerzas sociales y políticas, liberándola de la manipulación y utilización por parte de intereses que buscan una justicia a su medida. Una cerrazón informativa, por otro lado, significaría el consolidar a instituciones públicas antidemocráticas, que responden a lógicas discrecionales y sin control, capaces de actuar alejadas del conocimiento público y de mecanismos de rendición de cuentas **75**.

Sostiene Nogueira Alcalá que en los casos cuando existe una colisión entre el derecho a la libertad de opinión, con el de libertad de información o, incluso, con otros derechos, deberá llevarse a cabo lo que en doctrina se ha denominado “ponderación de derechos”, a fin de reducir al máximo dichos derechos en conflicto. Lo anterior sucede en virtud de que al encontrarnos frente a derechos fundamentales, no podemos hablar de jerarquía de derechos, porque tanto unos como otros, se encuentran en el mismo nivel. Por estos motivos, prefiere hablar del término “equilibrio”, debido que la honra, la privacidad, la libertad de opinión y de información, se encuentran en el mismo nivel de derechos o garantías individuales protegidos por la Constitución **76**. En este sentido, podemos preguntarnos ¿qué debemos entender por ponderación de derechos en colisión? Entre los elementos que deben tenerse presentes para ponderar los derechos en pugna, el autor Nogueira Alcalá, citando la sentencia del Tribunal Constitucional de España 227/92, transcribe:

En particular, estando implicado el derecho a comunicar información, serán circunstancias relevantes en esta ponderación: la materia de la información, su interés público, su capacidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre, el carácter público o privado de la persona objeto de la información, así como el medio de información, es decir, si se ha difundido por un medio de comunicación social **77**.

El principio de finalidad de la información que rige en la mayoría de las legislaciones estatales de la materia en México, se encuentra acorde con la aplicación del principio de proporcionalidad, tratándose de la ponderación de derechos en colisión, tal y como lo menciona Nogueira Alcalá, cuando establece como elementos básicos, los siguientes:

- a) Existencia de una finalidad legítima y permitida expresamente por la Constitución y los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos.
- b) Existencia de idoneidad o utilidad de la restricción para la finalidad legítima exigida, la que debe ser de carácter legal.
- c) Existencia de una estricta necesidad de restringir el ejercicio del derecho afectado, vale decir, que no existe otro medio idóneo para alcanzar el fin que sea menos restrictivo respecto del derecho.
- d) Determinación de que el daño que se provoca con la norma jurídica sea menor que el beneficio producido para el bien común. Cuya carga de la prueba recae en el órgano o autoridad competente que establece la restricción del ejercicio del derecho **78**.

En virtud de lo anterior, estimamos que debe prevalecer preferentemente el derecho a la privacidad y a la intimidad en los expedientes

judiciales de Nuevo León, sobre el derecho a la información de los mismos, dado que se trata de información reservada o confidencial, y no información que deba considerarse como pública, primordialmente en virtud del principio de finalidad de la información, pues los datos personales que fueron proporcionados en un proceso judicial, fueron entregados solamente por las partes interesadas para que un juzgador, mediante un fallo final o sentencia definitiva que dé la razón a alguna de las partes en conflicto, no para que sus datos personales sean divulgados a cualquier persona ajena al mismo proceso.

Así, debemos mencionar que, a nivel internacional, tenemos como fuerte antecedente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el cual en su artículo 17, textualmente indica:

[...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques **79**.

También nos encontramos con la prohibición establecida por el artículo 10 del Reglamento (CE) N° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, acerca del tratamiento de datos personales sensibles, la cual afirma **80**:

Artículo 10.- 1. Se prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Puebla (LTAIPEP)

La Ley de la materia del Estado de Puebla (LTAIPEP), establece en el artículo 12 fracciones V, VI, VII, VIII, XI y XII, que se considera información reservada, tanto la contenida en las averiguaciones previas y la que comprometa los procedimientos de índole penal, así como los expedientes judiciales, procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio y los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, hasta en tanto no exista una resolución definitiva y ejecutoriada. La que pueda generar una ventaja personal indebida y la que por disposición de una ley, sea considerada reservada o restringida **81**.

En el artículo 15, se señala el término de la información clasificada temporalmente como reservada, el cual es de doce años, salvo la que por resolución de una autoridad competente o por la ley deba conservar dicho carácter por un término diferente **82**.

Un punto sumamente importante, y que no lo tratan tan claramente las demás disposiciones de la materia a nivel nacional, es lo establecido en el artículo 16 que establece que la información confidencial en posesión de las autoridades —o sujetos obligados— tendrá dicho carácter de manera indefinida, salvo las propias excepciones que marquen las leyes y ordenamientos **83**.

Ley que reglamenta el Derecho a la Información y el Derecho de Petición del Estado de Querétaro (LRDIDPEQ)

En la Ley que Reglamenta el Derecho a la Información y el Derecho de Petición del Estado de Querétaro, se establece como información de oficio disponible al acceso público, la correspondiente a los órganos jurisdiccionales, administrativos o del trabajo, que tenga por objeto resolver controversias o aplicar el derecho, específicamente un extracto de las resoluciones y determinaciones más trascendentales, como el ejercicio de la acción penal, las sentencias interlocutorias y definitivas, laudos y resoluciones de apelación y de amparo; pero las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales (artículo 7, fracción XVI) **84**.

En cuanto a los requisitos para clasificar la información como reservada, debemos resaltar también la teoría del daño, entre otros requisitos (artículos 13 y 14) **85**.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Quintana Roo (LTAIPEQR)

La Ley de la materia de Quintana Roo (LTAIPEQR), establece en su artículo 9 que el Poder Judicial y los tribunales administrativos de oficio o a petición de parte, deberán hacer públicos los laudos y las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, siempre y cuando juzguen de interés general, debiendo suprimir en los casos que crea conveniente los datos personales de los particulares **86**.

¿ La protección de datos personales queda al arbitrio de la autoridad hacerlos públicos o no? Se clasifican como información reservada en el artículo 22 fracciones VII, VIII, XI, XIII, XV, XVI, XIX y XXI, los expedientes judiciales o administrativos, siendo públicos los expedientes electorales y la resolución definitiva de los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos. También será reservada la información que les cause un perjuicio a las actividades de cumplimiento de las leyes y reglamentos, y la que genere una ventaja personal indebida en perjuicio de alguien, que por mandato de una ley sea considerada como reservada, así como los asuntos que el Poder Judicial determine con carácter de reservada de conformidad con su Ley Orgánica, y la resolución definitiva puede ser pública, siempre y cuando no contravenga otras disposiciones legales, y cualquier información recibida por la autoridad recibida bajo promesa de reserva **87**.

El término en que deberá durar como reservada la información en esta ley, es de siete años, pudiendo ser desclasificada y ampliado dicho período de reserva hasta por 10 años, siempre que se justifiquen las causas que dieron origen a su clasificación (artículo 27) **88**.

Ley de Transparencia Administrativa y Acceso a la Información Pública del Estado de San Luis Potosí

(LTAAIPESLP)

Respecto de la Ley de Transparencia Administrativa y Acceso a la Información Pública del Estado de San Luis Potosí, se considera a la información contenida en los expedientes de procesos judiciales o jurisdiccionales, así como también de los procedimientos administrativos, como información reservada (artículo 8), sin especificarse de manera alguna que puedan consultarse por persona alguna, una vez que causen estado **89**.

La condición de reserva será el término general de doce años, por lo que una vez pasado este término, dicha información será accesible, una vez que transcurran las causas que motivaron su clasificación. Pero la pregunta obligatoria es ¿cuándo deja de subsistir la circunstancia de clasificación de la fracción III del artículo 8, que habla de los expedientes jurisdiccionales?

¿Dejan de serlo por alguna circunstancia en particular?

Debido a que no se mencionó la circunstancia de por qué se causó estado, para poder ser accesibles, los diputados integrantes del Poder Legislativo de dicho estado, cometieron un gravísimo error.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa (LAIPES)

La Ley de Acceso a la Información Pública del estado de Sinaloa —a diferencia del Estado de San Luis Potosí— sí establece que aunque la información contenida en los expedientes de procesos jurisdiccionales o de procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, es considerada información reservada hasta en tanto no hayan causado estado, con la excepción de lo anterior, tratándose de casos en que se vulnere el derecho de hábeas data en los términos de la ley (artículo 20) **90**. Por tanto, se debe demostrar el llamado principio de daño, es decir, que el daño que se puede causar al interés público es mayor que el daño que puede producirse con la liberación de la información, es mayor que el interés público de conocer la información de referencia —teoría del daño—, (artículo 21 fracción III) **91**. En cuanto a los requisitos que debe contener el acuerdo de clasificación de información considerada como reservada, se encuentran contenidos en el artículo 23 de la ley **92**. Se establece el término de doce años para la información clasificada como reservada, y dicho período de reserva se puede ampliar (artículo 24) **93**.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sonora (LAIPESN)

Se establece la obligación sobre el cumplimiento de esta ley, así como de proporcionar información que obre en su poder al Poder Judicial del Estado, sus órganos y sus dependencias, estableciéndose la definición de datos personales, artículos 2 y **394**. Dicha información deberá cumplir con los rubros señalados en el artículo 14, y deberá mantenerla actualizada, siendo obligatorio poner a disposición del público, las sentencias únicamente cuando hayan causado estado o ejecutoria (artículo 15). Además se reservará la publicación de los datos personales, cuando las partes hayan manifestado anticipadamente su derecho de que no se publiquen, los cuales deberán ser omitidos **95**.

El órgano competente para resolver los conflictos de acceso a la información, es el Tribunal Estatal Electoral y de Transparencia Informativa, el cual en conjunto con la Comisión Estatal de Derechos Humanos, tendrán acceso irrestricto a la información de acceso restringido, según lo dispone el artículo 20 **96**. Se considera como información reservada (10 años), la que puede causar perjuicio a la impartición de la justicia, a la persecución de los delitos, o a las averiguaciones previas en trámite, según el artículo 21, fracciones VI, IX y X **97**. También se considera como información confidencial, la mencionada en el artículo 27 **98**. En relación con los datos personales, los sujetos obligados oficiales deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la privacidad y la seguridad de los datos personales, y no pueden dar a conocer a terceros, difundir o comercializar dichos datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en ejercicio de sus funciones. Lo anterior incluye obviamente a los expedientes judiciales, según lo dispuesto por los artículos 30 y 33 **99**.

Para el cumplimiento coactivo de sus resoluciones, el tribunal podrá llevar a cabo las sanciones establecidas por el artículo 60, incluyendo el cese definitivo de los servidores públicos.

Ley de Información Pública del Estado de Tamaulipas (LIPETS)

La ley de Tamaulipas se constituye en una de las leyes de la materia más detallada en la actualidad, ya que les da mucha importancia a la intimidad de las personas, a la protección del hábeas data e, inclusive establece, define y protege los datos sensibles, en los artículos 3 y 4 inciso f) **100**. Señala claramente al Poder Judicial del estado y demás órganos de impartición de justicia, como sujetos obligados, en su artículo 5, numeral 1) inciso c) y d). Define la información confidencial y sensible en su artículo 6, inciso f) y k), así como la protección de dicha información en su inciso o) **101**. El interés jurídico para acceder a información confidencial se encuentra estipulado en el artículo 10, segundo párrafo; no se requiere interés jurídico para acceder a información pública; existe prohibición expresa para dar a conocer información sensible, artículo 13 **102**. El Poder Judicial de oficio (artículo 16, inciso c), deberá publicar en Internet información relativa a sus funciones, entre las que destacan su presupuesto, el directorio oficial de su personal, asuntos recibidos y resueltos, listado de pensionados y jubilados, etc **103**. Lo anterior se encuentra sujeto a la actualización mensual y a la elaboración de lineamientos respectivos, según lo disponen los artículos 24 y 25 de dicha ley.

La información clasificada como reservada (12 años) no podrá darse a conocer, según lo estipulado por el artículo 27, punto 2), incisos c), e) y f), entre la que se encuentra la relativa a los expedientes judiciales durante su instrucción, estableciéndose la prueba del daño,

punto 3) **104**. Respetándose la garantía de audiencia, cuando se recaba información confidencial de particulares, se debe notificar sobre la existencia de lo anterior, según lo dispone el artículo 28, y el 29 menciona las excepciones **105**.

Por último, el artículo 31 enfatiza las sanciones a que puede hacerse acreedor un servidor público, sin perjuicio de las civiles y/o penales a que haya lugar, por divulgación indebida de información sensible **106**. También se pueden consultar los artículos 32 y 33.

Ley de Información Pública para el Estado de Tlaxcala (LIPETL)

La Ley de la materia del estado de Tlaxcala (LIPET), establece en su artículo 16 que la información será considerada reservada, en caso de que su difusión cause perjuicio a las actividades de cumplimiento de leyes, prevención de delitos o impartición de la justicia, así como cuando cause serio perjuicio a los estrategias procesales en cuestiones jurisdiccionales o administrativas, mientras las resoluciones no hayan causado estado **107**. También considera en su artículo 17, fracciones V, VI, VII y IX que las averiguaciones previas están reservadas. Por otra parte, de manera sumamente discrecional, la contenida en los expedientes judiciales en tanto no se consideren de contenido histórico ¿cuándo se considerarán de contenido histórico? y ¿quién las clasifica como tales? **108**. En el artículo 20, se establece que el término en que se considerará reservada la información, será hasta por doce años, y en el artículo 26, se detalla de manera original que la información confidencial que obre en poder de cualquier entidad pública, solamente podrá ser consultada por los interesados con previa identificación **109**.

Ley de Acceso a la Información del Estado de Veracruz de Ignacio Lavallo (LAIEV)

En la Ley de la materia del Estado de Veracruz, se establece en el artículo 6 que el Poder Judicial del estado, podrá hacer públicas las sentencias o resoluciones que hayan causado estado o ejecutoria, siempre que no se violente de manera alguna, el principio de privacidad de las partes, debiéndose eliminar a petición de parte, cualquier dato que pudiera identificarlas o hacerlas identificables, debiéndose notificar a las partes siempre que exista una petición de acceso a las sentencias mencionadas, para que dentro del término de tres días, manifiesten su oposición a la publicación de sus datos personales **110**.

En el artículo 8, fracción IV, se establece más que claramente que será considerada información reservada aquella cuya difusión pueda obstruir el curso legal e impartición de justicia de los procedimientos administrativos, hasta que no se dicte una resolución definitiva. ¿Antes de que cause ejecutoria o estado? **111**

La información reservada tendrá tal carácter por un período hasta de diez años, y puede ser reclasificada, artículo 9 de la ley **112**. Además, serán consideradas información confidencial, la entregada con tal carácter, la personal que requiera consentimiento para su difusión, distribución o comercialización, la investigación ministerial y las que así lo considere alguna disposición legal, según lo detalla el artículo 10, fracciones I a la VI **113**.

Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado y los Municipios de Yucatán (LAIPEMY)

En la ley de la materia del Estado y los municipios de Yucatán (LAIPEMY), en su artículo 11, se establece que el Poder Judicial y los tribunales administrativos —de oficio o a petición de parte— harán públicos los laudos o sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, siempre y cuando juzguen de interés general. Pero en cualquier caso, solamente que exista la conformidad de las partes o sus sucesores, se procederá a hacer la publicación de los datos personales **114**.

En este sentido, establece en el artículo 13 fracciones V, VI y VII que será considerada información reservada, la depositada en el secreto de los juzgados y la contenida en los procedimientos tramitados en las distintas instancias judiciales, cualquiera que sea el estado que guarden, aquella cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persecución de los delitos e impartición de justicia, y la que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista del proceso deliberativo, hasta la resolución definitiva **115**. El término de la información reservada será de dieciocho años, y puede ser clasificada y acordada la ampliación de dicho plazo, según lo establece el artículo 14 **116**.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Zacatecas (LAIPEZ) **117**

La Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Zacatecas, no especifica claramente que la información contenida en los expedientes judiciales, será considerada de carácter reservada. Se señala por un lado que las resoluciones definitivas sobre juicio político, declaratoria de procedencia y responsabilidad administrativa que emita la legislatura del Estado, deberán difundirse de oficio **118**. En cuanto a la información judicial, se limita a señalar que la información sobre datos personales será considerada como confidencial, y por lo tanto, la información confidencial que se encuentre en los expedientes judiciales no podrá ser accesible cualquiera que sea el estado en que estos se encuentren, quedando la duda de si la demás información (artículo 21) podrá estar a disposición del público o no **119**.

En el acuerdo donde se clasifique información judicial como reservada, se deberá demostrar el llamado principio del daño que se podría producir con la desclasificación de la información, causando un daño mayor que el interés público de conocer dicha información, así como también, el plazo de reserva de información, la autoridad responsable de su designación, en el entendido de que el plazo máximo de clasificación será de doce años, pudiéndose solicitar la ampliación de dicho término (artículos 20, 22 y 23) **120**.

SIGLAS UTILIZADAS

En el presente manual, se entenderán las leyes existentes en México, sobre acceso a la información y datos personales, de acuerdo con las siguientes siglas:

1) LFTAIPG. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

ESTADOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

2 / LTIPEA. Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Aguascalientes.

3 / Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California

4 / Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California Sur.

5 / Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Campeche.

6 / Chiapas. NO TIENE LEY.

7 / Chihuahua, EN PROCESO DE EXPEDICIÓN.

8 / LTAIPECO. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Coahuila.

9 / LTAIPECL. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Colima.

10 / LAIEDF. Ley de Acceso a la Información del Distrito Federal.

11 / LAIPED. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Durango.

12 / LAIPEMG. Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado y los Municipios de Guanajuato.

13 / LTIPEJ. Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco.

14 / LAIPEM. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de México.

15 / LAIPEG. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Guerrero.

16 / Estado de Hidalgo, NO TIENE LEY.

17 / LAIPEMO. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán de Ocampo.

18 / LIPEPDPEM. Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del Estado de Morelos.

19 / LTAIPEN Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Nayarit

20 / LAIPNL. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Nuevo León.

21 / Estado de Oaxaca, NO TIENE LEY.

22 / LTAIPEP. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Puebla

23 / LRDIDPEQ. Ley que Reglamenta el Derecho a la Información y el Derecho de Petición del Estado de Querétaro.

24 / LTAIPEQR. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Quintana Roo.

25 / LTAAIPESLP. Ley de Transparencia Administrativa y Acceso a la Información Pública del Estado de San Luis Potosí.

26 / LAIPES. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa.

27 / LAIPESN. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sonora.

28 / Tabasco, NO TIENE LEY.

29 / LIPETS. Ley de Información Pública del Estado de Tamaulipas.

30 / LIPETL. Ley de Información Pública para el Estado de Tlaxcala.

31 / LAIEV. Ley de Acceso a la Información del Estado de Veracruz De Ignacio De la Llave.

32 / LAIPEMY. Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado y Municipios de Yucatán.

33 / LAIPEZ. Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Zacatecas.

Estados sin Ley: Hidalgo, Oaxaca, Tabasco, Chiapas.

PARA CONTESTAR:

1.- Mencione las tres corrientes existentes en México sobre el tema de la Información Judicial Reservada.

2.- ¿Debe estar disponible la información contenida en los expedientes judiciales al público en general?

3.- Opine sobre la propuesta de reforma enviada por el Ejecutivo al Congreso del Estado, para eliminar el interés jurídico en las disposiciones normativas de Nuevo León, y mencione cada una de ellas.

4.- ¿Qué entendemos por el principio de interpretación “favor libertatis, pro cives o pro homine”?

5.- ¿Qué debemos entender por “ponderación de derechos en colisión” que señala Nogueira Alcalá?

INVESTIGACIÓN:

- 1.- Investigar y clasificar las similitudes y diferencias existentes entre el acuerdo general que establece los órganos, criterios y procedimientos institucionales para proporcionar a los particulares, el acceso a la información pública del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, con las recientes reformas a diversos cuerpos legislativos del Estado de Nuevo León —incluida la LAIPNL— que eliminaron el concepto del “interés jurídico”, haciendo un cuadro comparativo de sus resultados, así como una crítica y propuesta personal al respecto.
- 2.- Investigar y estudiar el artículo 14, inciso I) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 3º, inciso I), y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, con el fin de determinar, si nuestro país ha ratificado dichos acuerdos y si se encuentran vigentes.
- 3.- Elaborar un cuadro comparativo entre la totalidad de los estados con leyes de la materia, sobre cómo regulan la información judicial reservada (por corriente liberal, excepcional y conservadora).

EL ASEDIO A LA JUSTICIA NACIONAL

Walter Antillón Montealegre

RESUMEN:

Dentro de la cultura jurídica del sistema del derecho continental europeo y subsistemas tributarios (América Latina), la idea de la independencia del juez ha venido a colocarse, en un arco de muchos años, en el centro de la atención de los estudios sobre la administración de la justicia orientados en sentido democrático. Pero cuando, ya en la segunda mitad del siglo XX, alcanzábamos los juristas latinoamericanos una mayor precisión conceptual acerca del perfil del juez (funcionario estatal de carrera, ilustrado, imparcial, garante, independiente), nos vemos amenazados por la marea antijudicial, empujada por las transnacionales y asegurada mediante la creación de diversos centros internacionales de solución de conflictos, dotados ahora de jurisdicción obligatoria, todo de acuerdo con el modelo neoliberal. El ocaso de la justicia estatal sería el principio del fin del Estado mismo. ¿Tiene sentido resistir?

La tradición del juez-letrado-funcionario-estatal

En este artículo no me ocuparé de todas las señales ominosas que el CAFTA-DR arroja en dirección a los cuatro puntos cardinales de la patria: hacia las instituciones legislativas y gubernativas, los entes de servicios, el ambiente y la biodiversidad. Me limitaré, tal vez por deformación profesional, a analizar el tema de la administración de la justicia, igualmente amenazada por el aciago convenio.

Crecí teniendo un elevado concepto del juez. Quizá se debía a la magia de esa palabra que, en el campo religioso -en el que de niños nos ilustraban abundantemente- se aplicaba a Cristo: el juez justo. Probablemente se debió, también, a que en mi familia había un pariente lejano que era juez, a quien nunca conocí en persona, pero del que todos hablaban con elogio. De manera que, para mí, el juez era una persona excepcional, que combinaba la sabiduría con la austeridad y la rectitud; la prudencia con la amplitud de criterio y la imparcialidad. Ya en la profesión, conocí jueces ejemplares. Nombraré a don Fernando Baudrit, don Juan Jacobo, don Fernando Coto, don Ulises Odio; qué diferencias, sin embargo, entre uno y otro, a pesar de la común excelencia. Y pensando en ellos me atrevo a iniciar este escrito, afirmando la idea de que, primero que todo, el juez debe ser pobre y austero: la riqueza y la ambición política son formas de la parcialidad.

En la tradición occidental de que somos parte, el juez es un funcionario estatal de carrera; un "tercero" por encima de los intereses de los litigantes, que aplica el ordenamiento vigente a los hechos demostrados en el proceso, en el que impone a quienes litigan una decisión cuya autoridad se fundamenta y justifica en su racionalidad, en su imparcialidad y, en fin, en su justicia: es la fuerza de lo justo. Por eso la sentencia judicial, siendo imperativa, debe ser convincente; y también por eso es analítica, argumentada y controlable en instancias superiores.

El juez resulta así una pieza imprescindible para la fluidez y la corrección de las relaciones sociales, básicamente porque las personas, en la medida en que tenemos ideales, aspiraciones e intereses, necesitamos estar seguros de que dentro de la sociedad existe alguien capaz de decir la última palabra en cualquier conflicto que surja entre los ciudadanos, o entre estos y las autoridades, y que esa última palabra será justa e imparcial.

De manera que el oficio de juez, tal como ha venido siendo perfeccionado en la cultura occidental durante siglos, requiere, naturalmente, una sólida formación académica: el juez debe ser un jurista competente y un humanista inspirado; pero requiere también un arduo aprendizaje: el joven juez debe acrisolar su sabiduría, su humanidad y sus hábitos de objetividad e imparcialidad, aprendiendo las destrezas del oficio junto al juez veterano.

Pero el juez requiere igualmente de un aparato institucional que garantice su completa independencia, tanto con respecto a la jerarquía interna del sistema judicial, como frente a las fuerzas políticas y económicas externas.

Lo anterior es solo el desiderátum, imagen sintética de las aspiraciones actuales de una cultura judicial, dos veces milenaria, formada en la contradicción, que por fin ha tomado conciencia de sí. Y digo formada en la contradicción, porque el juez real y la justicia real han sido, casi siempre, lo contrario de aquella imagen, como resulta de repasar su trayectoria histórica.

En lo que atañe a Costa Rica, aquí es frecuente encontrar jueces que se comportan con la debida independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones, lo cual nos está indicando que la independencia del juez constituye, entre nosotros, un valor vigente; que existe conciencia de la suprema importancia de conservar y reforzar una cultura judicial democrática y humanitaria, capaz de constituir una garantía de realización de los valores básicos de la vida. Y se ha señalado justamente que aquella cultura es parte del legado que ofrece la civilización occidental al futuro de la humanidad, puesto que, de hecho, ya entró a formar parte del patrimonio moral de esa humanidad.

La administración de la justicia estatal: trayectoria y crisis

Premisa

Repito aquí lo dicho en otros escritos: para comprender el tema de la justicia humana, es preciso hablar de la injusticia, entendida esta palabra en el sentido de reparto inmerecidamente desigual de los bienes de la vida (desde los alimentos y la salud, hasta los bienes culturales, etc.).

La historia nos reporta, por lo menos, cinco mil años de injusticia: desde los primeros sistemas esclavistas (en que pueblos enteros fueron vendidos y explotados como animales de carga), hasta la fecha, en que el sistema capitalista, a pesar de sus fabulosos adelantos y de las colosales riquezas que ha creado, continúa sacrificando, empobreciendo, envileciendo y excluyendo a una gran parte del género humano.

De lo anterior podemos extraer algunas conclusiones:

1.ª Conclusión

La humanidad ha vivido siempre y sigue viviendo en la injusticia.

En medio de ese mar de injusticia, ha habido momentos en que los pueblos han experimentado algunas MODESTAS Y LIMITADAS APROXIMACIONES a la justicia.

La democracia ateniense, por ejemplo, o la precaria hegemonía de la plebe en ciertas etapas de la República Romana, significaron un limitado acceso a una justicia impartida por los propios ciudadanos.

EN AMBOS CASOS SE TRATÓ DE EFÍMERAS EXPERIENCIAS DEMOCRÁTICAS, en las que los pueblos ateniense y romano adquirieron conciencia de sus derechos y los hacen valer, lo que dio como resultado, en el plano judicial, los procesos isonómicos (como el acusatorio penal) ante jueces o jurados populares, no dependientes de la cúpula de poder.

2.ª Conclusión

Son las clases subalternas (el “demos” en sentido clásico) las que racional o intuitivamente aspiran a la justicia, porque la justicia es la fuerza del débil.

Los poderosos no necesitan para ellos de las decisiones judiciales inspiradas en la justicia, porque les basta el poder para asegurarse la ventaja en los tratos. Antes bien, se puede decir que la injusticia es su negocio.

Pero sí necesitan que haya un aparato judicial, como condición de gobernabilidad, con tal de que esté de su parte.

Por eso no tenemos que extrañarnos si vemos que, en la historia, los dueños del poder siempre han querido controlar la justicia, principalmente PARA NO TENER QUE RESPONDER ANTE ELLA.

Y también por eso es que LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES ha sido tan rara y escasa en la historia.

3.ª Conclusión

Consiste en la formulación de una hipótesis: a mayor democracia en una comunidad, mayor independencia de sus jueces.

En lo que sigue repasaremos, someramente, el desarrollo de la justicia en Occidente, desde la Antigüedad, hasta la actualidad costarricense.

a) La justicia antes de la formación de los Estados

1) Los jueces atenienses y romanos (República) fueron ciudadanos libres y gozaron de gran independencia, mientras hubo democracia. Pero a partir del siglo IV a. C., Atenas y otras ciudades democráticas de Grecia quedan sometidas, sucesivamente, a los imperios macedonio y romano; y la democracia de los propios romanos se termina con la crisis de la República y el advenimiento del principado de Augusto, en el siglo I antes de Cristo. 3) Desde ese momento, y por muchos siglos, la justicia ha quedado subordinada al poder.

2) En particular, a partir del siglo I d. C., los jueces romanos quedan subordinados al emperador; y lo mismo va a ocurrir con los jueces eclesiásticos (sometidos al papado) y con los jueces carolingios (sometidos al sacro emperador romano-germánico).

3) Durante los siglos XI a XII en el Norte de Italia (período estatutario), los jueces de las ciudades-repúblicas son libres e independientes, pues responden directamente ante las comunidades. Pero eso duró lo que duró la independencia de aquellas ciudades-repúblicas; es decir, muy poco tiempo.

b) La justicia dentro del Estado nacional europeo

Salvo, en parte, en Inglaterra, Suiza y Francia (los parlamentos), por razones históricas particulares, los jueces de las monarquías absolutas europeas (a partir del Renacimiento y hasta el siglo XIX) están sometidos al rey.

La propia Revolución francesa, que proclama en sus inicios la independencia del juez, termina dejando dicha proclama en el papel, a consecuencia de la involución que, por diversas causas, sufre ese grandioso movimiento.

A partir de Napoleón y, más aún, de la Restauración, los jueces al servicio de las monarquías, ahora firmemente apoyadas por los grupos oligárquicos, se mantienen sometidos a las cúpulas políticas. Esto no cambia en lo esencial, con el auge del constitucionalismo, en muchos países del viejo continente.

c) Situación de Latinoamérica hasta fines del siglo XX

Al independizarse, nuestros países se inscribieron en la corriente constitucionalista norteamericana, pero la consolidación del poder oligárquico en todos ellos impidió organizar la justicia sobre bases de democracia e independencia. Las constituciones latino-americanas del siglo XX contienen, casi invariablemente, una fórmula por este tenor: el poder judicial sólo está sometido a la constitución y a la ley. Pero el sistema de jerarquías y nombramientos, que esas mismas constituciones establecen, produce el SOMETIMIENTO del juez a la cúpula política (el poder asociado con el dinero) y, en segundo grado, a la propia cúpula judicial.

d) El sistema costarricense

También Costa Rica fue gobernada por diferentes sectores de la oligarquía cafetalera a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la cual se cuidaba de controlar los tres poderes del Estado. Ello quedaba completamente claro, en lo que atañe a la justicia, en los propios textos constitucionales de la época (por ejemplo, los artículos 13, 73 y concordantes de la Constitución de 1871), que si por un lado proclamaban que los tres poderes supremos del Estado eran independientes entre sí, por el otro dejaban al Judicial a merced de las fuerzas políticas.

¿Fueron conscientes de esta situación los políticos y estadistas de la época? A juzgar por lo que escribe el profesor Antonio Zambrana a fines del siglo XIX, y considerando que su más brillante discípulo: el joven Ricardo Jiménez Oreamuno, ocupó la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1890 y 1892, podemos suponer que la problemática de la independencia del juez, así como la de la organización y la autonomía del Poder Judicial, como un todo, eran objeto de reflexión entre los juristas de la época. Sin embargo, las reglas ya establecidas en la Constitución de 1871 se mantuvieron prácticamente iguales en la de 1917 y en la de 1949. Lo nuevo de esta última es su artículo 154, que contiene una declaración parecida a la ya citada, que registran muchas constituciones latinoamericanas, y que, al igual que aquellas, es puramente retórica.

Y el efecto práctico de dicha normativa fue aquella especie de vía crucis que los magistrados emprendían por las oficinas de los diputados cuando se acercaba la fecha de su reelección; y el no menos penoso vía crucis de los candidatos a juez por las oficinas de los magistrados.

Pero lo extraño es que existiendo en Costa Rica ese desamparo institucional para el juez, como lo dije al principio, ha habido y sigue habiendo muchos casos de jueces que se comportan con plena independencia en el ejercicio de sus funciones. Esto, repito, nos está indicando que la independencia del juez constituye, entre nosotros, un valor vigente: de alguna manera se manifiesta aquí una cultura receptora de un ideal de independencia judicial; y ese puede ser el punto de partida para intentar los cambios estructurales requeridos.

En la búsqueda de ese ideal, el juez costarricense debe sacudirse de encima el poder de la Corte; y esta debe hacer lo propio con respecto a la potestad nominativa de la Asamblea Legislativa, inspirados en el ejemplo de los más avanzados sistemas judiciales europeos.

e) La experiencia europea a partir de la segunda posguerra

Porque, en efecto, en la Europa de la segunda posguerra mundial (1945), que surgía de las cenizas del fascismo, asqueada de una justicia que había sido cómplice de los crímenes del poder, se concienció de la necesidad de que cada juez gozara de estabilidad e independencia frente a los demás jueces, y frente a las instancias externas de poder político y económico; y para satisfacerla se crearon mecanismos institucionales de rango supremo (constitucional) dirigidos a garantizar la igualdad de la base salarial de todos los jueces, la eliminación de jerarquías internas y para la creación de órganos autónomos de gobierno judicial (consejos superiores de la magistratura).

Y también se concienció de la suprema importancia de conservar y reforzar una cultura judicial democrática y humanitaria, capaz de constituir un verdadero contrapoder frente a los desmanes de la política y el dinero, y una garantía de realización de los valores básicos de la vida.

Al final hemos terminado por constatar que la civilización occidental es la forjadora de un ideal de juez-funcionario-estatal, y de una cultura judicial democrática y humanitaria, cuya conservación es un deber moral de todos, porque es parte del legado que ofrece dicha Civilización al futuro de la Humanidad.

El ataque neoliberal a la justicia estatal

Decíamos atrás que, en su imaginario colectivo, Costa Rica tiende a identificarse culturalmente con esa figura del juez independiente e imparcial a la que acabamos de referirnos, lo que la sitúa en condiciones más favorables que otros países para emprender las correspondientes reformas institucionales.

Pero mientras tanto, desde hace muchos años vienen ocurriendo en otros ámbitos del planeta ciertos acontecimientos destinados a frustrar aquel sueño de una justicia nacional independiente e ilustrada. Me refiero al proyecto transnacional, de largo alcance, que se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta de despojar a los sistemas judiciales nacionales de una parte sustancial de sus competencias, en beneficio de instancias internacionales que simulan tribunales arbitrales, con el objetivo de debilitar a los Estados y llevarlos a privilegiar los derechos corporativos de los inversionistas, por encima de sus políticas de bien social.

Este proceso tuvo lugar en dos etapas:

- a) la de creación y consolidación de varios centros internacionales de solución de disputas que operan en diferentes sedes;
- b) la de su conversión en órganos dotados de jurisdicción compulsiva para los Estados.

a) Antecedentes

Podemos decir sobre el particular que, para los efectos mencionados, se celebró en Nueva York, en 1958, con la cobertura de la ONU, la Convención Internacional sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Arbitrales Extranjeras, conocida también como "Convención de Arbitraje de New York", la cual originalmente fue ratificada por más de cien países, que hoy rebasan los 140. Y resulta interesante saber que dicho convenio no nació en el seno de la ONU inspirado en los intereses generales, sino que fue redactado por un comité de la Asociación Americana de Abogados, en colaboración con el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Dicha Convención ha servido de modelo para numerosos acuerdos, como la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial, de 1961, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), de 1966, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975, y la Comisión de Naciones Unidas para el derecho comercial internacional (UNCITRAL), cuya fecha no preciso. Además, su forma ha sido adoptada en la redacción de convenios de arbitraje recientes, y en los capítulos sobre el arbitraje de tratados como el TLCAN, el proyecto del ALCA y una gran cantidad de Convenios Bilaterales de Inversión (TBI).

Pero con anterioridad, según nos advierte el analista norteamericano Michael Sondow, en su ensayo "Privatizando la Justicia: el arbitraje en los tratados comerciales internacionales":

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CACCI) había existido desde 1923 y se había convertido en el primer foro de arbitraje para contenciosos comerciales internacionales, pero su carta fundadora la define como un foro de arbitraje estrictamente comercial y en el ínterin desde su fundación las finanzas habían reemplazado al comercio como primer poder económico en el mundo. En efecto, una de las grandes transformaciones en el poder internacional realizadas después de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente en décadas recientes, ha sido la supremacía de las instituciones financieras internacionales los grandes bancos comerciales y los grandes fondos de inversión- sobre las em-presas industriales. En realidad estos dos grupos trabajan conjuntamente, pero cada vez más son las empresas inversoras y financieras que llevan la delantera, controlando las acciones de las empresas industriales. A las empresas financieras internacionales no les servía el CACCI, con su anticuada definición del comercio. Además, a la CACCI le falta legitimidad por estar controlada por la Cámara de Comercio Internacional, una corporación privada que agrupa grandes empresas..."

Por todas esas razones en 1966 se creó, a la vera del Banco Mundial, el mencionado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido por sus siglas como el CIADI, que es el foro especializado en la solución de disputas entre los inversionistas y los Estados que los acogen. Pero como era lo usual en ese tipo de entes, también el CIADI únicamente funcionaba si todas las partes del conflicto estaban de acuerdo en habilitarlo (artículo 36).

b) Las opciones arbitrales y pseudoarbitrales en los foros internacionales

Todos hablan de tribunales arbitrales para caracterizar a los órganos de solución de controversias del CIADI y similares; pero en realidad no son tal cosa. Como sabemos, es esencial en el arbitraje su carácter “pacticio”, es decir, voluntario, que se manifiesta en el consentimiento expreso de las partes en el caso concreto, ya sea a la hora de suscribir el contrato (cláusula compromisoria, que significa intermediación entre el contrato y el acuerdo arbitral); ya sea en un momento posterior, en que surge el conflicto (compromiso, que significa intermediación entre el conflicto concreto y el acuerdo arbitral). Pero nada de esto se cumple en el CAFTA-DR. ¿A qué obedece entonces la simulación?

Me parece que esa táctica de disfrazar de tribunales arbitrales a los “paneles de expertos” del CIADI y del UNCITRAL, sirve para dar a esos paneles (que hieden a barbarie neoliberal) una imagen tradicional e inofensiva, ya que la práctica de resolver los conflictos recurriendo a árbitros es antigua y respetable (aunque, de hecho, mucho menos segura que la de los jueces ordinarios).

En todo caso, en lo que a Costa Rica concierne, se autoriza el arbitraje sólo para conflictos de carácter patrimonial, es decir, en materias en las que las partes pueden disponer de sus derechos (artículo 43 de la Constitución). Y ello se justifica diciendo que si en términos generales las partes están facultadas para renunciar a sus derechos patrimoniales o, incluso, para regalar sus bienes a quienes ellas decidan (artículo 291 y concordantes del Código Civil), con mayor razón pueden renunciar, en previsión de un conflicto que surja en el seno de unas relaciones contractuales concretas, a las garantías de independencia, imparcialidad, experiencia y formación profesional que les ofrece su “juez natural” (en otras palabras, los jueces de primera y segunda instancia, y de casación que son competentes en su caso, según la ley); y contentarse con la decisión de uno o varios panelistas que no ofrecen dichas garantías.

Pero desde ahora quiero señalar que la renuncia anticipada a dichas garantías, en su conjunto, contenida en un tratado internacional, es totalmente extraña a la institución del arbitraje; y significa, por lo demás, entregar a entes como el CIADI (adscrito al Banco Mundial) una atribución fundamental que caracteriza al Estado moderno: la titularidad de la potestad jurisdiccional.

c) Suplantación forzosa de la justicia estatal: el NAFTA y los TBI

Después de crear por la vía del convenio un grupo importante de entes para la administración de los arbitrajes internacionales (convenciones de Nueva York, Ginebra, UNSDRI, CIADI, etc.), el siguiente paso fue conseguir que los Estados partes en los tratados internacionales se obligaran a aceptar en abstracto, y para todos los casos, la competencia de dichos entes, cuando, al surgir un conflicto entre el Estado y el inversionista, este decidiera radicar allí su demanda contra el Estado receptor. Ese paso se logró dar con el NAFTA suscrito entre México, Canadá y Estados Unidos de América en 1994, y después mediante los llamados Tratados Bilaterales de Inversión.

d) Las experiencias de México y Suramérica

México, que firmó el TLCAN en 1994, se ha visto conmovido hasta los cimientos cuando entre 1997 y 1999 se vio demandado ante el CIADI y ante el UNCITRAL por las transnacionales norteamericanas METALCLAD, WASTE MANAGEMENT, FELDMAN Y ADAMS, y la canadiense AZINIAN, por un total de doscientos noventa y cuatro millones de dólares.

Argentina, suscriptora de varios Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con otros países, está actualmente sometida a treinta y tres demandas por un monto de diecisiete mil millones de dólares, planteadas por sendas empresas inversionistas, a las que la dictadura militar, primero, y Carlos Ménem, después, les otorgaron la explotación de los que habían sido los entes y empresas de servicios públicos del Estado. Dichas demandas fueron interpuestas en los llamados Tribunales de Arbitraje del CIADI. Si estos procesos son sentenciados a favor de los inversionistas, el monto total de las condenas contra Argentina se elevaría a más de treinta mil millones de dólares, que representa el 25% de la deuda externa argentina. Sabemos que el primer fallo de uno de esos tribunales, en el proceso planteado por la empresa norteamericana CMS ENERGY, fue a favor de esta última. También Uruguay ha suscrito varios TBI y ha cosechado amargas experiencias. Fue demandado por el Banco Comercial (estadounidense) ante un tribunal de la CACCI, con sede en París, y por la empresa española URAGUA, concesionaria del servicio de agua en la época de la dictadura militar. El actual Gobierno uruguayo se ve obligado a pagar enormes indemnizaciones.

Dicho sea de paso, la pésima calidad de “justicia” que están produciendo los paneles del CIADI y de UNCITRAL en muchos de los casos enumerados, y otros más, como por ejemplo aquel de Bechtel Corporation contra Bolivia en 2003, están socavando, poco a poco, su reputación, incluso en medios oficiales de los Estados Unidos de América, arrastrando consigo la imagen misma del arbitraje. Como lo afirma Sondow en su estudio citado:

...el arbitraje como sistema comienza a cobrar mala fama en la medida en que Estados y empresas, pasando por sus tribunales, sufren en carne propia sus manipulaciones e injusticias. Una búsqueda en Internet por Google usando como palabras claves “arbitration” (arbitraje) y “unfair” (injusto) produce 652.000 resultados.

Recientemente, una importante ONG, World Development Watch (Vigilancia al Desarrollo Mundial), ha advertido de antemano a la empresa inglesa Biwater no perseguir a Tanzania en las cortes de arbitraje internacionales, después que Tanzania revocó el contrato con la compañía por su falta de cumplimiento de mejoras e inversiones en la privatización del agua del país...

Muchos achacan ese desastre a la falta de una cultura judicial, unida a incompetencia profesional, de los miembros de los paneles de solución de controversias del CIADI, los cuales son designados por el Presidente del Consejo Administrativo (que es el mismo Presidente del Banco Mundial) de las ternas presentadas por los Estados miembros. El artículo 14 del Convenio dice:

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria y de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

De modo que ya, al establecer los criterios para integrar las listas de árbitros, podemos notar su pronunciada inclinación hacia el derecho empresarial: no hay allí ninguna indicación específica acerca de una sólida formación en derecho constitucional, administrativo, etc., a pesar de que una de las partes en litigio será necesariamente un Estado, y quizá en la gran mayoría de las controversias, la defensa de dicho Estado se fundará en razones constitucionales, administrativas, fiscales. Esto lo reafirma Sondow en los siguientes términos:

...Los paneles de expertos del CIADI no tienen pautas para juzgar sobre argumentos de derecho público, que podrían muy bien contener buenas razones a favor del país demandado, en el caso civil iniciado por la empresa. Además, dado que los argumentos de derecho público de los Estados-parte se fundan en sus propias leyes, no son tomados en cuenta por el tribunal, o éste les da poco peso... Si a eso agregamos que es el Presidente del Banco Mundial (es decir, uno de los principales responsables de la imposición de las funestas políticas neoliberales en América Latina) quien integra la nómina de los panelistas del CIADI, ya podemos imaginar hacia dónde se inclinarán sus decisiones.

El CAFTA-DR y la justicia centroamericana

En un escrito anterior (Libre Comercio: un Caballo de Troya, Alma Máter, San Pedro, 2007) yo quería demostrar que el CAFTA-DR, en sendos artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, plantea abiertamente:

a) La creación de una "jurisdicción" internacional permanente y a doble grado (Anexo 10-F), radicada en el CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI), por completo desvinculada del Poder Judicial de Costa Rica, para la solución de los conflictos surgidos entre los inversionistas y el Estado; jurisdicción a la cual el Estado costarricense se encontraría jurídicamente sometido, y a la que tendrá que sujetarse forzosamente una vez que sea llevado a ella en calidad de demandado por el inversionista (10.16 y sigtes., 12.18, 17.2 y 20.1 y sigtes.);

b) La aplicación prioritaria de las normas del CAFTA-DR y anexos, por los tribunales integrados para la solución de dichos conflictos (10.22 y sigte.); y

c) El deber de esos tribunales de basar sus decisiones en la interpretación que, de la normativa del CAFTA-DR y de la normativa de las llamadas "medidas disconformes" previstas en los Anexos I y II, formule el ente-órgano llamado Comisión de Libre Comercio, compuesto por los siete ministros de comercio exterior (o sus delegados); interpretación que se elaborará por consenso, o en la forma que la misma Comisión decida (10.22.3, 10.23.1 y 2, y 19.1.5).

Una ley, un tribunal, una interpretación ajenos al sistema judicial costarricense: se puede concluir, con vista de lo anterior, que de aprobarse la existencia de dichos órganos, se destruye la unidad de la jurisdicción nacional, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial; y se somete al Estado de Costa Rica, es decir, a la comunidad soberana de los costarricenses, a decisiones que no provienen de sus propios tribunales, para solucionar litigios que, vista la experiencia de México, Canadá, Argentina y otros países del área, no serán esporádicos ni de poca monta, sino que probablemente llegarán a ser muy frecuentes y a tener una repercusión de tal gravedad y magnitud en la economía y en el equilibrio social y político de nuestro país, que podrían llegar a provocar, en un futuro no lejano, la vanificación de Costa Rica como unidad política independiente.

De este modo el CAFTA-DR no viene a propiciar uno de esos clásicos mecanismos arbitrales "ad hoc" (que se agota en una simple relación entre partes y árbitro, y se extingue una vez vertido el laudo correspondiente), sino que su normativa organiza una verdadera institución de carácter permanente (10.17.2); y en lo que atañe a Costa Rica (y los demás miembros del CIADI suscriptores del CAFTA - DR), crea una competencia, unos órganos y un procedimiento específicos para el conocimiento y resolución de los conflictos que decidan plantear los inversionistas radicados en nuestro territorio, contra el Estado costarricense (artículo 10.16. 1 y 3 'a'). ¿Qué queda, en todo esto, que pueda seguir llamándose "arbitral"?

Significativamente, entre los procesos privados para la solución de controversias (ordo iudiciorum privatorum) los romanos distinguían el arbitraje del juicio propiamente dicho, en que, en este último, el juez era escogido por el pretor de una lista o padrón, mientras que los árbitros eran de libre nombramiento de las partes, y sus laudos se consideraban "extrajudiciales" y no producían, por sí mismos, la cosa juzgada (véase: Digesta Iustiniani Augusti; 4.8; Barbera, Milán, 1931; y Giuliano Crifò: Arbitraje (Derecho Romano), voz de la "Enciclopedia del Diritto"; Milán, 1958; Tomo II).

La entronización del CIADI en la justicia costarricense

El CIADI es, repito, un ente adscrito al Banco Mundial, y dotado de personalidad jurídica internacional (artículo 18 del Convenio del CIADI). Inicialmente fue concebido como un “Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones”, al estilo tradicional, con jurisdicción no obligatoria, que para actuar requería el consentimiento escrito de las partes litigantes (ver el Preámbulo y el artículo 25 del convenio del CIADI).

Ahora bien, por virtud del CAFTA-DR, el CIADI SE CONVIERTE EN EL ENTE QUE ADMINISTRA LA SOLUCIÓN DE LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS CONTRA EL ESTADO, CON JURISDICCIÓN OBLIGATORIA, EN SUSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES COSTARRICENSES. Porque, en efecto, los artículos 10.16.3 ‘a’ Y ‘b’, y 10.17.2 del CAFTA-DR CONVIERTEN AL CIADI EN LA INSTANCIA OBLIGADA PARA DIRIMIR DICHOS CONFLICTOS, SURGIDOS CON OCASIÓN DE LAS INVERSIONES NORTEAMERICANAS HECHAS EN COSTA RICA AL AMPARO DEL MISMO CAFTA-DR. Y ello resulta una notable “vanificación” de la jurisdicción contencioso administrativa, recientemente modernizada en nuestro país.

En contraste con las garantías procesales que ofrece nuestro flamante Código Procesal Contencioso Administrativo, ¿cómo encara el CIADI, en su articulado, el complejo problema de los derechos de las partes y de la administración de los procesos? Veamos, como muestra, algunos artículos del Convenio, y de las llamadas “Reglas del CIADI”:

Artículos:

41 (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. 2) Toda alegación de una parte que [...] cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírlo, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

48 (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de ambas partes.

53 (1). El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio.

Reglas:

34 (1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba.

39 (3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

A ese panelista, escogido por el Presidente del Banco Mundial, le queda muy grande el oficio de juez, porque ha sido formado para entender sólo una de las vertientes del litigio: la vertiente de las transnacionales. Si no fuera así, ¿cómo se explica la inclinación visible y constante de los pseudo-tribunales del CIADI y de UNCITRAL hacia la parte empresaria, en perjuicio de los Estados?

¿Qué clase de juez puede ser este señor carente de una trayectoria de aprendizaje de ese oficio riguroso de imparcialidad, de objetividad, de independencia que, en la tradición a la que pertenecemos, es el oficio judicial? ¿Basta ser un experto en comercio o finanzas para resolver conflictos que comprenden políticas sociales, económicas y ambientales de los Estados latino-americanos, que comprometen el destino de nuestros pueblos?

Pero hay más: si a lo anterior agregamos que el CIADI ha considerado que no es necesario traducir sus decisiones al idioma del Estado demandado, y por eso sus fallos relacionados con América Latina no han sido publicados oficialmente en español, estaremos en mejor posición de entender los términos del problema que tenemos entre manos. Y ese problema consiste en que, en un cierto momento, quedamos en las manos de personas que ignoraban o despreciaban nuestros valores, nuestra lengua, porque habían adoptado los de sus amos. De esas mismas manos, o de otras parecidas, salió este engendro que es el CAFTA-DR.

¿Tiene sentido resistir?

Empecemos por recapitular algunas con-sideraciones generales. El CAFTA-DR es una agresión contra la potestad jurisdiccional de nuestros Estados en general, pero afecta específica e intensamente la jurisdicción contencioso administrativa. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 49 y disposiciones concordantes de nuestra Constitución Política, la jurisdicción contencioso administrativa es una potestad suprema del Estado costarricense, de carácter ordinario, que compete a unos tribunales específicos (contencioso administrativos y civiles de hacienda) pertenecientes al sistema de órganos públicos llamado Poder Judicial, cuya función es la tutela de, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados, frente a los actos ilícitos o perjudiciales de la Administración Pública, central o descentralizada.

Recordemos también que, de acuerdo con las leyes que regulan las inversiones extranjeras, como por ejemplo la Ley número 7210 del 23 de noviembre de 1990 (zonas francas) y la Ley número 7638 del 30 de octubre de 1996, las inversiones de capital extranjero se realizan en Costa Rica en el seno de una relación jurídico-administrativa, a través de sendas concesiones del Poder Ejecutivo, sucesivamente a la contratación celebrada entre el inversionista y Procomer, que es un ente público adscrito al Ministerio de Comercio Exterior. De modo que las mismas, en caso de conflictos de intereses entre las partes de dicha relación, caen de lleno en las situaciones previstas en los artículos 1 y 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en cuanto disponen, en lo conducente, que:

(Artículo 1)

1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa...

(Artículo 2)

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá lo siguiente:

a) La materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

b) Las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios.

c) Los procesos ordinarios que la Ley Orgánica del Poder Judicial y las demás leyes atribuyan, exclusivamente, a la vía civil de Hacienda, los cuales se tramitarán de conformidad con la presente Ley.

Pues bien, hemos visto atrás que en los artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, el CAFTA-DR crea la jurisdicción obligatoria del CIADI, con las consecuencias que resultan de los artículos 10.16, 10.17.2, 10.22.3, 10.23.1 y 12, 12.18, 17.2, 19.1.5 y 20.1 y siguientes de dicho Convenio.

También vimos que, de aprobarse en nuestro país la existencia de dichos órganos (para lo cual se va a requerir indispensablemente los votos de tres cuartas partes de los diputados de la Asamblea Legislativa y dos tercios de los de una constituyente que al efecto se convocaría, según lo dispone el artículo 7 de la Constitución), se destruiría la unidad de la jurisdicción contencioso administrativa e, incluso, de la jurisdicción nacional en general, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial, y se somete al Estado de Costa Rica, es decir, a la comunidad soberana de los costarricenses, a decisiones que no provendrían de sus propios tribunales.

Y, entonces, concluyo en que, si la Constitución fuera reformada con observancia de las reglas del citado artículo 7, a los tribunales nacionales de lo contencioso administrativo, con menoscabo de lo que establece el artículo 1 y concordantes del Código Procesal de la materia, se les sustraería el conocimiento de multitud de importantísimos procesos originados con ocasión de las relaciones jurídico-administrativas sostenidas en Costa Rica, entre el Estado costarricense y los inversionistas extranjeros asentados en nuestro territorio y como consecuencia de ello, en nombre de algo que no merece ser llamado "justicia", el país podría ser puesto, una y otra vez, ante la alternativa de aceptar los deseos y exigencias de las transnacionales, inerte frente a su codicia; o nos expondríamos a condenas multimillonarias que excederían con creces cualquier beneficio que el convenio hubiera podido reportarnos.

En palabras breves, estaríamos ante una grave mutilación de la justicia nacional; y no lejos del decaimiento del Estado mismo.

Ahora bien, es evidente, por lo que hemos podido ver en estos días, que hay costarricenses dispuestos a dejar de serlo, si eso les reporta ventaja. Habrá quienes ven con simpatía el desmantelamiento de nuestro Estado y su reciclaje neoliberal al servicio de las transnacionales. Y, entonces, sería cuestión de poner las cartas sobre la mesa, y optar entre:

a) Aceptar el CAFTA-DR, lo que significa que en el fondo nos contentamos con que otros arreglen las averías de nuestro barco, y administren nuestros asuntos dentro de un contexto institucional que conservará todavía la apariencia de un Estado, pero que en realidad será una pequeña división administrativa en la periferia de un macro Estado imperial de cuyo nombre no quiero acordarme. Esto traerá beneficios económicos seguros para las clases altas y, hasta un cierto punto, también para las clases medias-altas: las demás clases seguirán un poco peor, o igual que ahora; o quizá hasta mejorarán en lo económico, dependiendo de los azares del impredecible y nunca visto "derrame" neoliberal. Pero ya ninguno de los costarricenses será un ciudadano en el pleno sentido de esa palabra.

b) O resistir y rechazar el CAFTA-DR, lo cual significa que queremos seguir perteneciendo a un pequeño y deficiente Estado llamado República de Costa Rica; y, entonces, debemos esforzarnos entre todos para cumplir nuestro compromiso de sacarlo adelante en términos de solidaridad y justicia, de la mejor manera posible. En este caso tendremos, a corto plazo, muchos problemas, empezando por el de tener que tomar decisiones colectivas responsables sin esperar resultados óptimos; ni siquiera muy buenos. Lo cual, casi seguramente, podría significar para las clases altas y medias el descenso hasta un nivel general de vida más bien modesto.

Para mí, en esta coyuntura, lo único que tiene sentido es resistir.

BIBLIOGRAFÍA

- Perfecto Andrés Ibáñez; Claudio Movilla: El poder judicial. Madrid, 1986.
- Daniel Aspiazu: Las privatizadas. Buenos Aires, Vol. II, 2005.
- Piero Bernardini: Arbitraje comercial internacional. Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1997, Apéndice I.
- Giorgio Balladore-Pallieri: Naturaleza jurídica del arbitraje internacional. En la "Revista de Derecho Internacional", Milán, 1929.
- Antonio Briguglio: Arbitraje internacional (Convención de Nueva York de 1958). En "Enciclopedia" cit., 1999, Apéndice III.
- Piero Calamandrei: Elogio de los jueces hecho por un abogado. Buenos Aires, 1956.
- Tito Carnacini: El arbitraje. Buenos Aires, 1961.
- Giuliano Crifò: Arbitraje (Derecho Romano). Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1958, Tomo II.
- Raymond Carré de Malberg: Teoría general del Estado. México, 1948.
- René David: El arbitraje en el comercio internacional. París, 1982.
- Digesta Iustiniani Augusti. Barbera, Milán, 1931.
- E. Fazzalari: El arbitraje. Turín, 1997.
- Elio Fazzalari: Arbitraje (Derecho procesal civil). Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1998, Apéndice II.
- Kevin P. Gallagher: Las falsas promesas del CAfta. En el America`s Program Commentary del 21 de marzo de 2005.
- James Goldschmidt: Derecho procesal civil. Barcelona, 1932.
- Rubén Hernández: El derecho de la Constitución. San José, 1993, Tomo I.
- Nicola Jaeger: Derecho procesal civil. Milán, 1954.
- Lamm y Spoorenberg: La ejecución de fallos arbitrales extranjeros bajo la Convención de New York, sucesos recientes. Publicado en The International Law Update; Washington, D.C.: 12/2004.
- Gaetano Morelli: Derecho procesal civil internacional. Buenos Aires, 1953.
- Naciones Unidas: Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Nueva York, 1990.
- Amos Pignatelli et al.: La profesión del juez. Milán, 1986.
- Alessandro Pizzorusso: La organización de la justicia en Italia. Turín, 1982.
- Manuel de Rivacoba: Fondo ético y significación política de la independencia judicial. Santiago de Chile, 1992.
- Leo Rosenberg: Derecho procesal civil. Buenos Aires, 1955, Tomo II.
- Enrico Redenti: El compromiso y la cláusula compromisoria. Buenos Aires, 1961.
- Santi Romano: Principios de derecho constitucional general. Milán, 1947.
- Paul Sanders: La Convención de Nueva York. En "Arbitraje Comercial Internacional". La Haya, 1965.

Jorge Renán Segura: La clase política y el poder judicial en Costa Rica. San José, 1982.

Dieter Simon: La independencia del juez. Barcelona, 1985.

Entrevista de Greg Palast a Joseph Stiglitz. En "El Observador" de Londres, 10 de octubre de 2001. Eric Toussaint: La bolsa o la vida. Buenos Aires, 2004.

Renato Treves: El juez y la sociedad. Madrid, 1970.

Antonio Zambrana: La justicia del país. En "Estudios Jurídicos". San José, 1907.

Pier Luigi Zanchetta: Gobierno y autogobierno de la magistratura en Europa Occidental. Milán, 1985.

LA PERICIA MÉDICA

Luis Del Valle Carazo

1) Introducción

La medicina clásica pasó hace bastante tiempo de ser un arte expresamente abocado al fin curativo y reparativo, a un recurso valorado como de gran utilidad y dependencia en el buen sentido de la palabra para la administración de justicia. Cabe decir “el buen sentido de la palabra”, porque existe el riesgo de que un tribunal adopte como prueba, una pericia defectuosa sin mayor cuestionamiento.

La medicina legal y la medicina judicial o medicina forense son sinónimos de la rama especializada de la medicina al servicio de la administración de justicia. Gisbert Calabuig¹ la define como: “el conjunto de conocimientos médicos y biológicos necesarios para la resolución de los problemas que plantea el derecho, tanto en la aplicación práctica de las leyes como en su perfeccionamiento y evolución”. Su campo de acción es sumamente amplio: entra en juego siempre que la materia biológica se convierta en sustrato de normas de derecho o, en general, de disposiciones administrativas de cualquier índole. Además, la medicina legal se ha ido desarrollando paralela al derecho penal y, en cuanto al desarrollo de su esencia, la medicina nunca termina de desarrollarse, porque un avance científico que se emplee para dilucidar un aspecto forense, puede convertir lo que fue “verdad” en el pasado, en falsedad o inexactitud científica en el presente y, como para generar angustia existencial pericial, esa “verdad” se constituyó en algún momento en un concepto utilizado para fundamentar una sentencia.

Veamos por ejemplo que en Estados Unidos de América, hubo casos de condenados por homicidio, cuando el advenimiento del recurso científico del ADN, vino a poner en duda los fundamentos que fueron “verdad científica” para determinar la autoría del hecho.

De igual manera, entre otros ejemplos, la discusión aún se viene dando acerca del mecanismo de producción de las lesiones en los casos de muerte de infantes en el llamado “síndrome del niño batido”. Es en este tipo de casos en donde la pericia médica forense o de ciencias forenses, cobra una especial relevancia en el proceso y, en algunas ocasiones, como único elemento de juicio para el tribunal, los jueces requerirán de una pericia lo más acorde con la verdad científica, venida de un perito holista dentro del ámbito de su competencia.

2) Perito

a) Definición:

Machado Schiaffino² define al perito como “un descodificador, un operador de conocimientos complejos”. Según Jouvencel M.R.³:

Conceptualmente se entiende como perito «la persona que posee conocimientos científicos, artísticos o prácticos y que, a través de la denominada prueba pericial ilustra a los tribunales con los conocimientos propios, para la existencia de mayores elementos de juicio, informando bajo juramento» «aquella persona que sin ser parte, emite, con finalidad de provocar convicción judicial en su determinado sentido, declaraciones que habían adquirido ya, en el momento de su captación, índole procesal.

Por su parte, Francisco Dall’Anese⁴ nos expone muy claro a los que no somos abogados, nuestra ubicación en el panorama como peritos que emiten pericias dentro de un proceso penal.

El perito médico aporta criterios periciales apegados con toda rigurosidad al dominio de su arte o ciencia (pericias). El perito desde el lugar que le corresponde, no emite prueba; emite pericias cuyo requisito fundamental es su mayor apego a la verdad científica. El medio de prueba se constituye como tal, cuando el tribunal lo valora (válida) y lo incorpora como un elemento probatorio más en el horizonte de conocimiento que le aportan todos los demás medios de prueba que debe conocer para formarse criterio. Machado Schiaffino⁵ nos indica: “El perito no se enreda en el andamiaje jurídico para juzgar sobre el pleito sino sobre el objeto de la pericia”.

El perito médico debe tener el conocimiento necesario que lo faculta para peritar, y debe contar una habilidad innata que le permita transmitir el conocimiento científico inteligible a abogados para los cuales el conocimiento específico en cuestión, por lo general, no dominan, ni entienden, si por lo demás, se les expone (inexplicablemente) en lenguaje arrogantemente técnico.

F. Castillo⁶ agrega:

Esencial en la labor del perito es la transmisión al juez de conocimientos científicos y prácticos a solicitud de éste; con ayuda de estos conocimientos el juez podrá establecer un hecho que hasta el momento del dictamen desconocía, o valorar un medio de prueba, lo que antes del dictamen no le era posible.

En el ámbito de la medicina, la abundancia de conocimiento médico legal que ha venido siendo necesario para los requerimientos de la justicia, obligó históricamente a la generación de una especialidad, cuya función absoluta es estar al servicio de la administración de

justicia. El juez y las partes requieren respuestas de todos los alcances del tema médico legal concreto que es el objeto de la pericia⁷. Por lo tanto, la ética del perito debe obligarlo a valuarse en cuanto a los límites de su conocimiento, para saber hasta dónde llega su capacidad de seguir siendo perito suficiente para los requerimientos del caso concreto. Deberá entonces valorar y solicitar a la autoridad judicial competente, la concurrencia de un médico especialista en la materia (especialista consultor) para que emita su criterio pericial, sin que esto signifique que el perito forense pierda la instrucción médico legal del caso. Se trata de una pericia médica especializada dentro de la pericia médico legal. Además, si lo requiere el tribunal, este especialista consultor deberá presentarse al debate para referirse a ese aspecto especializado del conocimiento médico que motivó su concurrencia en el proceso.

En nuestro país, la existencia del perito al servicio de la administración de justicia de dedicación exclusiva, se encuentra fundamentada en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. Su creación y fines son:

Será auxiliar de los tribunales penales y del Ministerio Público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables. Será, asimismo cuerpo de consulta de los demás tribunales del país. Artículo 31. El Departamento de Medicina Legal será el encargado de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al Organismo.

Esta denominación de perito forense, resuelve de previo la necesidad planteada en el artículo 215 CPP Nombramiento de peritos, y promueve la fluidez y celeridad en la implementación de las pericias que son obligantes por ley de que se practiquen, como las autopsias y los exámenes médicos en las diferentes modalidades de víctima viva como consecuencia de diferentes delitos.

Por definición, este tipo de perito cumple dos funciones:

i) Cuando el perito se encuentra a la orden del Ministerio Público, será auxiliar en la búsqueda y obtención de indicios que sean objeto de pericias o que, por la índole de su esencia, sean susceptibles de constituirse en elementos probatorios. En este sentido, hay numerosos ejemplos, como los que se obtienen cuando el perito asiste al escenario de la muerte y emite criterios presuntivos fundamentales para el fiscal, los cuales van desde definir, si se está ante un aparente homicidio o no, pronunciándose acerca de la causa de la muerte, la manera y el tiempo de la muerte, y aspectos dinámicos de cómo pudieron suceder los hechos, mediante apreciaciones del cadáver. En esta función, el perito médico, en muchos casos, debe trabajar en equipo con otros peritos y los investigadores de la Policía Judicial. De igual manera, el perito continúa su labor, como auxiliar del Ministerio Público, durante la práctica de una autopsia o en el proceso del examen clínico de una víctima viva, al continuar recabando indicios que se pueden constituir objetos de pericias, como son las balas para el peritaje balístico, los materiales y fluidos biológicos para diferentes determinaciones toxicológicas y de ADN que verifican esencialmente identidades que involucran a la víctima y al victimario.

ii) Una vez efectuada la pericia y plasmada en el dictamen médico legal, se consuma como perito, emitiendo los resultados del peritaje en el juicio oral y este será valorado por el tribunal y será acogido como elemento probatorio.

El artículo 215 CPP, les faculta al Ministerio Público y al tribunal competente el nombramiento de peritos distintos de los ya mencionados que laboran para el Organismo de Investigación Judicial. Esto se fundamenta en el artículo 213 CPP. – “Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.”

La rigurosidad en la escogencia de lo que sería un perito idóneo externo a los servidores judiciales, parte de que posea título habilitante (artículo 214 CPP). En este caso de pericias médicas, es fundamental que lo tenga. La idoneidad del perito depende en principio del título habilitante; pero considero que se deberán valorar otros aspectos acerca de la idoneidad del perito. Será necesario que también tenga una integridad en su esencia de perito que lo haga susceptible de credibilidad y fiabilidad por parte del tribunal. En este sentido, la integridad ética del perito es fundamental. La ética profesional es una y es la misma, si el perito se encuentra dentro del grupo de servidores judiciales o como perito externo. No existen una ética institucional ni una ética de los de “afuera”, como si los peritos formaran bandos. La verdad científica es una independientemente de la latitud en donde el perito se encuentre.

En cuanto a la temática por peritar, si se trata por ejemplo de un problema del orden de lo cardiológico, el cardiólogo de hospital de reconocida solvencia moral, con su conocimiento más su práctica cotidiana, sería idóneo para valorar un aspecto que constituye un elemento de prueba ante el tribunal. Existe una temática de valoración pericial, como las derivadas de la autopsia médico-legal que requieren no solo conocimiento teórico, sino una vasta experiencia derivada de la conjunción de la teoría adquirida, mediante diferentes modalidades de aprendizaje y la práctica cotidiana de autopsias. En estas lides y de manera constante al efectuar las autopsias, se ponen a prueba los diferentes signos y hallazgos que se describen en los libros y las revistas, y se valora solo mediante el acto de hacer muchas autopsias, si son serias y creíbles o no como para ser utilizadas a la hora de emitir un dictamen pericial. No es aceptable ver peritos que emiten criterios sobre dictámenes de autopsias; si no estuvieron presentes en la autopsia, (asunto que faculta el artículo 217 CPP); si no tienen una práctica cotidiana de efectuar autopsias o, al menos, de presenciárlas; y si tienen por ejemplo más de 25 años de no practicar una autopsia médico-legal, se alejan del concepto de idoneidad del perito⁸.

b) El perito idóneo

Sinónimos del término idóneo son: apto, capaz, dispuesto, inteligente, habilidoso, eficaz, eficiente, competente, capacitado, hábil, diestro, suficiente, calificado, dotado y perito. Estas palabras definen cualidades de una persona que cualquier tribunal desearía que el perito designado tuviera. Sin embargo, la realidad no se presenta como una definición de diccionario.

El tribunal y el fiscal se deben atener al conocimiento de las cualidades del perito en dos etapas del proceso de elaboración de una pericia. La primera etapa ocurre cuando el perito valora técnicamente el objeto de prueba generalmente a solas, porque en la práctica y desde 1998, no se implementa muy probablemente, lo que faculta el artículo 217 CPP Ejecución del peritaje, la presencia de las partes y los consultores técnicos, porque no es práctico debido a que hay múltiples procesos que se dan a la vez y que mantienen ocupado al fiscal. De esta primera etapa, lo que el fiscal y el juez reciben del perito, es el dictamen médico-legal que resume el resultado de la pericia. En este momento, la responsabilidad de que los peritos médicos del Poder Judicial se vayan desarrollando con calidad técnico-científica, constante enriquecimiento teórico y una adecuada praxis de su especialidad, corresponde a lo interno del Departamento de Medicina Legal y, en específico, a cada una de sus secciones. En nuestra experiencia cotidiana, la formación básica profesional y la calidad de las ciencias básicas médicas con que se educó ese profesional, tienen gran incidencia en la calidad final del perito. Muchas de las cualidades ideales del perito, son del orden de la estructura de la personalidad, donde aplica el concepto de inteligencia emocional y, otro aspecto de suma importancia, es el bagaje de valores éticos y morales de la persona. Lacasagne profesor de la Facultad de Medicina de Lyon, indica incluso que “un buen perito debe poseer habilidades innatas congénitas”.

La segunda etapa sucede cuando el perito comparece ante el tribunal y las partes durante el juicio. Es un momento fundamental donde la subjetividad juega su papel (aunque no se quiera) y es cuando la credibilidad que gana el perito y, por tanto, su pericia, cobran relevancia. Durante este cara a cara, el tribunal puede valorar cualidades del perito que se manifiestan por la impresión general de la persona. Además, se valoran cómo expone su pericia, los fundamentos técnicos y científicos para arribar a su conclusión, la coherencia en su línea de pensamiento, su actitud al expresarse; si mira de frente o de soslayo impresionando ser esquivo; si sus respuestas son en exceso monosilábicas o sus respuestas son estructuradas con un argumento coherente; si manifiesta convicción en lo que expresa; si tolera y comprende el estrés que genera el intento de una de las partes de desvirtuar su pericia. En esta etapa, existe una habilidad que pueden tener algunos peritos en el sentido de que su deposición, su discurso pericial, se verifique con una actitud docente. Esto motiva que la relación emisor–receptor, tenga el efecto deseado que es la claridad de los conceptos transmitidos al tribunal y las partes, con el fin de que ellos no solo comprendan una conclusión pericial, sino todo un fundamento lógico científico traducido de manera hábil, desde esa terminología que un abogado con un nivel medio de conocimiento, pueda comprender en todas sus partes.

La idoneidad del perito se deberá valorar para el caso concreto en la temática donde se requiere que se efectúe una pericia y, en este sentido, un buen médico no necesariamente es un buen perito. En este sentido, M.R. Jouvence⁹ observa: “la pertinencia y utilidad de la pericia lleva a pretender que quien haya de emitir un dictamen pericial lo haga buscando condiciones de idoneidad”; y continúa “la prueba pericial se plantea como una cuestión de conocimiento de llamar al proceso a quien pueda aportar máximas de experiencia, a quien de forma sustantiva pueda ilustrar sobre cuestiones de hecho objeto de debate, para lo que es obvio que se precisa una adecuada capacitación profesional”.

Machado Schiaffino¹⁰ menciona otras cualidades o condiciones que debe tener el perito que son igualmente importantes, a saber:

Discreción:

Esta condición es de suma importancia para cualquier proceso penal y se encuentra prevista en el artículo 223 CPP, Deber de guardar reserva.

Eficacia:

Es requisito indispensable que sepa interpretar (no crear) la línea de pensamiento, la intención de los sujetos emisores–receptores, y el descodificador debe ser un índice viviente.

Convicción:

Aquí las respuestas fundamentadas durante la deposición del perito, son el elemento clave que manifiesta convicción en el emisor e inspira confianza en el receptor.

Disciplina de trabajo:

En este sentido, existen dos aspectos importantes para la elaboración de una pericia desde el principio hasta el final:

- i) La norma médico legal implícita en la formación profesional especializada, donde el conocimiento que define el actuar pericial, se constituye en norma tácita.
- ii) Las normas, guías y reglamentos operativos dispuestos por la institución. Además guarda una gran importancia, la actitud personal derivada de todo el proceso educativo que transformó a esa persona.

No dejarse abandonar por el inmovilismo sensorial:

El objeto periciable del médico forense, en la mayoría de los casos, es el producto de la violencia humana en todas sus expresiones, cadáveres y víctimas vivas. Esta condición de calamidad humana en muchas oportunidades, ofende la sensibilidad hasta de los más

aparentemente fuertes y, a pesar de esto, el perito no puede perder su rigor científico, a tal grado que su afectación emocional incida en alguna medida en el resultado de su trabajo. Esta condición es esencial para sustentar la idoneidad del perito. Malas interpretaciones de esto, han degenerado un estereotipo del médico forense que dispone que este “debe ser frío, insensible, con una actitud robótica, deshumanizado y hasta necrófilo”. Este estereotipo fue una herencia de algunos antepasados forenses, ya que esos defectos de la personalidad son más bien una total contraindicación para el que ejerce la medicina legal en función pericial.

Agilidad:
La necesidad de inmediatez de respuestas efectivas que sean de utilidad para el tribunal, requieren que, en la mente de ese perito, los conocimientos estén bien asentados para que afloren expeditos y coherentes durante la exposición y el interrogatorio.

Imparcialidad:
El perito actúa bajo juramento en la búsqueda de la verdad científica, independiente del efecto o repercusión que esto produzca a las partes interesadas. En este sentido, no existe razón alguna en el desempeño del perito que pueda afectar o mitigar el resultado de una pericia.

c) Deberes del perito

En la búsqueda de la verdad real, se requiere del concurso de esa persona de capacidad moral reconocida, que domine un arte o técnica y que, cuando se le designa como auxiliar que debe reunir las características idóneas, se le va a denominar perito auxiliar de la justicia en una materia. La administración de justicia requiere de la valoración técnica objetiva del objeto de prueba que se le pone a su conocimiento para su expresa valoración y no de lo que conoció de manera espontánea. Artículo 214 CPP, Título habilitante. Los deberes acerca del desempeño del perito, sitúan o encuadran a ese ciudadano que posee ciertas características para ser candidato a perito idóneo, para que su proceder se enmarque en lo que se requiere, y que el perito (en este caso médico) represente la “opinión de la ciencia” en la valoración de un elemento objeto de prueba. M.R Jouvencel **11** enuncia con gran claridad los deberes del perito que en derecho son universales, así como la verdad científica es universal.

Objetividad e imparcialidad:
La objetividad es un requisito fundamental y se logra en gran medida, cuando se respetan las reglas del arte de la materia concreta de la especialización. El análisis del objeto de prueba debe estar enmarcado en la pura apreciación científica, dejando en absoluto de lado cualquier desviación que se aleje de los cánones científicos más recientes y vigentes dentro de la legalidad del país **12**. La imparcialidad, como se mencionó, implica el deber de no plegarse a ningún interés de cualquier índole que se desvíe del sagrado interés de la administración de justicia: verdad para la justicia. El juramento y la promesa de decir la verdad (en nuestro caso la científica), significan la formalización y el recordatorio al perito del “a qué se atiene”, cuando está actuando en función pericial. Además, se le solicita que desempeñe bien y fielmente la misión que se le encomendó, y se requiere entonces que el perito proceda bajo el principio de lealtad para con la justicia.

Deber de comparecer: Artículos CPP 204 Deber de testificar - 207 Citación - 353 Incomparecencia:0
La comparecencia al juicio oral es inobjetable para un perito designado, siempre y cuando se le haya prevenido. Esta comparecencia en la medida de lo posible, es ideal para el tribunal que se haga con la presencia física del perito y no virtual por las mismas razones que se argumentan, cuando se comparan las ventajas del juicio escrito versus el oral **13**. Por estas razones, la vivencia del perito de lo solemne, lo delicado de su función y hasta ese necesario estrés que se suele sentir al ingresar al recinto, donde se imparte justicia, son trascendentales para tener siempre presente que también la libertad y el patrimonio de las personas, dependen del correcto proceder del perito. El peligro de la comparecencia virtual, es que no se sienta esto tan necesario porque se está ante una cámara de televisión.

Deber de emitir un informe útil y clarificador: El dictamen del perito debe ser preconcebido con la premisa de que ese informe le va a ser suficientemente útil al juez, y debe llevar implícito un criterio como conclusión, precedido siempre de un debido y completo fundamento por el cual arribó a esa conclusión. Por estas razones que rigen universalmente la actuación de los peritos, no puede existir perito alguno o instancia pericial que se permita emitir conclusiones, sin que sean precedidas de su debido fundamento. Con el propósito de que este informe sea clarificador, no debe abultarse con información inexacta o intrascendente que pueda desviar la atención del fiscal o el juez. Esto no debe ser razón para que el perito soslaye algún tipo de información que, aunque no le fue solicitada antes de iniciar la pericia, debe prever que puede tener algún valor para el desempeño de lo que le compete al fiscal, ya que le llega de primero el dictamen, durante la etapa de investigación. Me refiero por ejemplo en un caso donde se solicite el examen clínico de un sospechoso de cometer abuso sexual a varios menores.

En este caso, se examina su cuerpo por áreas (extragenital, para genital y genital); se verifica si tiene lesiones o no con sus características de tiempo de evolución y se determina si presenta reflejos que confirmen que tiene capacidad de erección, etc. Resulta que si esa persona tiene un lunar especialmente grande en el escroto (nevo verrugoso) y si el médico no relata su existencia en su informe, el fiscal no va a conocer esa pesquisa. La verdadera historia es que si se les hubiera preguntado a todos los niños abusados, acerca de si vieron algo en el escroto de esta persona, hubieran relatado que, en efecto, les llamó la atención ese lunar grande y oscuro. En la práctica cotidiana, según la experiencia y esa visión de que en una primera etapa, el perito está en función auxiliar del Ministerio Público (los ojos del fiscal), se infiere que “simplezas” como esas, pueden ser de absoluta relevancia para la labor del fiscal. Asimismo, este no conocería muchos aspectos que le podrían ser útiles, si la persona que designó para que le examinara al paciente, no le informa todo lo que tuvo a la vista en el examen del imputado.

Deber de respeto a las normas deontológicas:

La diferencia entre el acto médico y el peritaje médico, son las normas deontológicas que los rigen. La relación médico-paciente tiene un fin curativo, terapéutico y reparativo, esencialmente en la obtención de un resultado positivo en la búsqueda de la curación, mitigación de los síntomas o mejoramiento estético. En este caso, el acto médico se rige de manera obligada por el secreto profesional, como derecho del paciente. En la relación médico-paciente que ocurre cuando el médico perito examina a solicitud del fiscal **14** (por encargo) a su paciente, ya que su cuerpo es objeto de prueba y, desde ese examen, se va a originar un informe o dictamen, cuya relación no se encuentra regida por el secreto profesional. Por otro lado, esto no significa que debe observarse toda la normativa implícita en el acto médico que implique respeto y consideración al paciente.

M.R. Jouvencel **15**, citando a de Lorenzo y Martínez, propone que el examen pericial se ajuste a una serie de reglas generales de carácter deontológico que, por su importancia, transcribo íntegras.

1. No aceptar peritajes sino en aquello en que sea realmente competente.
2. Que el peritaje sea factible, tanto que se ha de advertir cuando se susciten cuestiones sin solución, ya en los aspectos singulares de la pericia, ya en su conjunto.
3. Que las distintas piezas de convicción que se aporten permitan la discusión del problema y el contraperitaje, procurando el técnico que en su informe, y en su actuación general, haya una total transparencia.
4. Si surge alguna dificultad, solicítase el concurso de algún especialista, ya de forma amistosa, ya, en su caso, oficialmente, por mediación del juez.
5. En caso de desacuerdo con otro u otros peritos, explíquese en términos mensurados las razones de disconformidad, huyendo de ironías, ni suponiendo mala fe o parcialidad en el contradictor.
6. Rehúcese el conocimiento de los autos en tanto no se haya dado fin al examen técnico, para que el perito no se vea sugestionado por consideraciones morales.
7. Aparte de su actividad técnica, el perito no se ha de mezclar en nada que a la manera de llevar el asunto atañe, ni se inmiscuirá en otros aspectos ajenos de su función.
8. Actúese con discreción en situaciones que hubieran tenido resonancia pública, evitando hacer declaraciones a los medios de comunicación en tanto no haya resolución firme.
9. Resístase a cualquier tipo de presión, no queriendo dar a conocer otra cosa que el aspecto estrictamente técnico para el que fue propuesto.
10. No acepte ningún presente de las partes interesadas.
11. Siempre que sea posible, adjúntese al informe ilustraciones, fotografías, referencias bibliográficas, y cuantas piezas e instrumentos puedan contribuir a informar e instruir con claridad tanto al juez, como a las partes, y al mismo contraperito.
12. Las conclusiones obtenidas no han de sobrepasar los límites que las posibilidades de la ciencia permitan.
13. En los peritajes privados extrémense estas cautelas, procediendo con el máximo rigor y severidad, advirtiendo que la actuación a instancia de parte en modo alguno puede hacer sentirse parte al perito.

Secreto profesional:

En la función pericial del médico, como indicábamos, el secreto profesional no aplica con respecto a la relación médico-paciente. De acuerdo con su pericia, sí aplica en un sentido el secreto profesional, en relación con la imposibilidad de brindarles información a personas diferentes al fiscal y al juez competentes, o a representantes de parte autorizados por los mismos. Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 223 CPP, Deber de guardar reserva. Esta modalidad de secreto profesional se extingue en el momento de la comparecencia al juicio oral y público frente al tribunal.

Deber de discreción y sigilo:

De acuerdo con lo anterior, es deber del perito procurar que durante su actuación, no se violenten el honor y la sensibilidad de las personas. Esto suele ocurrir cuando se actúa pericialmente en la investigación de un escenario de la muerte, en el sentido de procurar que no se propicien exhibiciones ante la prensa y el público de los cuerpos de las personas fallecidas o de víctimas en situaciones trágicas y dolorosas. De igual manera, el perito debe brindarle informaciones a la prensa, relacionadas en algún modo a la materia asignada para que emita su peritaje. Otra circunstancia importante es la precaución de que esté presente una enfermera o asistente al

momento del examen físico de un menor o una mujer, sobre todo si se trata de una víctima de delito sexual. Esta previsión vela por el pudor y la sensibilidad del paciente y protege al médico examinador.

d) Derechos del perito

M.R. Jouvencel **16** continúa enumerando aspectos trascendentales que no deben ser ignorados. Los derechos del perito son los que le garantizan que su participación sea de alta estima para la administración de justicia.

Objeto del encargo y medios para cumplirlo: El perito tiene el derecho de conocer cuáles son el objeto y los límites de la misión que le han encargado. Este derecho para los peritos del Poder Judicial, se da por comprendido desde el mismo momento en que el médico acepta ser empleado regular de la institución y, por tanto, acepta todas las implicaciones, deberes y derechos que le asisten en el desempeño de su cargo. En el caso del perito externo, el artículo 215 CPP Nombramiento de peritos, contempla el deber del fiscal de fijar con precisión, los temas de la peritación y acordar el plazo en que deberán presentar sus dictámenes. En todos los casos, al momento de la comparecencia al juicio, el presidente del tribunal suele explicarle al perito las razones por las cuales fue traído al debate. Con respecto a este fin, el Poder Judicial provee toda la infraestructura y los insumos necesarios para la consumación de la pericia. El perito externo suele incluir en sus honorarios los insumos en este sentido.

Percepción de honorarios:

En el caso de los peritos del Poder Judicial, los honorarios comprenden el salario recibido como empleado regular, y el Ministerio Público gestiona el caso de los peritos externos. Los peritos de parte son remunerados por el sector que lo ofrece.

e) Responsabilidad del perito

Si el perito actúa dolosamente, se atiene a la responsabilidad penal, civil y disciplinaria. En el ámbito penal, el presidente del tribunal le advierte al inicio de su comparecencia que puede incurrir en un delito contra la administración de justicia, artículo 316 CP, Falso testimonio, el cual expresa literalmente:

Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción hecha ante autoridad competente.

Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años.

Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno.

f) Recusación del perito

El artículo 215 CPP, Nombramiento de peritos, indica que “serán causas de excusa y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces”. Los artículos 55 a 59 CPP, contemplan las circunstancias, en donde son pertinentes la excusa, la recusación y el procedimiento para llevarlas a cabo.

3) El dictamen médico-legal o informe pericial

El artículo 218 CPP Dictamen pericial, encuadra los aspectos fundamentales que debe contener el dictamen pericial:

El dictamen pericial será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las de las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado.

Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito, fechado y firmado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias.

En nuestro Departamento de Medicina Legal, existen desde su historia formatos de dictamen médico-legal con estructura predefinida. En la Sección de Patología Forense, el dictamen que suele emitirse es bastante resumido, comparado con todo el informe pericial (protocolo de autopsia) que contiene pormenorizadamente todos los hallazgos de autopsia y este se encuentra siempre a la disposición del tribunal y las partes. En la Sección de Clínica Forense, se encuentra muy desarrollado un plan de modalidad de dictamen, según la temática específica de que trate el caso, tales como: delitos sexuales, lesiones dolosas, lesiones culposas, etc. Es importante indicar que en nuestra experiencia, lo que requiere el artículo 218 CPP Dictamen pericial, es contener “las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos”. Sin embargo, esto no se ha utilizado y parece ser que no sería procedente, por cuanto lo que se estila es que cada perito institucional, externo o de parte, debe extender su dictamen por separado. Con esa separación documental, el tribunal apreciará mejor cada punto de vista por separado, sabiendo que un dictamen procede de un perito y otro dictamen de otro perito.

En esencia, el dictamen pericial de las personas vivas, debe contener:

- Encabezamiento que incluya las calidades del paciente, su edad, ocupación y la fecha del examen.
- Historia médico-legal donde se relaten los hechos que provocaron que hoy este paciente sea remitido para examen pericial, pormenorizando en específico si se trata de violencia sexual, accidente de tránsito u otro. Además, debe presentar un relato de la dinámica del hecho; si recibió o no atención médica; dónde y por cuánto tiempo; el estado previo a las lesiones sufridas, ya sea por enfermedad o por traumatismos y cualquier otro elemento útil en la valoración clínica pericial.
- Un examen físico que debe ser general y pormenorizado en el área específica afectada. El examen físico general es útil para descartar factores concausales que pudieron jugar un papel en la evolución de la lesión o enfermedad.
- Solicitud de exámenes complementarios, ya que son de utilidad para el análisis integral del paciente, tales como: laboratorio, radiografías, interconsultas a especialistas, etc.
- Comentario que especifica la relación de causalidad entre el hecho o violencia sufrida y el estado actual del paciente. También debe consignar el fundamento médico-legal con el cual se arribó a la conclusión.
- La conclusión.
- Bibliografía, fotografías y cualquier otro recurso ilustrativo.

El dictamen pericial en el ámbito de la patología forense, debe contener:

- Encabezamiento: se anotan las calidades del occiso, la fecha y hora de la muerte, la fecha y hora de la autopsia, la fecha y hora del hecho violento y el lugar donde ocurrió para establecer la competencia judicial.
- Causa de la muerte: se anota el motivo de la muerte expresada de igual manera, como se expresa en el certificado de defunción, donde lleva implícita la relación de causalidad entre el hecho violento y la muerte.
- Lesiones encontradas: descripción resumida de las diferentes lesiones sufridas, la cual debe ser pormenorizada, cuando se trata de homicidio doloso. En el protocolo de autopsia que también está disponible para el tribunal y las partes, deben constar detalladamente todas las lesiones.
- Alteraciones encontradas: se consignan las enfermedades que sufría la persona y se analiza si pudieron jugar o no un papel concausal en el proceso de muerte. Además, se anotan cambios que pudiera sufrir el cuerpo posmortem.
- Manera de la muerte: es la impresión pericial que se transmite al fiscal, desde el punto de vista del médico perito, la cual indica que se está ante un homicidio, un suicidio, un accidente o una muerte natural. Es un concepto presuntivo con carácter de sugerencia y no vinculante para el operador.
- Pericias conexas solicitadas o interconsultas a especialistas consultores.
- Comentario: fundamenta la relación de causalidad y el razonamiento por el cual se llegó a la conclusión.
- Conclusión.

4) Breve reseña de la función pericial en el Departamento de Medicina Legal

El Departamento de Medicina Legal tiene su sede en el Complejo de Ciencias Forenses en San Joaquín de Flores, Heredia. Se encuentra constituido por:

a) Una Jefatura Departamental

(Art. 33 LOOIJ) que le corresponde "Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares, sobre el modo y métodos para el ejercicio de distintas funciones y labores, así como refrendar los informes y los dictámenes que rindan los médicos de las diferentes Secciones y del Consejo Médico Forense".

b) Cuatro secciones

Su labor consiste en efectuar pericias y emitir dictámenes denominados de primera instancia.

Sección de Clínica Médico Forense:

Emite peritajes sobre personas vivas víctimas o victimarios para valorar sus lesiones, en cuanto al tipo de arma, objeto o agente

empleados, su dinámica para incidir en el cuerpo, la data de haber sido producida, el grado o cuantía del daño corporal, expresándolo en la incapacidad temporal para las labores habituales y pérdida de la capacidad general orgánica, ya que es útil para tipificar el delito, con respecto a los artículos 123, 124, 125 del CP. Asimismo, aporta cualquier otra información proveniente del estudio médico que puede ser útil para el Ministerio Público o los tribunales penales. Perita sobre los efectos de la violencia sexual en todas sus expresiones. El Artículo 221 CPP,

Peritajes especiales, propone que cuando se deban efectuar peritajes especiales en lo psicológico y médico legal, se debe integrar un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión, las entrevistas que requiera la víctima, con la finalidad de evitar al máximo la revictimización. En la práctica, esta disposición se efectúa por el momento con el examen médico por un lado y la valoración del equipo psicológico por otro, debido a aparentes dificultades logísticas. En lo médico legal, la valoración de la víctima cumple con dos objetivos: la valoración pericial del daño corporal con carácter de violencia sexual y la búsqueda y obtención de elementos indiciarios que sean útiles en la identificación objetiva del victimario.

Además, esta sección efectúa un examen pericial sobre el imputado, cuando este es objeto de un examen médico, sin que necesariamente sea de su consentimiento, y el imputado deberá asumir de manera obligada, una actitud pasiva que podrá ser forzada, si así se requiere y que se derivará de la orden emanada por la autoridad judicial competente. Art. 88 CPP El imputado como objeto de prueba. La finalidad es obtener información importante que ayudará a la autoridad a descubrir la verdad de un hecho investigado. La trascendencia de que un médico practique esta búsqueda de información, se hace en el entendido que empleará reglas del saber médico que garanticen que la técnica empleada no afecte la salud, la integridad física, las creencias o redunde en tratos crueles degradantes e inhumanos. En estos casos, el médico forense actúa expresamente como perito auxiliar del Ministerio Público, en donde deberá informar acerca de todo lo que se le pregunte, aunque no se le haya planteado y resulte de interés para el Ministerio Público. Esto se debe a que recién el Ministerio Público lo va a conocer precisamente, porque proviene del médico forense, el único ente pericial facultado y validado procesalmente para este tipo de exámenes. Si el perito considera de riesgo la técnica que se va a emplear para efectuar lo solicitado, deberá informarlo al Ministerio Público para que se solicite la autorización de esa pericia, desde la competencia de un tribunal penal.

El médico forense en cualquier rama que se desenvuelva, actúa en carácter de perito a la orden de la administración de justicia, y no puede acogerse al secreto profesional porque, desde que es perito del Organismo de Investigación Judicial, debe plegarse plenamente a los requerimientos del derecho procesal penal. También toda la información que está obteniendo, debe ser transmitida al Ministerio Público o tribunal competente.

Por otra parte, el médico forense valora el daño corporal derivado del delito culposos; en este caso el más frecuente es el accidente de tránsito y, en menor grado, la responsabilidad profesional del médico o "mala práctica", donde se tasa el daño expresándolo en incapacidad temporal para las labores habituales o en la pérdida porcentual de la capacidad general orgánica, para que el Ministerio Público lo interprete a la luz de la tipicidad del delito. Y en el caso de la mala práctica, le corresponde también objetivar en dónde y en qué grado en concreto, se encuentra en la labor del médico tratante, la violación culposa a la norma o al debido proceder que dicta la ciencia médica, para la problemática de salud específica que presentaba el paciente, y por lo cual requirió la asistencia médica que redundó en un efecto dañoso.

El análisis del médico se inicia desde que se determinó si el tratamiento terapéutico o la cirugía empleada, estaban indicados para el padecimiento concreto del paciente, y si el efecto dañoso era previsible y, por tanto, evitable o, por el contrario, no lo era. Así, este elemento de análisis es fundamental con respecto a la existencia o no de responsabilidad en el efecto dañoso final. En la valoración del daño corporal, además el médico deberá tener en cuenta la determinación del estado previo del paciente, con respecto al hecho concreto. Un atropello puede generar una fractura en el muslo y provocar resultados de extrema gravedad que pueden poner en peligro la vida del paciente. Al ser estudiado este paciente, se determina que la fractura ocurre precisamente en el sitio donde se desarrollaba un cáncer del hueso. Por lo tanto, le corresponde al médico establecer con la mejor exactitud posible, el grado del daño producido por el autor del atropello en un sustrato corporal de la víctima con un estado previo.

De tal forma, los traumatismos de poca cuantía van a generar resultados de gravedad y su responsabilidad pericial radica precisamente en plasmar en su dictamen, lo más claro posible, la problemática médico-legal para que sea interpretada por el fiscal que le corresponde establecer el grado de responsabilidad, a la luz de otros elementos de análisis derivados de las circunstancias y dinámica del hecho.

Asimismo, el médico forense valora las intoxicaciones de diversos agentes, los efectos de las drogas de abuso, y solicita pericias que determinen la presencia de drogas ilícitas y sus niveles en el organismo. Establece también la edad biológica y practica exámenes prematrimoniales en divorciadas. Valora afectaciones de la salud de las personas que se requieren objetivar por interés judicial, donde se incluye al privado de libertad.

Los peritajes se efectúan en cualquier ámbito de la medicina, lo que involucra cualquier especialidad médica. El perito debe tener la capacidad de definir los límites de su conocimiento y, a partir de este momento, debe requerir del criterio del perito consultor especializado en la materia médica específica y este deberá emitir un criterio técnico concreto.

El perito médico forense deberá acoger o no el criterio, de acuerdo con las reglas del arte médico-legal. Una vez obtenido ese criterio especializado, el médico forense incorpora el criterio vertido al estudio médico legal y emite sus consideraciones, en donde se fundamenta para arribar a una conclusión acorde con la verdad científica, que contenga terminología lo más clara y simple de comprender, que sea comprensible para el abogado operador de justicia y los abogados representantes de las partes que, en la mayoría de los casos, no conocen el campo de la medicina ni la terminología técnica compleja, pero que necesitan saber con exactitud el estado,

daño, pérdida, error, etc. del paciente del caso en cuestión, y requieren que les presenten esa información lo más claro posible para desarrollar sus competencias.

La claridad y simpleza de expresión de un perito en sus dictámenes, es reflejo, en muchos casos, del grado de madurez profesional y del entendimiento del porqué y para qué se le ha nombrado perito al servicio de la administración de justicia. Su función es aportar los elementos de la verdad científica como una parte del horizonte de elementos de análisis que contempla el juez en la búsqueda de la verdad real. Las consideraciones médico-legales serán plasmadas en el comentario médico legal que es la manera correcta para fundamentar una conclusión.

Por otra parte, los dictámenes emitidos son considerados de primera instancia y están sujetos de ampliación, aclaración y adición a solicitud de las partes y del Ministerio Público Art. 147 CPP, Aclaración y adición. También se solicitarán en alzada las apelaciones de los dictámenes al Consejo Médico Forense.

Sección de Patología Forense:

En esta sección, se emiten peritajes sobre la muerte de personas que sean de interés judicial y en donde se pueda vislumbrar la posibilidad de la comisión del delito de homicidio de orden doloso o culposo. Para ese efecto, la investigación de las muertes de posible interés judicial, se rige por lo estipulado en la Ley 17461-S, Reglamento de Autopsias Hospitalarias y Médico Legal, artículo 15, en donde se enumeran las razones o circunstancias de la muerte de las personas que requieren que se efectúen una investigación de la muerte y todo lo relacionado con esta que sea de interés judicial. Esta ley garantiza un elevado porcentaje de efectividad en el control de la muerte de personas, en donde hay riesgo de que no sean investigadas, mayormente si se trata de personas que fallecen en los hospitales y que el control vigente obliga a que sean reportadas de oficio a nuestra sede médico-forense.

Se deberá investigar la muerte violenta en todas sus expresiones, desde el homicidio doloso, el homicidio culposo y el suicidio, por las implicaciones penales y civiles. La muerte de personas que ocurren en circunstancias no claras, en donde surja la duda de si se trata de un homicidio, suicidio o accidente o, por el contrario, si se trata de una muerte natural en donde por las circunstancias en que ocurrió, sea imprescindible la realización de una autopsia médico-legal como única vía para esclarecer las verdaderas causas de la muerte.

El médico forense debe dictaminar pericialmente sobre la causa de la muerte que es el proceso, mecanismo o dinámica de la génesis intrínseca (que significa que se debe a procesos iniciados dentro del mismo cuerpo humano) o extrínseca, (fuera del cuerpo por causas externas violentas) que llevaron a la muerte a una persona. Si la causa de la muerte es de génesis intrínseca, se está ante un proceso o relación de causalidad en el proceso de muerte del orden de lo natural como causa de la muerte.

Por ejemplo, la arteriosclerosis que produce el déficit de circulación de la sangre en el músculo del corazón, conlleva el infarto del corazón con la consecuente muerte de la persona. La obligación del perito en muchos casos, no solo es llegar a conocer ese proceso que terminó en un infarto; debe valorar las circunstancias de muerte de esa persona que presentó el proceso de muerte de orden natural, para establecer si esa muerte en el contexto del desarrollo de la medicina de este país, se pudo haber evitado. Y si se pudo haber evitado, pero no se evitó, se debe valorar si existió la posible responsabilidad de alguien para así informar debidamente al Ministerio Público para que disponga lo de su competencia. Se suele comunicar esta información a través de un concepto médico-legal denominado Manera de Muerte, el cual se utiliza universalmente en los ámbitos forenses como recurso para informarle al Ministerio Público, acerca de si la muerte de la persona tiene características de homicidio doloso, homicidio culposo, suicidio, accidente o, por el contrario, se está ante una muerte natural, sin que el proceso de muerte estuviera mediatizado por la acción u omisión de persona alguna.

En nuestra experiencia este concepto de orden médico-legal, es de gran valía para la administración de justicia, acerca de la muerte de personas y, en una gran cantidad de casos, es la notitia criminis que ocurre a partir de enunciar el concepto manera de muerte que se informa en un principio de forma verbal y luego se formaliza en el dictamen emitido. Se debe entender que este concepto manera de muerte, funge como sugerencia a la administración de justicia y, por tanto, no es vinculante para el administrador.

En la mayoría de los casos, para una argumentación de por qué se consigna tal manera de muerte, es de mucha importancia el fundamento de la conclusión del dictamen. Este fundamento se basa en el análisis que se inicia desde el contexto donde ocurrió la muerte llamado Escenario de Muerte, en los hallazgos de la autopsia practicada con todas las formalidades técnicas estipuladas para cada variedad de muerte, en el estudio de los expedientes médicos, en la interconsulta con el especialista consultor de la rama médica específica, en el apoyo radiológico, odontológico, antropológico, y en las pericias conexas derivadas de la autopsia como la toxicología, el ADN, la balística, la biología, etc.

En alguna medida, se ha criticado la utilización del concepto manera de muerte en el sentido de que lleva implícito un prejuicio. Consideramos que el beneficio a la administración de justicia es inconmensurable con respecto a un prejuicio que se minimiza, si el abogado tiene claro el carácter de no vinculante de este recurso médico forense.

El principal elemento que debe ir consignado en el dictamen, es el fundamento de la relación de causalidad entre el acto, acción u omisión inicial y la muerte como producto final. En este punto radica especialmente que la pericia lleve implícita de manera clara, si la relación de causalidad es directa, diáfana o no, para que el Ministerio Público pueda presuponer el grado de responsabilidad del autor de la acción o la omisión que se encuentra valorando. Entonces, no debemos olvidar que la relación de causalidad no necesariamente es pura o nítida, porque existen los factores concausales que hacen que esta sea matizada de gran variedad de gradaciones que

repercuten de manera directa en la valoración del operador acerca del grado de responsabilidad. La concausalidad se debe, en algunos de los casos, a factores intrínsecos que interfieren en el proceso o mecanismo de la muerte, y algunas veces, la causa inicial generada por una agresión, no hubiera llevado a la muerte, si no hubiera concurrido la existencia de la concausa (preexistente o sobreviviente).

El factor concausal puede ser de origen extrínseco, como sería la actuación de un médico desapegado a la norma que dicta la ciencia médica para un caso concreto. Resulta que al final, el Ministerio Público ilustrado correctamente por la pericia, acusa por lesiones dolosas y esto lo hubiera llevado a acusar por homicidio doloso a un agresor y, a su vez, la investigación conlleva a presuponer que la muerte fue debida a un acto culposo, debido al proceder de un médico. El ejemplo sería la muerte de una persona que sufre lesiones serias por agresión dolosa, las cuales ameritan una pronta intervención médica; pero esta se ofrece de manera errónea por el incumplimiento de los deberes de cuidado de la *lex artis*, y redundante en la muerte de la persona.

Nuestros dictámenes en el fundamento de la relación de causalidad, deben tener ya contempladas las posibles respuestas antes de que se nos hagan las preguntas y, en el ejemplo anterior, algunas de ellas serían: ¿La causa inicial iba a llevar a la muerte, si no hubiera ocurrido un tratamiento médico adecuado y oportuno? ¿Qué probabilidad de salvar la vida habría ocurrido con un tratamiento médico adecuado y oportuno? ¿La acción u omisión del médico precipitó la muerte?, etc.

Por la índole de nuestra labor, en las causas de muerte de origen extrínseco, donde la manera de muerte se presume homicida de orden doloso, la participación del perito médico es fundamental y se inicia desde la investigación del lugar del hecho o escenario de la muerte. Es ahí donde el médico forense funge como un miembro más del equipo de investigación, asumiendo funciones muy concretas en el establecimiento de diagnósticos de presunción que son de suma utilidad para el fiscal y la Policía Judicial. Estos diagnósticos de presunción pericial son: el tiempo de muerte, la probable causa de la muerte, la posible manera de la muerte (homicida, suicida o accidental). Es imperante para el perito, advertir los alcances de su pericia en cuanto a las limitaciones o no para poder ser categórico o no en sus conclusiones. Un ejemplo muy importante es la valoración del tiempo que transcurrió desde el momento en que la persona murió, hasta que es encontrada muerta, utilizando las diferentes variables para el cálculo de la data de la muerte. Así el perito debe tener muy claras las implicaciones que surgen cuando se dictamina un tiempo de muerte, porque una conclusión errónea puede sacar de contexto en el tiempo, al autor de un homicidio con las graves consecuencias que se producen al momento de que se haga justicia.

El proceder del perito médico forense corre el peligro de alejarse de las normas de las valoraciones científicas, precisamente durante el cálculo del tiempo de muerte. Y esto ocurre porque para este cálculo se utilizan variables que participan acelerando o retardando los procesos de descomposición que sufre un cadáver. El problema es que nunca se puede estar seguro de que se analizaron todas las variables que concurrieron con respecto al cadáver en estudio. Entonces, es frecuente que en nuestro peritaje con respecto al tiempo de muerte, nos pronunciemos dando un ámbito de tiempo acorde con la lógica de nuestra especialidad, donde la media en el ámbito enunciado, es lo más probable y, conforme se aleja en el tiempo a los extremos, se hace menos probable, pero no imposible. En los casos en que la muerte ocurrió en un lugar lejano donde no estuvo presente un médico, se corre mayor riesgo de no analizar algunas variables.

De acuerdo con la experiencia, se puede aseverar que el perito que trata de ser muy exacto con respecto al cálculo del tiempo de muerte, es un inexperto y, por tanto, es un factor de riesgo de error para la persona que le corresponde hacer justicia. Tampoco basta con saber calcular el tiempo de muerte. Se suele pensar que usualmente el abogado considera o deduce que el tiempo de muerte de la persona, es igual o equivalente al tiempo transcurrido desde el momento en que ocurrió el hecho violento, hasta el momento en que fue encontrado el cadáver y esto no necesariamente es cierto. Hay que conocer y saber calcular el tiempo de sobrevivencia que comprende el período que transcurre, desde que una persona sufre una lesión mortal y la muerte misma. Es posible que la persona sobreviva varias horas luego de la lesión mortal, y su muerte ocurre cuando el autor homicida se encuentra lejos del contexto del hecho. En este caso, el tiempo de muerte no corresponde al momento del hecho y, si se analiza mal este hecho, puede sacar al actor homicida del contexto fáctico.

Desde el punto de vista médico-forense, se enuncia una manera de muerte homicida, por el acto de una persona que provoca la muerte de otra. Hay que recordar que el médico forense se pronuncia con respecto al homicidio con esa "simpleza", sin considerar, porque no es su ámbito. Estos aspectos son netamente jurídicos, como es la tipificación del homicidio que puede ir desde el homicidio en legítima defensa, hasta el homicidio calificado.

La función del médico forense como auxiliar del Ministerio Público en el escenario de la muerte, radica de manera importante en su participación en la búsqueda de elementos de transferencia que son útiles como indicios para establecer la identidad del autor de la muerte. El carácter de acto definitivo e irreproducible (Art. 191 CPP Levantamiento e identificación de cadáveres) además de lo que implica esta previsión jurídica, involucra para los peritos y la Policía Judicial, una aplicación rigurosa del método científico, la estricta observancia de los lineamientos de la cadena de custodia, donde se debe poner especial atención al peligro de la contaminación del escenario por parte de los miembros del equipo de investigación auxiliar al Ministerio Público, el juez y la defensa. Por lo tanto, la responsabilidad jurídica de la investigación es del fiscal, pero la responsabilidad técnica del manejo del escenario de la muerte, es de un personaje denominado administrador del escenario que se recomienda que sea un policía judicial de experiencia en el manejo del escenario. Asimismo, se requiere la conducción técnica por parte de este funcionario para evitar la contaminación del lugar. La actitud en este lugar semeja a la que se requiere en un quirófano donde se practica una cirugía mayor.

El cadáver en sí es un elemento indiciario fundamental para el Ministerio Público y, es la razón por la cual, es necesario aplicar los criterios de cadena de custodia al cadáver, porque de este se deriva la pericia médico forense que establece gran cantidad de información, en cuanto a la causa de la muerte, el tiempo de muerte, el tiempo que la persona tardó en morir (sobrevivencia) y, si durante esta sobrevivencia, fue capaz o no de efectuar acciones que modificaran el contexto que son muy útiles en la valoración del cuadro fáctico.

Además, se valoran el tipo de arma, el objeto o agente empleado y la forma o manera de cómo incide en el cuerpo. Las diferentes características de las lesiones, permiten hacer valoraciones técnicas acerca de si se trata de lesiones generadas por una actitud defensiva de la víctima que percibió el peligro; si son lesiones que signifiquen alguna actitud intimidatoria; si tienen carácter de violencia sexual; si son autoproducidas, etc.

Otras características de las lesiones son las que por su forma, dimensiones o características, quedan impresas en la piel; reproducen o representan en alguna medida el objeto que las genera. Se les llama lesiones patrón y han sido de gran utilidad en la identificación del objeto que fue utilizado como arma para la agresión.

La valoración del cuadro de lesiones que presenta la víctima, es de gran ayuda en la posible explicación de la dinámica del hecho, sobre todo al momento de tratar de explicar esa dinámica, ubicándose en el contexto mismo donde ocurrió la violencia.

De la autopsia médico-legal, se derivan muchas pericias conexas que son muy útiles en la investigación del hecho, tales como: las toxicológicas que determinan la existencia y cuantía del alcohol y las drogas de abuso que son factores muy importantes de analizar como generadores de incapacidad para la defensa, la velocidad de respuesta, la pérdida del juicio crítico o, por el contrario, los estados de intoxicación que generan estados retadores que predisponen a la violencia y a la resistencia. Es de gran importancia demostrar la participación o no de la sustancia tóxica como factor concausal del mecanismo de muerte y esto se suele observar con alguna frecuencia en los estados de intoxicación con cocaína o la mezcla de esta con el alcohol, la cual genera una droga dentro del organismo que tiene un efecto potencial con respecto al efecto estupefaciente y al efecto o nivel de letalidad.

Es trascendental la conjunción de la pericia médica con la pericia en el ámbito de la balística, en donde se traslapan los ámbitos de competencia pericial, al dictaminar las características de las heridas producidas por los proyectiles de arma de fuego, la dirección de los proyectiles con respecto al cuerpo y las posibles posiciones que tenía la víctima en el contexto del lugar de los hechos y con respecto al victimario, la distancia de disparo y la valoración mediante determinaciones químicas de la posibilidad de que la víctima hubiera disparado o, por el contrario, los residuos de disparo en sus manos que fueron consecuencia de la actitud defensiva que asumió la víctima al momento del disparo. Por tanto, la bioquímica en la identificación vía ADN y otras pruebas científicas, facilitan la detección de semen y otros fluidos que son útiles en la determinación de la identidad del victimario, con el fin de enmarcar una muerte en el contexto de la violencia sexual.

La autopsia médico-legal es una parte de la pericia médico-forense y es de suma importancia para determinar la causa de la muerte. Se basa en criterios técnicos de la anatomía patológica que se caracterizan por un manejo metódico y sistematizado del proceso, en donde se pretende que se garantice el cumplimiento de los pasos del examen externo e interno del cadáver.

La objetivación de la pericia queda consignada por medio de la fotografía, los diagramas con las mediciones de los diferentes tipos de lesiones y sus relaciones anatómicas, y la descripción detallada de las características de estas, desde la superficie de la piel, hasta la profundidad que posee.

La consignación de las características de las lesiones con respecto a la velocidad de sangrado o potencial de letalidad, es útil para el análisis del período de sobrevida y, si durante ese período de tiempo, esa víctima pudo o no efectuar acciones que modificarán el contexto o, por el contrario, no pudo efectuar ninguna acción porque falleció de inmediato o no pudo realizar ninguna acción, pues aunque hubo sobrevida, su agonía fue en estado de inconciencia.

Según otros aspectos de esta técnica metódica, en todos los casos de muerte violenta, se recaban muestras para la determinación del alcohol y las drogas de abuso, para determinar los estados de intoxicación y su posible relación con el hecho violento. De igual manera, se recaban muestras para detectar residuos de sustancias que sirvan para identificar al victimario mediante el ADN.

Los dictámenes emitidos son considerados de primera instancia y están sujetos de ampliación, aclaración y adición a solicitud de las partes y del Ministerio Público. Art. 147 CPP. Además, se solicitarán en alzada las apelaciones de los dictámenes al Consejo Médico Forense.

Funciones específicas de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense

Sección de Medicina del Trabajo: Emite pericias en el ámbito laboral, como los accidentes y enfermedades derivadas del trabajo, la valoración de los estados de invalidez y las pensiones alimentarias.

c) El Consejo Médico Forense, Art. 34 LOOIJ: "A las Secciones del Consejo les corresponderá dictaminar, en alzada, sobre las cuestiones médico legales que se susciten en los procesos cuando lo ordenen los tribunales de Justicia, de oficio o a solicitud de parte".

Dictaminar en alzada, (recorrer a él como ente médico-forense superior) requiere necesariamente que se haya emitido un dictamen en primera instancia que radica en las diferentes secciones del departamento, así como los dictámenes emitidos por los médicos forenses destacados en las distintas delegaciones del organismo. Para ejercer su cometido, deberá existir la consulta o el Ministerio Público o bien los tribunales penales deberán emitir el recurso de apelación. Obedece entonces a la duda que manifiesta una o las partes, acerca del dictamen emitido en primera instancia. Se trata de un peritaje colegiado sobre una pericia ya emitida a la luz de una solicitud

específica, y los lineamientos del proceder pericial son iguales a los enunciados. La diferencia esencial radica en que la conclusión a la que se arriba, se obtiene por votación: el voto de minoría con su debido fundamento, igual en el caso del dictamen de mayoría.

BIBLIOGRAFÍA

Machado Schiaffino. EI PERITO Y LA PRUEBA. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 1998.

Jouvencel. M.R. MANUAL DEL PERITO MÉDICO. Ediciones Díaz De Santos. España 2002, p. 246.

F. Dall´ Anese. PERICIA MÉDICA Y EL DERECHO DE ABSTENCIÓN. pp. 59-66 REVISTA MEDICINA LEGAL DE COSTA RICA, ISSN 1409-0015, VOL 19, MARZO 2002.

Castillo. F. POSICIÓN DEL PERITO EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE. p 52. En Revista de Ciencias Jurídicas, n. 34, Enero-abril 1978, Costa Rica.

ÉTICA JUDICIAL₁

Javier Llobet Rodríguez

La ética judicial forma parte de la ética de la función pública, por lo que se aplican los principios que rigen la misma.

Una de las grandes preocupaciones que existen hoy día, es la ética en la función pública, en gran parte motivada por diversos escándalos públicos, en donde se han acusado actos de corrupción, en particular en países como España e Italia, lo mismo sucede en muchos países latinoamericanos, dentro de los cuales no está excluida Costa Rica². Esto provocó a nivel americano, la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción³ y, en Costa Rica en el 2004, de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública⁴, que sustituyó la ley que sobre la materia se había aprobado desde la década de los ochenta del siglo pasado.

El tema de la corrupción en la función pública, como lo indicaré luego, forma parte de la ética en la misma, pero tiene un carácter mucho más restringido, ya que comprende solamente algunos aspectos.

El fundamento de la ética pública, tal y como lo ha indicado Gregorio Peces-Barba, es el principio de dignidad de la persona humana⁵. Esto conduce a la consideración de que el derecho debe tener un carácter antropológico, al igual que el Estado. Los mismos existen en función de los seres humanos. En este sentido afirma Albin Eser:

Allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de la función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, no debe perderse de vista en ningún momento el carácter básicamente subsidiario y de servicio de aquél. El Estado no puede llegar a erigirse en fin en sí mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedad a la que sirve ⁶.

Todo lo anterior supone una concepción ideológica, tal y como lo indica Albin Eser, ya que implica que debe otorgársele prioridad a la persona frente al Estado⁷.

El principio de dignidad de la persona humana exige, conforme al imperativo categórico kantiano, que los seres humanos sean tratados como un fin en sí mismos y no como meros objetos⁸. Cuando se afirma en el Poder Judicial costarricense, que la justicia debe estar centrada en el ser humano, lo que se expresa es esta idea. Esto tiene implicaciones con respecto a la ética de la función pública, ya que se debe partir que la misma es un servicio público en beneficio de las personas y no un fin en sí mismo⁹.

El magistrado Ernesto Jinesta en diversas publicaciones¹⁰, lo mismo que en Corte Plena, ha reclamado que debe distinguirse entre el servicio público que implica la administración de justicia y la función jurisdiccional¹¹. Tiene razón con respecto a la función jurisdiccional, ya que no sería técnicamente correcto hablar de un servicio público, concepto relacionado con la actividad administrativa. Sin embargo, no deja de ser conveniente, desde un punto de vista ideológico, enfatizar el sentido que tiene también la función jurisdiccional en beneficio de las personas que acuden a los tribunales. En ese sentido, podemos hablar no solamente de la administración de justicia, sino también de la función jurisdiccional como un servicio público.

Por tanto, debe evitarse la burocratización de la administración de justicia y debe darse un trato digno a los usuarios, respetando sus derechos fundamentales, no perdiendo de perspectiva que la función pública debe llevar a la tutela de los derechos individuales y colectivos de las personas. Todo ello debe llevar al rechazo de las concepciones corporativistas de la función pública, en donde la tutela de los intereses de los funcionarios públicos, incluyendo dentro de estos a los jueces y juezas, se convierte en el fin de la función pública, olvidándose con ello el carácter meramente instrumental de la misma.

El hablar de ética judicial lleva a preguntarse, si es correcto utilizar el término “ética”, ya que el mismo se contrapone al de derecho. Una de las grandes discusiones que se presentan con respecto a la ética judicial, es si se debe exigir su cumplimiento jurídicamente, de modo que su incumplimiento pueda dar lugar a sanciones disciplinarias.

El Consejo Europeo de Magistrados, al tomar partido en el 2002 sobre los estándares de conducta para jueces, se pronunció en contra de la imposición de sanciones disciplinarias, sosteniendo que “mediante el sistema de sanciones no puede interiorizarse ningún comportamiento ético”¹². Además, propuso como alternativa a la supervisión de carácter jurídico sancionatorio, la creación de un “consejo de ética” que asesore a los magistrados en cuestiones dudosas en lo que respecta a su conducta funcional¹³. En contra de esta posición, se ha sostenido que la existencia de reglas de conducta, cuyo cumplimiento queda a discrecionalidad de los destinatarios, corre el riesgo de perder su significado¹⁴. Cuando se establece el carácter obligatorio de los estándares de ética judicial, puede llegarse a discutir si la utilización del término “ética” es correcto, o más bien, debería hablarse de deberes jurídicos de los jueces y juezas, ya que la “ética”, como bien lo indica Antonio Marlasca, envuelve en general como uno de sus aspectos, la aceptación por convencimiento y la falta de coacción, salvo la presión social¹⁵.

De acuerdo con el criterio que seguiré, las referencias a la ética de los funcionarios públicas y dentro de estas de los jueces y juezas, están relacionadas con los deberes en el desempeño de su cargo. No se debe partir de que se trata de simples compromisos de carácter moral que se mantienen a criterio del funcionario su cumplimiento o no, con la simple sanción en su fuero interno.

Sin embargo, debe reconocerse que con respecto a la ética judicial no deja de tener una gran importancia, el grado de aceptación de los principios de la misma por los jueces y juezas y, con ello, de compromiso en el ejercicio adecuado de su función que en el Poder Judicial costarricense se ha denominado “mística”**16**.

Por lo anterior, se introducen aspectos muy relacionados propiamente con la ética en el sentido estricto que indiqué antes.

No obstante, esto no debe llevar a afirmar que se trata simplemente de deberes éticos y no jurídicos. No debe desconocerse que tampoco las normas jurídicas pueden sostenerse en cuanto a su eficacia, simplemente en la amenaza de la coacción, por ejemplo, en la imposición de una medida disciplinaria, sino requieren de la aceptación de los jueces y juezas como normas que deben cumplirse como parte de sus obligaciones que, en última instancia, se derivan de la Constitución Política, en cuanto expresión de la administración de justicia y de la función jurisdiccional en un Estado social y democrático de derecho, y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en cuanto expresión de las exigencias que para la Administración de Justicia y la función jurisdiccional, se extraen del derecho internacional de los derechos humanos.

Cuando se trata la ética judicial en un sentido general, se comprende a la totalidad del personal que labora en el Poder Judicial, de modo que quedan abarcados los jueces, fiscales, defensores, auxiliares judiciales, policías judiciales, lo mismo que el personal administrativo. En ocasiones, se utilizan conceptos de ética judicial más restringidos que comprenden a los jueces y juezas, y fiscales, o bien, únicamente a las personas que se desempeñan como juezas.

Aunque en principio lo que indicaré a continuación, es aplicable a las personas funcionarias judiciales en general, me referiré en particular a la ética judicial de las personas que ejercen como juezas, considerando para ello que la función jurisdiccional es la función “natural” del Poder Judicial.

Precisamente este ámbito de personas, hace referencia generalmente en el derecho comparado, cuando se menciona la ética judicial. En este sentido, el proyecto de Código de Ética Judicial, que inicialmente se presentó a discusión de Corte Plena, en la sesión del 12 de abril de 1999, se refería solamente a los jueces, magistrados, hasta todas las personas que están en las categorías correspondientes de la carrera judicial**17**. Sin embargo, en dicha sesión se resolvió que las disposiciones son extensivas a todos los servidores judiciales, en cuanto les sea aplicable**18**.

Luego en la sesión del 28 de febrero de 2000, se reiteró esta presión, pero partiendo ya no de que se trata de disposiciones que regulan los deberes de los jueces y juezas, y que son aplicables a las otras personas que ejercen funciones judiciales, en cuanto sea posible, sino que el Código regula los deberes de todas las personas funcionarias judiciales**19**.

Además, el Poder Judicial en sesión del 5 de septiembre de 2005, aprobó un Código de Ética para el Organismo de Investigación Judicial**20**, aunque ha reiterado, por ejemplo en la sesión del 21 de noviembre de 2005, el carácter excepcional**21** y la aplicación del Código de Ética Judicial a todas las personas funcionarias judiciales.

No obstante, basta la lectura del código aprobado para extraer claramente que tal y como fue escrito el proyecto, está destinado a las personas que ejercen como juezas.

Debo precisar que contrario a lo que pudiera parecer, mi visión con respecto a la ética de los jueces y juezas es bastante optimista, ya que en general, estimo que están comprometidas con la función judicial y con el cumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de que existan excepciones a las que me referiré en particular, dando por entendido que la regla es otra. Igualmente debo advertir que no debe establecerse que todo mal funcionamiento de la administración de justicia, es atribuible a una falta a la ética judicial, lo que es particularmente aplicable a los problemas de retraso judicial, a lo que haré mención luego.

En la década de los ochenta del siglo pasado, la ONU aprobó los principios básicos relativos a la independencia judicial, pero los que están dirigidos primordialmente a los Estados miembros y no directamente a regular la ética de los jueces y juezas. En el 2002, el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, instituido por la ONU, aprobó los principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, los cuales constituyen un verdadero Código de Ética Judicial**22**.

Conforme a la tradición estadounidense que data de principios del siglo XX, en Europa del Este y en Latinoamérica se ha tendido a aprobar códigos de ética judicial, debido en gran parte por el descrédito en que habían caído los poderes judiciales, como consecuencia de su actuación bajo el comunismo o las dictaduras de la Seguridad Nacional.

Asimismo, es de gran importancia el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, la cual se celebró en República Dominicana, del 21 al 22 de junio de 2006. Deben destacarse también el Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana,

llevada a cabo en Santa Cruz de Tenerife del 23 al 25 de mayo de 2001, el cual contiene un capítulo sobre ética judicial²³, y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito judicial iberoamericano, aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana realizada en Cancún, México en noviembre de 2002. Esta cumbre al establecer derechos de las personas ante la justicia, prevé de esta manera también obligaciones de la administración de justicia en general y de los jueces y juezas en particular.

En el caso costarricense, como lo indiqué, la Corte Suprema de Justicia aprobó un Código de Ética Judicial en 1999 y lo ratificó luego en el 2000. Además, la Corte Suprema de Justicia le presentó a la Asamblea Legislativa el proyecto Ley de Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial, según lo aprobado en la sesión del 20 de octubre de 2003²⁴. Este estatuto se basa en el Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia del Ámbito Iberoamericano, por lo que al igual que el primero, contiene un capítulo sobre ética judicial.

En Europa Occidental, con excepciones como Italia, se presenta en general un rechazo a la aprobación de códigos de ética judicial. Entre sus objeciones, se indica que las normas de conducta ética de los jueces no pueden ser de acatamiento obligatorio, a lo que hace mención la crítica que ha realizado el Consejo Europeo de Magistrados. En contestación en la medida en que se haga la distinción entre ética propiamente dicha y derecho, y se consideren las obligaciones de las personas que ejercen como juezas, jurídicas y no simplemente como morales, entonces la objeción indicada no es adecuada²⁵.

Se ha mencionado además como crítica que los Códigos de Ética Judicial pueden llevar a un quebranto de la independencia judicial. Este criterio también debe ser rechazado, ya que parte de un mal entendimiento de la independencia judicial, el cual no puede llevar a desconocer el carácter instrumental que cumple la función jurisdiccional y su base en el principio de dignidad de la persona humana. Como aspecto positivo de los códigos de ética judicial, puede mencionarse además que sirven de guía para el comportamiento de las personas que ejercen como juezas, frente a situaciones en donde pueden existir dudas sobre cuál sería el comportamiento correcto²⁶.

El respeto a la ética judicial de los jueces y juezas tiene gran relevancia dentro de un Estado social y democrático de derecho, tal y como lo afirma Alejandro Nieto:

Los jueces son la pieza capital del Sistema en cuanto que en sus manos tienen la llave que permite hacer efectivo el cumplimiento de las leyes. Si los jueces no actúan correctamente –simplemente no actúan– sobran las leyes, puesto que nada podrá hacerse contra quienes no quieran cumplirlas, sean los ciudadanos o los agentes del Estado. Por esta razón cuando se desea conocer el Derecho de un país o de un tiempo, no hay que preguntar tanto por la calidad de las leyes como por la eficacia de su Sistema institucional y, en último extremo, por el temple de los hombres, funcionarios y jueces, encargados de hacerlas cumplir²⁷.

Me referiré a continuación a diversos aspectos relacionados con la ética de los jueces y juezas, advirtiendo que trataré solamente algunos de los que estimo más relevantes; pero no analizaré todos los que usualmente son considerados como parte de la ética judicial. No trataré en particular, por ejemplo, el tema de las relaciones de los jueces y juezas con la prensa, relacionado en cuanto a las informaciones suministradas a esta con la transparencia, pero también con el respeto a la privacidad. Se trata de un tema muy problemático, especialmente en materia penal²⁸. Tampoco haré referencia a los problemas éticos que se pueden presentar con la conducta privada de los jueces y juezas, la cual tiende a ser regulada en el derecho anglosajón y, mucho menos, en el ámbito europeo, lo que lleva a que los principios de Bangalore, influenciados por el derecho anglosajón la regulen, y partan del principio de que los jueces y juezas no solamente deben ser íntegros, sino también deben parecerlo, puesto que estas conductas tienen influencia en la confianza del público en la administración de justicia.

Otro tema también problemático que no trataré, es el del derecho de las partes y las personas abogadas a ser recibidas en privado por los jueces y juezas, lo cual ha ocupado muchas sesiones de discusión en Corte Plena²⁹, estando reglado en el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, dictado por el Colegio de Abogados³⁰, y recogido en un sentido similar en acuerdos de Corte Plena. Sin embargo, el Código de Ética Iberoamericano no se pronuncia claramente al respecto. El problema, tal y como lo dijeron diversos magistrados en Corte Plena, está relacionado con el procedimiento anacrónico y escrito civil que nos rige y que dificulta la comunicación con los jueces y juezas³¹. Se trata de un problema relacionado, por una parte, con el trato personalizado a las personas usuarias y, por otra, con la transparencia y la publicidad en la administración de justicia y la función jurisdiccional, lo mismo que con el derecho de defensa, no solamente del que solicita la audiencia privada, sino con el de la parte contraria.

La independencia judicial, el principio de imparcialidad y el del juez natural, son tres principios fundamentales que rigen la función jurisdiccional. En particular los principios de independencia judicial y del juez natural, pretenden garantizar la imparcialidad de la persona juzgadora.

Uno de los primeros deberes éticos de la persona juzgadora, es mantener la imparcialidad y separarse del asunto, cuando no pueda afirmarse la misma³². Se trata de un principio que, en general, es reconocido por los diversos códigos de ética, recogiendo lo indicado por los instrumentos internacionales de derechos humanos. El principio de imparcialidad de la persona juzgadora, tiene una gran importancia dentro de un Estado democrático y social de derecho, y constituye una de las bases del debido proceso. Por tanto, el interés personal de quien administra justicia en la resolución del asunto, ya sea por el ligamen al caso que debe resolverse o por su relación con las personas que intervienen en el mismo, puede motivar que irrespete en definitiva el ordenamiento jurídico y que, por ello, resuelva de manera arbitraria.

La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004, es importante ya que determina que se deben proteger incluso las meras apariencias, frente a situaciones que, de acuerdo con la experiencia, comprometen la imparcialidad. Este aspecto está relacionado con la legitimación de la función jurisdiccional que se perdería ante la sospecha de la parcialidad en la toma de las decisiones. La garantía de la imparcialidad, al igual que los principios de independencia judicial y del juez natural, ligados a la misma, se establece en beneficio de las personas usuarias del sistema y de la colectividad en general, como garantía del principio de tutela judicial efectiva. Esto queda claro en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, al indicar que la independencia judicial no pretende situar a la persona juzgadora en una situación de privilegio, sino trata de garantizarles a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

La independencia judicial es uno de los principios fundamentales de la función jurisdiccional. En Costa Rica subsisten graves problemas que pueden llegar a afectar la independencia externa, tales como: el sistema de nombramiento y la reelección de las personas que ejercen como magistradas en la Corte Suprema de Justicia. Igualmente subsisten problemas que pueden afectar la independencia interna; por ejemplo, la persistencia del predominio de una organización napoleónica del Poder Judicial³³, la absoluta discrecionalidad que se ha reconocido para nombrar como jueza a cualquier persona que se encuentra en la terna y el secreto del voto en el nombramiento, en contra del principio kantiano de publicidad, las extralimitaciones en el ejercicio del poder disciplinario y el respeto al principio de independencia judicial, etc. Se trata de temas que tienen relación propiamente con la organización del Poder Judicial en sí y no con los deberes de las personas que ejercen como juezas.

Cuando en los códigos de ética judicial en general, se hace mención a la independencia judicial, la referencia es en realidad exclusivamente al deber de la persona jueza de preservar la imparcialidad, resistiendo frente a cualquier interferencia a su independencia. En este sentido, el Estatuto del Juez Iberoamericano indica que "El juez está obligado a mantener y defender su independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional".³⁴

En relación con la ética judicial, es de gran importancia el deber de la persona que ejerce como jueza de dictar una resolución en un plazo razonable. Una justicia tardía implica una gran injusticia. Bien lo indica Alejandro Nieto:

Hay indiferencias procesales que claman al cielo, empezando por el retraso en la tramitación. No es justicia la que se pronuncia a los trece años de haberse sido solicitada: se ha pedido pan y se reciben piedras. ³⁵

Precisamente la mayor preocupación que tienen las personas usuarias de la administración de justicia costarricense, es al del retardo en la toma de las decisiones judiciales. Esto se refleja en el resumen ejecutivo de evaluación de la reforma judicial, correspondiente a los años 1998 a 2002, en donde las peores calificaciones en una encuesta que se realizó, correspondieron a la duración de los procesos. Se dice que de acuerdo con una escala de 1 a 5, en donde 1 es muy mal y 5 muy bien, la percepción de los jueces y juezas fue en promedio 2,5 (entre malo y regular) y la de los abogados litigantes de 1,5 (entre muy malo y malo). Se concluyó en la evaluación que la prontitud de los procesos judiciales es mal evaluada por los servidores judiciales, los abogados litigantes y las partes de las causas.

Lo anterior se refleja también en las quejas que se presentan ante la Contraloría de Servicios del Poder Judicial, en donde en el 2005 las quejas por retardo fueron las más frecuentes, representando el 43% de las quejas. La suma de quejas por retardo ascendió a 2071, de las que en 1094 se consideró que eran justificadas, lo que representa un 52,82%. Mientras que en 953 se consideró que el quejoso no llevaba la razón, o sea en un 46,01%. En los asuntos restantes no existieron elementos suficientes para emitir un criterio. El retardo en la justicia es particularmente problemático, y resulta que frecuentemente, por ejemplo en materia civil, se desiste de presentar una demanda civil, considerando los años que tardará en ser resuelto el asunto, lo mismo que los costos que ello implicará³⁶.

Debe reconocerse, como lo expresé antes, que el atraso en los procesos no necesariamente implica un quebranto a la ética judicial, en cuanto falta imputable al juez o jueza. Esto no significa que la falta de resolución en un plazo razonable, no implique un mal funcionamiento del servicio público y, por tanto, que genere responsabilidad estatal.

En cuanto a los atrasos en la tramitación de los asuntos, se presentan las prácticas dilatorias con que en ocasiones incurren las personas litigantes, favorecidas por la legislación procesal civil anacrónica, unido a las dificultades que tiene el sistema para tratar los asuntos, cuando una de las partes no quiere jugar con las reglas del juego, actuando en contra de principios de lealtad³⁷.

Al respecto en el Poder Judicial se elaboró un estudio de las prácticas dilatorias. La existencia de estas prácticas en un asunto concreto, no libera al juez del deber de prevenir estas prácticas y de actuar en contra de las mismas, evitando la dilación del asunto. De esta manera, el Estatuto del Juez Iberoamericano establece como parte del deber de resolución en un plazo razonable, la sanción de las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes³⁸. Se trata de un asunto que no deja de tener dificultad, ya que implica el deslinde entre el ejercicio del derecho de la parte respectiva y el abuso del derecho. De esta forma, resulta que en la duda debe partirse del primero.

Los órganos administrativos del Poder Judicial con frecuencia se preocupan solamente por las estadísticas judiciales que reflejan solamente aspectos cuantitativos, pero no cualitativos. Se olvidan que la justicia no debe ser solamente pronta, sino también cumplida³⁹. Esto ha contagiado a muchas personas que ejercen la potestad jurisdiccional, y a las que les son indiferentes el respeto del

debido proceso y la búsqueda de una solución equitativa al conflicto que deben resolver, puesto que lo único que les interesa es resolver el asunto de la manera más fácil y rápida posible, de modo que desaparezca del circulante del despacho.

La ética judicial debe exigirles al juez y jueza que tengan interés en resolver los asuntos adecuadamente. El Estatuto del Juez Iberoamericano, al formular el principio de equidad, indica que en la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables, sin menoscabo del estricto respeto de la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos. El Código de Ética Iberoamericano hace referencia también a la importancia de la equidad dentro del respeto del derecho. Como lo indica Piero Calamandrei, no debe quererse saber nada de los jueces de Montesquieu, hechos de pura lógica, sino se necesitan jueces con alma que sepan llevar con humano y vigilante empeño, el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia⁴⁰.

Es cierto que las personas que ejercen como juezas, están protegidas por la independencia judicial, lo que hace que en general el contenido de sus resoluciones, no pueda ser controlable disciplinariamente⁴¹. Sin embargo, esta situación no los releva del deber de dictar sus resoluciones no solamente en un plazo razonable, sino también de manera eficaz y justa, tal y como lo indican los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial y el Código de Ética Iberoamericano. La indiferencia de la persona juzgadora, por más difícil que sea su control, no es conforme a la ética judicial.

La idoneidad de las personas juezas para el dictado de resoluciones equitativas dentro del marco legal, exige la capacitación no solamente inicial, sino también continua. El deber de capacitación inicial y continua, correlativo al deber del Poder Judicial de otorgarla, es establecido en general en los códigos de ética judicial, conduciéndonos a la función que cumple la Escuela Judicial costarricense.

Los principios de Bangalore indican, con razón, que garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal, es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales⁴².

Debe tenerse en cuenta que el respeto a la dignidad humana en la función pública, exige la igualdad de trato, incluyendo dentro del mismo, la realización de los postulados del Estado social.

Todos los seres humanos tienen una misma dignidad. Esto prohíbe el trato discriminatorio. Por otra parte, exige la consideración de las condiciones especiales de cada persona usuaria, las cuales compensen situaciones de desigualdad. Lo anterior puede deducirse de los principios de Bangalore, ya que indican que el juez debe ser consciente y debe entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de diversas fuentes⁴³.

De acuerdo con mi criterio, este debe influir el trato que se debe dar a las personas menores de edad, a las personas adultas mayores, a las personas que tienen una discapacidad, a las personas víctimas de violencia intrafamiliar, a las personas que pertenecen a pueblos indígenas, a las personas que tienen problemas de pobreza, etc. Todas estas personas deben recibir un trato especial que atienda sus condiciones particulares, partiendo de que el principio de igualdad implica tratar igual frente a situaciones iguales; pero el trato diferenciado frente a situaciones en donde los usuarios tienen condiciones diferentes.

Todo esto tiene gran importancia en la función jurisdiccional, en materias como la penal y la de violencia doméstica, ya que se debe evitar una segunda victimización. En la Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el ámbito iberoamericano, lo mismo que en el proyecto de Ley de Estatuto Costarricense, que mencioné antes, en cuanto se basa en dicha Carta, se establece una amplia regulación de la protección que la justicia otorga a los más débiles.

Una consecuencia del principio de dignidad de la persona humana, es el trato digno que se debe dar a todas las personas. Por ejemplo, los principios de Bangalore hacen referencia al deber de la persona juzgadora de ser paciente, digna y cortés con los litigantes, los jurados (en los países en donde existen), los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su carácter oficial.

El trato denigratorio de la dignidad humana y, por tanto, inadmisibles, desgraciadamente no ha faltado en el fundamento escrito de las sentencias costarricenses o bien en la motivación verbal que se ha dado, cuando se comunica la parte dispositiva en asuntos penales⁴⁴. Sin entrar a analizar si en el caso concreto se le dio o no un mal trato a alguna de las partes, es lamentable que la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto 4251-2002 del 3 de mayo de 2002, haya indicado que no es sancionable en la vía disciplinaria, el mal trato que se habría dado a una de las partes en el juicio oral y público, ya que se trata de un aspecto protegido por la independencia judicial⁴⁵. Esta forma de concebir la misma, debe ser rechazada.

Las personas que se desempeñan como funcionarias públicas, incluyendo dentro de estas a las que ejercen la labor jurisdiccional, con frecuencia olvidan el deber de respetar la dignidad humana, de modo que prestan un servicio deshumanizado, retrazando sin razón valedera, la atención al público, lo mismo que el dictado de las resoluciones administrativas o judiciales.

La Contraloría de Servicios del Poder Judicial en el 2005, tramitó 306 quejas por trato inadecuado, de las cuales 49 se encontraron justificadas y 43 injustificadas. No existieron suficientes elementos para determinar si hubo falta en 214. En el resumen ejecutivo de la Reforma Judicial 1998-2002, de acuerdo con la encuesta realizada que en una escala de 1 a 5, 1 es muy mala y 5 muy buena, se indicó

que la percepción global sobre el servicio de atención a los usuarios, fue de 3,07 (regular), existiendo una notoria diferencia entre los jueces (promedio 3,2), los abogados litigantes (promedio 2,2) y las partes (promedio 2,7). Así se concluyó que la cantidad de la calidad de la atención a los usuarios, no había mejorado en el período 1998-2002.

Además, la falta de puntualidad de la persona juzgadora en la realización de las audiencias; por ejemplo, por su llegada tardía al despacho, no es infrecuente, puntualidad que sí se exige con vehemencia a las partes. Un grave problema es la falta de programación de los juicios penales orales, de modo que se atiende solamente la comodidad del despacho, obligando que los testigos estén disponibles para el Tribunal, cuando este lo requiera, sin darles ninguna explicación y amenazándolos con la detención, si no llegan o se marchan. Esta situación provoca que los testigos tengan que esperar horas en una sala de espera sin acondicionamiento adecuado⁴⁶.

Con frecuencia las personas funcionarias públicas rinden su servicio bajo la consideración de que se trata de un favor que rinden a las personas usuarias, quienes deben soportar con estoicismo todo tipo de vejámenes y retrasos, bajo el temor de que si presenta una queja, por ejemplo a la Contraloría de Servicios respectiva o al órgano disciplinario, como la Inspección Judicial, se puede agravar su situación, de acuerdo con el criterio de que “el reclamo de los derechos” se termina pagando.

Todo esto se une al exceso de formalismos, propio de una prestación del servicio burocratizada, lo que no ha podido ser evitado con leyes como la de simplificación de los trámites administrativos. Como bien lo afirma Piero Calamandrei:

El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro de hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un ‘expediente’, es, una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquel enorme cúmulo de papeles sobre el escritorio y sólo trata de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, su vecino de oficina, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro⁴⁷.

La concepción burocratizada en definitiva motiva que no se persiga la resolución del asunto, garantizando los derechos del usuario, sino más bien, como lo indica Calamandrei, simplemente trata de deshacerse del asunto pasándolo a otra oficina. En general todos hemos vivido situaciones en donde nos remiten de una oficina a otra, y la última de ellas nos envía de nuevo a la primera. Esto se refleja en materia judicial con las constantes declaratorias de incompetencia que se declaran, en donde los diversos tribunales discuten con gran vehemencia que el asunto no debe ser resuelto por ellos.

Por estos motivos, la concepción burocratizada produce un exceso de formalismos y que estos cumplan un fin en sí mismos. Entre las debilidades detectadas en el Plan Estratégico del Poder Judicial para el período 2006-2010, se hizo referencia a la mala atención de las personas usuarias, a través de una tramitación ritual ajena a ellas. En ocasiones, parece que en las oficinas administrativas o judiciales, se trata simplemente de prolongar el asunto, sin llegar en definitiva a resolverlo. Esta burocratización favorece la práctica de la corrupción, para el aligeramiento de los asuntos y la superación de los obstáculos formales, lo que es frecuente en numerosas oficinas públicas y no pueden considerarse exentas las judiciales.

Dentro de la función pública, es de gran importancia también el principio de publicidad que envuelve la prohibición del secreto, de acuerdo con la formulación kantiana, relacionada con la transparencia⁴⁸, la búsqueda de la probidad en la función pública y el combate en definitiva de la corrupción. Immanuel Kant formuló en el apéndice al ensayo “La paz perpetua”, el principio de publicidad como una máxima no solamente ética, sino también jurídica, considerándola como un objeto trascendental del derecho público. Immanuel Kant condenó el secreto de los actos de gobierno, defendiendo la publicidad, es decir, las reglas que obliguen al Estado a rendir cuentas de sus decisiones⁴⁹. También indicó “Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas si su máxima no admite publicidad”. Y agregó:

En efecto, una máxima que no puedo manifestar en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que tiene tales consecuencias las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta el derecho de los demás⁵⁰.

En definitiva, según Kant, tal y como lo indica Norberto Bobbio: “el mantener en secreto un propósito, o un pacto, o si fuese posible cualquier disposición pública, es ya de por sí una muestra de su ilegalidad”⁵¹. De acuerdo con la importancia del principio de dignidad de la persona humana en la ética de la función pública, debe estimarse que el principio de publicidad y la prohibición del secreto, con su carácter procedimental, tienen un carácter instrumental para el resguardo del principio de dignidad de la persona humana, garantizando que la función pública sea ejercida efectivamente en función de la tutela de los derechos de las personas, y garantizando el principio de imparcialidad u objetividad, lo mismo que el trato digno e igualitario.

Con base en la garantía de la imparcialidad u objetividad en la función pública, es fundamental la transparencia en la misma, para lo cual son importantes los controles que ejercen la Contraloría General de la República y la auditoría de la institución respectiva. Al respecto tiene importancia la Ley General de Control Interno, lo mismo que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Además, debe darse una política de rendición de cuentas, a lo que hace mención esta última ley, desarrollando lo establecido por el artículo 11 de la Constitución Política, según la reforma introducida en el año 2000⁵².

Un postulado básico de la función pública, es la garantía de la probidad en el ejercicio de la misma. Con respecto a ello, los principios de Bangalore indican que la integridad es esencial para el desempeño correcto de las funciones judiciales, por lo que debe estarse por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la corrupción carcome la igualdad de trato y la imparcialidad u objetividad de la función pública y, con ello, el principio de dignidad de la persona humana. La función judicial no está exenta de problemas de corrupción y, aunque no han sido frecuentes las denuncias de corrupción, no han dejado de faltar⁵³.

A pesar de que no debe sobrevalorarse el papel del Poder Judicial en el combate contra la corrupción, en la función judicial además la corrupción favorece la corrupción en la función pública en general, ya que los funcionarios corruptos se dan cuenta de que pueden actuar impunemente.

La ética judicial ha sido una de las preocupaciones del Poder Judicial costarricense⁵⁴. Como se dijo, se aprobó en su momento el Código de Ética Judicial. Por otro lado, la Comisión de Valores del Poder Judicial se ocupa de la ética judicial como uno de sus temas prioritarios⁵⁵.

Aunque debe reconocerse que con frecuencia en esa comisión, se llega a confundir el tema de los valores propios de la ética judicial con los valores religiosos⁵⁶, lo que es improcedente.

La ética judicial es uno de los temas que, en la Escuela Judicial, ha ocupado un lugar fundamental en la capacitación judicial⁵⁷. No es por ello casualidad que para el cierre de las actividades de celebración del XXV Aniversario de la Escuela Judicial, se haya decidido impartir una conferencia sobre ética judicial. El Programa de Formación Básica para Jueces y Juezas, que se ha empezado a impartir en agosto de 2006 y que constituye el programa más ambicioso y de más importancia que ha emprendido la Escuela Judicial, tiene como uno de sus ejes transversales, la ética judicial que impregna de este modo todos los cursos⁵⁸. Asimismo, el curso de “La Función Jurisdiccional en el Estado Democrático y Social de Derecho”, puede ser considerado en definitiva como un curso de ética judicial, ya que abarca los principales aspectos que en general se han considerado como parte de esta.

Si se quisiera resumir en un párrafo todo lo expuesto anteriormente e indicar cómo debería ser un juez o una jueza, bastaría acudir al perfil al que aspira el Programa de Formación Básica en la justificación del Programa:

[...] tendrá como rasgos esenciales ser independiente e imparcial en su función, conocedor/a de la realidad socio-económica y cultural del ámbito en el que actúa y consciente de su responsabilidad como servidor/a público/a, tanto a nivel personal como profesional. A partir de una bien definida sensibilidad humanista y democrática, estará provisto/a de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para actuar en resguardo de los principios rectores que fortalecen la dignidad humana, en el marco del debido proceso y en procura de una resolución pronta del caso concreto, sin demérito de su calidad y adecuación, y para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico con un alto grado de equidad⁵⁹.

REFLEXIONES SOBRE LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Elías Carranza Lucero

Ante todo agradezco en el nombre del ILANUD y en el mío propio, a la Escuela Judicial por haberme invitado a expresar estas palabras, y a todos y todas por la deferencia de escucharme.

Ojalá las reflexiones que yo pueda manifestar, sean útiles para los objetivos de la Escuela, o para agregar algún elemento de análisis a las reflexiones que, muy posiblemente, en algún momento, todas y todos nos planteamos sobre el tema de impartir una justicia justa.

Recuerdo cuando era estudiante en la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Rosario que, entre otros textos, leíamos y analizábamos en La República de Platón, el diálogo que él refiere de Sócrates con Trasímaco, por medio del cual, Sócrates, utilizando su método de la mayéutica, procuraba arribar al concepto de Justicia.

Sócrates o Platón por boca de él, sostenía que la justicia es la virtud esencial y suprema del Estado, que debe organizarse enteramente según ella, y que el Estado ideal es aquel en donde predomina la justicia. Sin embargo, Trasímaco indicaba que la justicia no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte (Platón, República: I, 338c; 344c). Y en el análisis académico que realizábamos del texto en las aulas de los años setenta, Trasímaco salía siempre muy mal parado, en una posición algo así como de necio, o de defensa de los tiranos.

En aquel entonces, se vivía en Argentina una sucesión de dictaduras militares que derrocaban a los gobiernos civiles, y de nuevas dictaduras militares que derrocaban a las anteriores. Esta realidad era bastante similar en toda América Latina, con la rara excepción de Costa Rica. Por mi parte, yo trabajaba en un juzgado de instrucción criminal, investigando delitos y, paralelamente, realizaba investigaciones de sociología criminal, tratando, entre otros asuntos, de medir a quiénes se condenaba o a quiénes se sobreseía o absolvía.

No conforme con el tipo de análisis e interpretación del diálogo socrático que realizábamos en el aula, garrapateé entonces un breve borrador de un trabajo —nunca terminado— en donde había interpretado que las posiciones de Sócrates y Trasímaco, no eran contradictorias, sino complementarias. Por ejemplo, Trasímaco planteaba un análisis sociológico de la realidad material de la justicia de su tiempo, del derecho como hecho, anticipándose a las investigaciones de la sociología del derecho y de la sociología criminal de nuestro tiempo. Mientras que Sócrates procuraba arribar a un concepto de derecho natural, y de la justicia y el derecho como deber ser.

Luego conocemos la historia, corroborando la lectura que Trasímaco hacía acerca de la justicia en acción. Por sus diálogos e ideas Sócrates fue considerado incurso en el delito de asebeia y fue condenado a muerte por la justicia de los más fuertes de su tiempo. Asebeia era algo así como el delito de impiedad o irrespeto hacia los dioses; parecido a la “herejía” por la que también, muy posiblemente, hubiera sido condenado a muerte, si hubiera vivido unos siglos más tarde en el Medievo o en los primeros siglos de la Edad Moderna; o por “las ideas subversivas”, si hubiera vivido en la América Latina de los años setenta u ochenta.

Las diferencias se presentan entre el derecho natural, el derecho positivo y el derecho como hecho y la práctica del derecho que depende no solo de la ley, sino también de las condiciones políticas, sociales y económicas de cada época, de los poderosos de cada tiempo y de los jueces y juezas, de la interpretación que hagan del derecho, y de sus virtudes éticas que para Aristóteles y para muchos pensadores posteriores, son las virtudes que se desenvuelven en la práctica, y que sirven para la realización de la vida en el Estado: la justicia, la amistad, el valor...

En la materia ética juvenil, el ILANUD colaboró en la década de los noventa con el Consejo de la Judicatura de Bolivia, en la elaboración de un anteproyecto de código de ética. El experto designado para preparar el borrador, fue el Dr. Fernando Cruz. Su trabajo dio origen a una publicación y don Fernando resume en su introducción, lo que estamos tratando de expresar: la ética judicial es una constelación en la que no solo se incluyen valores y conductas, sino que se contemplan las condiciones sociales y políticas que aseguran la independencia, interna y externa, del Poder Judicial (Cruz 1999: 2). Dos elementos importantes que condicionan la conducta y las decisiones de los jueces y juezas en su función jurisdiccional, son sus valores y la realidad material, social y política que eventualmente se sobrepone a su independencia, produciendo un fallo injusto.

Me atrevería a esbozar una clasificación —sujeta a revisión y profundización— de las posibles causas por las que los jueces o juezas pueden incurrir en decisiones injustas, ya sea en materia civil o en materia penal (entendiendo por civil todo lo no penal):

Por error:

1.1 Por error o falta de información en cuanto a los hechos.

1.2 Por error o mala interpretación del derecho.

2. Por falta de independencia:

2.1 Por amenazas graves.

2.2 Por temor reverencial frente al poder.

2.3 Por falta de estabilidad laboral que, a su vez, comprende múltiples factores, tales como: una remuneración digna, la estabilidad que proporciona la carrera judicial, y un adecuado régimen jubilatorio.

3. Por corrupción:

Y deberíamos agregar una cuarta causa que sería:

4. Porque la ley sea injusta:

Solo señalamos esta causa para completar nuestro esbozo de clasificación, aunque no la analizaremos en este momento, porque correríamos el riesgo de entrar en un arcano profundo del derecho natural, la axiología y la filosofía del derecho que posiblemente nos desviaría del tema que tenemos asignado. Pero dejamos señalado este punto, ya que es importante.

Nos limitamos entonces a las tres primeras causas por las que los jueces y juezas pueden producir fallos injustos. En cuanto a la primera, diríamos que el error de hecho o de derecho no se trataría de un problema ético, sino primordialmente de la necesidad de capacitación para la investigación jurídica. Y en el caso específico de la materia penal, sería también un problema en gran medida de criminalística. Por tanto, dejemos este tema también de lado.

Las causas segunda y tercera (falta de independencia y corrupción) son las que tendrían que ver con la ética en la función jurisdiccional.

Como bien observamos en el párrafo citado de Fernando Cruz, la falta de independencia puede provenir de causas internas o externas al Poder Judicial. Además se han señalado diversos factores que atentan contra ella, que consideramos han afectado y afectan, en mayor o menor medida, la independencia de jueces y juezas en los países de América Latina y en países de otras regiones del mundo.

Respecto de las amenazas graves, emociona el caso de los jueces italianos, Paolo Borsellino y Giovanni Falcone, quienes resistieron las amenazas; desempeñaron su función a cabalidad, y pagaron su vida por ello. Y emocionan los numerosos casos similares de jueces, juezas, fiscales y defensores que, en los países de América Latina, hicieron lo mismo en casos de terrorismo de estado y de criminalidad transnacional. Sin embargo, son tantos que no podemos ya nombrarlos, porque no recordamos sus nombres.

Por otra parte, cuando sucede un temor reverencial frente al poder, en las sociedades de clases que presentan una abrupta estratificación social y están militarizadas en muchos casos, aunque los ejércitos hayan cedido el gobierno a civiles y se disponen los controles de la economía en pocos monopolios u oligopolios transnacionales, en tales situaciones el temor reverencial, indicábamos, produce el mismo efecto debilitador de la independencia de los jueces que la amenaza, sin que esta exista.

En cuanto a la falta de independencia de la judicatura originada en estabilidad laboral, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, adoptó los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, los cuales fueron adoptados a su vez y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

Los principios tienen un capítulo titulado: Condiciones de servicio e inamovilidad que, entre otros asuntos, establece que la ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas (art. 11). Asimismo, establece que se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos [...] (art. 12). Y agrega que el sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia (art. 13).

Los principios se refieren además a otros temas importantes para jueces y juezas, tales como: su selección y formación, su inmunidad, el procedimiento en los casos excepcionales de medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo, y su libertad de expresión y asociación.

Aristóteles en su Política recoge la idea de Platón, en cuanto a la Justicia como función primordial del Estado, y por su parte, introduce su división de la Justicia, en justicia distributiva que consiste en distribución de honores, de fortuna, y de todas las ventajas que puedan alcanzar los miembros de un Estado, y justicia correctiva o conmutativa (bilateral o sinalagmática) que regula las relaciones de unos ciudadanos con otros, tanto voluntarias como involuntarias. En esta última tarea, los jueces y juezas tienen una función muy importante que cumplir. Por su parte, la justicia distributiva tiene lugar por medio del poder administrador, del legislativo, y sobre todo, surge en

nuestro mundo contemporáneo de economías de mercado y de mercados financieros, a través de tales estructuras de mercado, nacionales e internacionales.

Regresando entonces nuevamente a nuestro tiempo, ocurre que ambas justicias, la distributiva y la correctiva o conmutativa —la distributiva y la judicial, diríamos hoy— están siendo cuestionadas de falta de legitimidad, sobre todo en los países denominados en vía de desarrollo”, o de medianos y bajos ingresos como prefiere llamarlos, creo que en esto acertadamente, el Banco Mundial (World Bank 2005: 28; 2000: 335). Los principales cuestionamientos se refieren a la falta de eficacia y a la discriminación.

Comenzando por la justicia judicial, posiblemente el indicador más utilizado para medir su falta de eficacia, tanto en materia civil como en materia penal, es la mora en alcanzar cosa juzgada. Suelen pasar muchos años hasta que llega la decisión judicial y, con frecuencia, esta llega cuando las partes o una de ellas ha muerto, o, en el caso de la materia penal, cuando se ha excedido en prisión preventiva el tiempo máximo de pena prevista por la ley. En el caso de la justicia penal, se le reclama también que no logra reducir el delito —reclamo injusto, porque esa no es su función— y se le reclama por la impunidad de los delitos de los poderosos —las cifras doradas de la criminalidad— Este reclamo sí tiene fundamento, si bien el grado de impunidad varía entre los países, y Costa Rica sería el país de América Latina con mejor o menos mala situación en este punto, en donde también se mide de la mano de la impunidad y la discriminación.

Independientemente del juicio ético que pudiera hacerse sobre la conducta individual de los jueces o juezas, en cuanto a discriminación en sus fallos, la sociología del derecho ha demostrado que cuando hay desequilibrio de poder entre las partes, el sector con mayor poder tiene mayores probabilidades de ganar el pleito. Además, en el caso de la justicia penal, este sector dominante tiene mayores posibilidades de salir impune, evadiendo la acción de la justicia en alguna de las etapas del llamado “embudo de la justicia penal”, que representa el flujo de casos en donde se observa cómo, a lo largo de las sucesivas etapas, muchas personas imputadas y procesadas van en encontrando escape, mientras permanecen en él y finalmente son condenadas las de menor poder.

Esta situación ha sido medida por la criminología desde hace mucho tiempo, tanto en países de altos como de mediados y bajos ingresos. También ha sido medida sobre todo en la etapa de ejecución de las condenas a prisión, verificando que, de manera muy desproporcionada, quienes reciben sanción y purgan cárcel son personas de clase baja y excluidas, mientras las cifras doradas de la criminalidad evaden la acción de la justicia.

¿Y en cuanto a la justicia distributiva que en la definición de Aristóteles preside la división de las reservas comunes y de los bienes en cuanto tal división debe ser hecha según la contribución que cada uno aporta a su producción? (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 4, 1131 b 25).

La información de los organismos especializados en hacer ese tipo de medición — el Banco Mundial y la Comisión Económica para América Latina CEPAL— nos han informado desde hace ya muchos años, que la distribución es cada vez más injusta e inequitativa, tanto entre los países de altos ingresos y los de mediados y bajos ingresos. En esta última, se clasifican todos los de América Latina— como su interior. En esta materia es conveniente manejarnos con las mediciones de los organismos especializados, porque de esa manera se evitan discusiones ideológicas innecesarias o meramente de palabra que tanto confunden.

Respecto de la inequidad en la distribución del ingreso en los países de la región, CEPAL en su informe 2005 indica textualmente que:

La evolución de los índices de desigualdad en los últimos trece años da cuenta de la tendencia convergente de los países hacia una acentuación de la inequidad en la distribución del ingreso. Esta tendencia se manifiesta incluso en las economías que históricamente habían mostrado los niveles más bajos de desigualdad de la región, que han ido perdiendo paulatinamente las conquistas logradas en este terreno. Por consiguiente, en la actualidad una alta proporción de países se ubica en los estratos alto y muy alto de desigualdad de la distribución del ingreso¹.

Ahora bien, la inequidad al interior de los países debe verse, a su vez, dentro de un contexto mundial en donde, como informa el Banco Mundial también textualmente: “el promedio del ingreso en los 20 países más ricos es 37 veces más alto que en los 20 países más pobres; una brecha que se ha duplicado en los últimos 40 años” (y que continúa ampliándose) (World Bank, 2000: 3).

En síntesis, a lo largo de los años se agiganta la inequidad o la injusticia de la justicia distributiva internacional, y se acrecienta también la inequidad o la injusticia de la justicia distributiva al interior de los países de América Latina y de los países de medianos y bajos ingresos en general, con sus efectos deletéreos en todas las áreas sociales. Los organismos especializados de las Naciones Unidas, nos informan sobre estas situaciones.

La universalización de la educación depende de la adecuada distribución del ingreso, como lo explican la UNESCO y UNICEF. La universalidad de los programas de salud, depende de la adecuada distribución del ingreso, como lo revelan la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud. Es el mismo caso de la universalización de la alimentación, como lo expresa la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO). También la universalidad del acceso a la justicia judicial depende, en buena medida, de la equitativa distribución del ingreso, o sea de la existencia de una justicia distributiva justa.

La universalidad del acceso a todos los ámbitos nombrados de bienestar social, vendría a ser lo que hoy se denomina “desarrollo humano” o “desarrollo humano integral”. En ciencias sociales, incluyendo la economía, como es difícil cambiar la realidad, frecuentemente cambiamos las palabras, muchas veces de buena fe.

Retomando la clasificación que nos atrevimos a esbozar sobre las posibles causas por las que los jueces o juezas pueden incurrir en decisiones injustas, indicaríamos ahora que, a pesar de todo lo que siempre cabe mejorar, no es casual que comparativamente entre los países de las Américas, Costa Rica tenga un sistema de justicia con jueces y juezas más capacitados que otros, y menos susceptibles a errores de hecho o de derecho, y que tenga jueces y juezas con mayor independencia frente al poder, los cuales generan menor impunidad; una justicia más transparente, con menor corrupción, o sin corrupción institucionalizada, con menor mora; en definitiva, un sistema de justicia judicial más justo (o menos injusto).

Asimismo, Costa Rica ha venido desarrollando un sistema de justicia judicial más justo, porque este ha sido parte de una sociedad que cuenta con un sistema de justicia distributiva también más justo. No conocemos en el amplio espectro de la comunidad internacional, un país con grave injusticia distributiva que tenga un buen sistema de justicia judicial, o de justicia correctiva, diríamos utilizando ahora el vocablo de Aristóteles.

En los países que adolecen de grave injusticia distributiva, los sistemas de justicia judicial están integrados por personas, cuya verdadera función no es corregir la inequidad del sistema de justicia distributiva, sino legitimarlo. Y considero que este ha venido siendo y será en los años venideros en todos los países de la región, un asunto de la mayor importancia en materia de ética en la función jurisdiccional: cómo dictar justicia justa en situaciones de grave desequilibrio de poder entre las partes y en contextos sociales de grave injusticia distributiva.

Por último, teníamos el caso de las sentencias injustas originadas por la corrupción de los jueces o juezas a cargo, el caso más grave de falta de ética en la función jurisdiccional, que entra en la categoría de delito y que merece —creo que coincidiremos en ello— la pena más severa.

En todos los trabajos y funciones sociales, aún en los realizados con vocación, que en una sociedad ideal deberían ser todos, corremos el riesgo de burocratizarnos, sobre todo cuando la demanda de la función en razón del alto número de casos, es muy grande. Les ocurre a quienes realizan una función mecánica; les sucede también a quienes trabajan en salud en las salas de terapia intensiva, y les ocurre a quienes tienen a su cargo la función de dictar justicia. Son seres humanos, y las exigencias de nuestra sociedad global con su celeridad en las comunicaciones, y las de nuestra sociedad de consumo con su frenesí y sobrecarga laboral, son muy grandes. En tales condiciones, es comprensible que jueces o juezas puedan dictar un fallo burocrático, un fallo equivocado, un fallo injusto, pero no un fallo doloso o un fallo por corrupción.

Las partes y la sociedad entera, depositan en el juez o jueza, la confianza de decidir con imparcialidad la verdad de acuerdo con el derecho, de decidir la razón, la justicia y de decidirla con frecuencia en situaciones de grave debilidad de una de las partes que tal vez tiene razón; pero tiene pocos recursos para defender su derecho ante una justicia cara y demorada. Además, en lugar de encontrar un juez que haga justicia imparcial, encuentra alguien que se aprovecha de su situación para robarle. Considero que el caso de las juezas o jueces corruptos es, sin duda, el de mayor gravedad y merece la mayor sanción penal.

En los últimos años, el tema de la corrupción ha trascendido las fronteras y se ha transformado en un tema de la comunidad internacional. Al respecto la Organización de Estados Americanos aprobó el 29 de marzo de 1996, la Convención Interamericana contra la Corrupción, y la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 2 de noviembre de 2003, aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que también entró en vigor luego de su ratificación por el número requerido de los Estados parte.

La corrupción en gran escala a nivel transnacional, perjudica especialmente a los países de medianos y bajos ingresos, por cuanto los dineros mal habidos, siguiendo las leyes de la economía, buscan las plazas seguras y se depositan mayormente en los países de altos ingresos. Esta situación se encuentra explicada en detalle entre otros por el premio Nobel de economía y ex vicepresidente del Banco Mundial, Joseph Stiglitz (2002).

La preocupación de los países de medianos y bajos ingresos por este punto, se refleja en el texto de la Resolución 58/4 de las Naciones Unidas, del 21 de noviembre de 2003 (quincuagésimo octavo período de sesiones) que aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y dice textualmente que los países miembros están Preocupados [...] por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados. Asimismo, reitera frases similares en numerosos párrafos de sus considerandos y del texto de la convención, refiriéndose siempre a la necesidad de la devolución de los activos a los países de origen.²

En el curso de los últimos veinticinco años, surgieron numerosos casos graves de corrupción por parte de funcionarios públicos en países de bajos, medianos y altos ingresos de las Américas. Es difícil de concebir que presidentes de la República, ministros o ministras, personas a quienes nada les falta y que llegan a ocupar cargos a los que alcanzan muy pocas personas en una generación; que han sido elegidos con esperanza por sus pueblos, en países donde hay tantas necesidades extremas, en lugar de empeñarse en pasar a la galería de la historia como el mandatario más probo, más honesto; que hizo la mejor labor de gobierno para su país, se dediquen a robar.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo segundo, inciso a) define que a los efectos de la presente Convención por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte.

En esta materia, las juezas y jueces tienen, por una parte, la obligación de no abusar del poder que la función jurisdiccional les confiere. Por otra parte, como las funcionarias y funcionarios de los ministerios públicos y organismos de investigación judicial de Costa Rica y de los países de la región, tienen la responsabilidad ética de ejercer sus funciones investigaciones y judiciales, en estos casos de corrupción en la función pública con el mayor empeño y esmero, para evitar la impunidad y sancionar a quienes cometen estos delitos que tanto daño les causan a nuestros países.

Con esto finalizo, agradeciendo nuevamente a la Escuela Judicial y a todos y todas, la deferencia de haberme escuchado.

BIBLIOGRAFÍA

CEPAL, 2005. Panorama Social de América Latina 2004. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.

CRUZ Fernando. 1999. Anteproyecto de Código de Ética y diseño de una estrategia Preventiva. Consejo de la Judicatura de Bolivia. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. ILANUD, San José.

NACIONES UNIDAS, 2003. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

1985. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Asamblea General Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre, y 40/146 del 13 de diciembre.

OEA, 1996. Convención Interamericana contra la Corrupción.

PLATÓN. 1963. República. EUDEBA. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

STIGLITZ, Joseph, 2002. El malestar en la globalización. Taurus, Madrid.

WORLD BANK, 2005. World Development Report 2006. Equity and Development.

2000. World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty. Oxford University Press, New York.

PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIONES DE LOS SISTEMAS PROCESALES FAMILIARES EN EL DERECHO COMPARADO

(Un primer acercamiento a una teoría general del derecho procesal de familia)

Diego Benavides Santos

INTRODUCCIÓN

Las ideas fundamentales de este trabajo son cuatro. La primera comprende la existencia de una categoría esencial en la ciencia del derecho que se denomina derecho procesal de familia. La segunda idea consiste en que dicha categoría esencial, se debe desarrollar a partir de la búsqueda de una teoría general. La tercera indica que el primer ejercicio que se debe realizar para la construcción de dicha teoría general del derecho procesal familiar, es un periplo por el derecho comparado. La cuarta idea expresa que debemos medir el grado de avance en los sistemas procesales familiares por el grado de sofisticación y del cumplimiento de objetivos, respecto a los derechos humanos en la solución de conflictos en las estructuras familiares.

En relación con la primera idea, es claro que desde hace algún tiempo, se han dado esbozos de este planteamiento, es decir, sobre la existencia de un derecho procesal de familia. Encontramos por ejemplo en el conjunto del derecho salvadoreño, la idea muy consolidada al punto de que observamos en los planes de estudio de la carrera de Derecho, una materia con ese nombre. Igual ya habíamos visto el planteamiento en el Congreso de 1992 que se realizó en San Salvador, en donde hubo conclusiones al respecto.

Por otra parte, documentos como el Proyecto Tipo de los Estados Unidos Mexicanos del Código de Procedimientos Familiares del profesor Julián Güitrón Fuentecilla, lo dan por sentado, igual que percibo en la red, una tendencia en ese sentido en el estado de Sinaloa. No obstante, acá surge la segunda idea. Dicha categoría esencial del derecho procesal de familia debe desarrollarse a partir de una teoría general, es decir, válida no solo para El Salvador o para México, sino que tiene aplicación para la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, para no decir que para todos. Y ahí entramos con la tercera idea.

En esa construcción de dicha teoría general del derecho procesal de familia, lo primero que se debe hacer, es una exploración por el derecho comparado, no solo en cuanto a la familia del derecho continental europeo, sino que deben incluirse a los sistemas de todo el mundo para buscar constantes, tendencias y excepciones.

Ahora bien, haciendo una retrospectiva dentro de las manifestaciones del derecho comparado, en cuanto a la evolución de los sistemas procesales familiares y viendo también hacia el futuro, podríamos categorizar en “generaciones” dichos progresos, idea en la que deseo detenerme posteriormente.

He dedicado mis esfuerzos en los últimos años a perfilar estas ideas. Primeramente, he preparado documentos a partir del derecho de mi país, con artículos como El recurso de casación y el sistema de derecho procesal de familia (1996); Los procesos familiares (1997); ¿Cómo son y cómo deberían ser los juicios de familia? (2002); y Apuntes para un derecho procesal de familia comparado: el caso de Costa Rica (2002).

Sin embargo, cuando me enteré de la ponencia de Meulders y Miki, presentada en el 2003 en el Congreso de Derecho Procesal de México, encuentro esta otra pieza del derecho comparado y me parece que es de suma importancia para continuar con la construcción. De esta forma, mi pregunta planteada en el 2005 en el artículo Los principios especiales del derecho procesal de familia, da un giro más profundo que intentamos iniciar con los artículos El proceso de familia en el derecho comparado (tipos y estilos de procedimientos familiares) (2006) y Tendencias del proceso familiar en América Latina (2006). Ambos se encuentran en la red, y también con un libro de corte filosófico literario que se publicará con el nombre Hacia un derecho procesal de familia (diario de vacaciones de un procesalista familiar). Por lo tanto, mi ponencia debe entenderse como una síntesis y replanteamiento de estos últimos trabajos citados.

PARTE I

TRAS UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

a) Existencia de un derecho procesal de familia

Plantearse la existencia de una rama autónoma del derecho o de una especialidad, resulta un problema de orden epistemológico o gnoseológico que quisiera obviar, pues el establecimiento de órdenes, sistemas, categorías e ideas es algo complejo y no es mi especialidad. Ese es un tema que, en algún momento, se tendrá que abordar. Yo prefiero seguir el camino empírico y el ideológico, ya que me parece que existen datos prácticos palpables sobre la relevancia que ha ido tomando la materia como tal, sea autónoma o sea especialidad.

Al menos en mi país, el cómputo de casos entrados en el sistema jurisdiccional de familia, es mayor que el que ingresa en el sistema jurisdiccional civil, y solo es superado por la materia penal. Es decir las tres grandes materias de mi país a nivel judicial, son entonces tres: la penal, la de familia y la civil, en ese orden. Y buena proporción de la inversión judicial se destina a la materia familiar, desde pericias psicológicas y de trabajo social, hasta experticias de ADN, pasando por inversiones en defensa pública (la cual de todas maneras es muy limitada; pero representa una relación de cinco a uno con la materia penal, y superan las intervenciones de los defensores públicos en familia a las que hacen en penal juvenil).

En un pequeño país en extensión como es Costa Rica, existen treinta y cinco tribunales especializados y superespecializados de familia, y en los lugares en donde la materia no es abordada por tribunales especializados, hay 8 juzgados civiles y de trabajo que actúan como juzgados de familia y de violencia doméstica, y 66 juzgados contravencionales que proceden como juzgados de pensiones alimentarias y de violencia doméstica, ante la tendencia a la especialización de tribunales en atención a circulantes. Muy probablemente las materias que se podrían desprender para especializar por ser el mayor circulante, son precisamente las de familia.

Se debe investigar en mi país, por qué tantos temas de familia van a parar a los tribunales; pero la realidad es que esos son los números y, al menos en mi país, es indiscutible la existencia de un derecho de familia como sistema autónomo diferente del sistema del derecho civil. Este tema ni se discute y la cultura jurídica lo da como un hecho.

El sistema de derecho de familia tiene como ejes la familia y los temas afines de poblaciones especialmente vulnerables. Además, el sistema de derecho civil tiene como ejes la propiedad, el contrato, la empresa, la producción de bienes y servicios que no sean de carácter agrario, pues ese es otro rollo que nos tenemos.

Ahora bien, desde los años setenta con la promulgación del Código de Familia, se dio el fenómeno del establecimiento de la jurisdicción de familia, y se enfatiza a partir de 1994. También es evidente la diferente lectura del derecho de fondo y del derecho procesal que han dado los tribunales especializados de familia a los que dieron en su momento, los tribunales civiles. Se ve en retrospectiva y es sustancial el cambio. La materia familiar con vista en el futuro y clara de su misión de un derecho de cambio cultural que no invisibiliza y naturaliza lo que la cultura tradicionalmente naturalizó e invisibilizó, caso de la violencia de género y la violencia contra la niñez y la adolescencia, etc. Es evidente que existe toda una ideología de por medio en pos del equilibrio y la equidad en la familia que es positivo para toda la sociedad en su conjunto.

Para mí entonces, el derecho procesal de familia es una categoría que histórica e ideológicamente se va asentado al menos en mi país, bajo la línea del derecho y la jurisdicción, como agentes de equilibrio y equidad en una sociedad, de vivencia de los derechos humanos, y no para mantener un status quo.

Teniendo ante los ojos esa evidencia, ese fenómeno, no puedo dejar de ver un sistema normativo familiar de fondo y procesal que se separa en filosofía, en política, en cultura, etc, del derecho civil y del derecho procesal civil, y que así como puedo observar el derecho de fondo de familia en mi microscopio para estudiarlo y sistematizarlo, puedo poner ante mi lupa la parte procesal y organizativa para estudiarla y sistematizarla, con el fin de que crezca en eficiencia, calidad y satisfacción con claro impacto para los habitantes, y la efectivización de los derechos, y no en pos de las discusiones baladíes de los abogados que no tienen una incidencia real en la calidad de vida de los destinatarios de los órdenes jurídicos.

Así que si bien me parece muy probable que podamos demostrar epistemológica o gnoseológicamente, la existencia de un derecho procesal de familia, lo cierto es que dicha existencia debe enfatizarse ideológica e históricamente, para lograr un cambio cultural de calidad de vida en las relaciones familiares y, concretamente, en su subespecie, como lo es la calidad en la resolución de conflictos en las estructuras familiares.

El derecho es parte de la cultura y puede servir para mantener un status quo o bien para suscitar cambios sociales. El derecho será más eficaz y más democrático, si tiene como presupuesto el conocimiento y la internalización de los habitantes destinatarios. Siguiendo mi línea de ideas, ideológica e históricamente, quizás se logren los cambios culturales y los cambios sociales propuestos y ahí estará la prueba de fuego de la existencia de esta categoría esencial.

b) Primeras preguntas

Los primeros cuestionamientos que plantea la existencia de una categoría esencial como la que ya han propuesto otros, línea a la cual me uno, comprenden la construcción filosófico-ideológica de una teoría general que abarque el sistema o los sistemas de resolución de conflictos en las estructuras familiares. Sería importante pensar cómo sería una transición a un mejor sistema, o bien a una redefinición de un sistema de resolución de conflictos familiares. De esta forma, habrá que plantear un gran objetivo que no se encuentre tal vez únicamente para este sistema o sistemas de resolución de conflictos familiares, sino para la confluencia del derecho de familia de fondo y del procesal (entendido como organización y procedimientos).

Yo propuse en el acápite anterior, por ejemplo, la calidad de vida dentro de las relaciones en las estructuras familiares. Por lo tanto, encontramos sistematicidad entre el derecho de fondo y el procesal, el gran propósito es el mismo, las organizaciones y los procedimientos deben tender entonces hacia eso; son medios para ese propósito y serían un vehículo para que propiciando la aplicación del derecho de fondo, se logre de la mejor manera el gran propósito.

Ahora bien, se debe construir o redefinir la dimensión organizativa y procedimental, a base de una visión estratégica que se tenga del sistema por construir. ¿Cuáles serían los objetivos y los valores específicos por tutelar en pos del gran propósito de todo el área sustantivo-procesal de familia? Una vez que se tengan dichos objetivos y valores específicos que se han de tutelar a través de las organizaciones y de los procedimientos, deben definirse los roles de cada una de las unidades organizativas y su funcionalidad.

Luego debe hacerse una redefinición de los procedimientos, estableciendo objetivos específicos para esos procedimientos, en pos del gran propósito en consonancia con los objetivos planteados para las organizaciones y procedimientos, en donde se deberá diseñar un sistema, estableciendo como tradicionalmente ha hecho el derecho continental, una serie de soluciones de lo general a lo específico, de lo abstracto a lo concreto, siguiendo ciertas líneas que deberían servir para aplicar el sistema, para interpretar el sistema y para decidir cuando las soluciones no estén previstas, y esto es lo que se ha denominado principios procesales.

Este siempre será todo un tema, pues podríamos hablar de principios que son la esencia del derecho procesal de familia, o bien, de principios histórico-ideológicos que son la base de un sistema concreto del derecho procesal de familia. Ambos son importantes en la construcción de una teoría general del derecho procesal de familia. Unos por su valor científico en pos de la sistematicidad, y los otros por su estimación empírica en pos de ciertos objetivos también de corte ideológico.

Me pasa por la mente, cómo los constructores de la teoría de los derechos humanos van hablando de generaciones y de institutos o derechos, de x o y generación; esto es interesante. Así visualizo la construcción del derecho procesal de familia, a través de lecturas empíricas cada vez más sofisticadas, en pos de su verdadera esencia. De esta manera, considero valiosos tanto la construcción filosófico-ideológica del derecho procesal de familia, como el estudio del derecho positivo, pero este estudio de derecho positivo, para que sea realmente enriquecedor y permita hacer las rupturas de tiempo y lugar, es importante que se haga de derecho comparado.

Aquí me parece que surge una de las claves de unos primeros intentos de construir una teoría general del derecho procesal de familia, y esta es del derecho comparado.

Si exploramos los diseños y ejecuciones de esos diseños, tanto organizativos como procedimentales en los diferentes países y en las diversas culturas, considero que hallaremos muchas claves para determinar la verdadera esencia del derecho procesal de familia. El análisis conceptual, filosófico ideológico de todas estas manifestaciones, será muy enriquecedor definitivamente.

Así lo sentí por primera vez, cuando leí las ponencias de MEULDERS y de MIKI en el Congreso de Derecho Procesal, realizado en México en el 2003, que intentan abordar muchas partes del mundo, en cuanto a tipos y estilos de procedimientos familiares. La metodología que utilizaron fue emplear informantes en los diferentes países, con lo que se logra mitigar el lanzamiento al vacío que representa intentar estudiar y comprender un sistema ajeno al de uno en relativamente poco tiempo. Esas redes de informantes en los diferentes países o diversos estados, provincias o autonomías, cuando en un mismo país se tienen diferentes derechos procesales familiares, deben atarse para lograr esta aventura del derecho comparado. En la segunda parte, se presentará un ensayo personal en este tema del derecho comparado.

Existen otros problemas de suma trascendencia que se deben plantear en la construcción de este derecho procesal de familia, como lo es el terminológico. Si nuestro derecho procesal de familia en primera instancia, es ideológico en pos de ciertos cambios culturales para lograr equidad y equilibrio en la familia, el tema terminológico debería requerir una redefinición conceptual o, bien, un nuevo glosario técnico. Hay muchos conceptos en la ciencia procesal que están muy "manoseados" y significan muchos aspectos. Desde ese punto de vista, el derecho procesal de familia debe lograr una renovación lingüística que eventualmente podría ayudar al resto del derecho procesal, para superar ciertas historias sin sentido que no debe arrastrar, ni debe traer hacia sí tradiciones sin sentido. Este es uno de los grandes temas.

Otro tema es si el derecho procesal de familia implica un análisis de teoría pura del derecho, o debe partir de los avances en las ciencias y en las técnicas para lograr integrar mejores herramientas para lograr la eficiencia y la calidad, con el fin de poder medir y evaluar, o bien anteriormente, diseñar y proponer esa eficiencia y calidad.

La administración de los sistemas procesales familiares y la ingeniería de los sistemas procesales, deben ser parte de esta categoría que se ha propuesto, y con la cual comulgo y quiero coadyuvar en su construcción. Existen muchos problemas más, pero por el momento, deseo detenerme dentro de esta primera parte, solo en el tema de los principios procesales, para posteriormente ingresar en la segunda parte a una breve exploración en el derecho comparado que señale lo apasionante que son las diferentes lecturas de derecho positivo que se han realizado de lo que es un diseño procesal familiar; pero llaman también mucho la atención las coincidencias.

c)- Principios del derecho procesal de familia

El tema de los principios del derecho, es uno de esos temas trillados sin reparo conceptual; es decir, por principios se han denominado muchas ideas.

En la red de internet, encontramos un trabajo interesante sobre el tema que se denomina Los sistemas y los principios procesales, de Enrique M. Falcón¹. Este autor señala la anarquía conceptual respecto a los principios procesales. Yo tomo en este momento sus categorías de principios fundamentales y de principios derivados. Como principios fundamentales, conceptualiza los principios constitucionales; unos de extracción moral y otros de orden lógico o científico. Dentro de los fundamentales ejemplifica:

[...] los principios de juicio previo, o bilateralidad de la audiencia, debido proceso adjetivo, presunción de inocencia o “nulla poena sine iudicio”, que puede extenderse al principio “in dubio pro reo”.

Por otra parte, se refiere a los principios derivados o sistemas, respecto a los cuales señala que son bifrontes, es decir, presentan al menos dos opciones y, en la práctica, nunca aparecen puros, sino que presentan matices, y ejemplifica:

- (i) dispositivo e inquisitivo.
- (ii) intermediación y delegación.
- (iii) oralidad y escritura.
- (iv) instancia única e instancia múltiple.
- (v) tribunal unipersonal o colegiado.
- (vi) jueces técnicos, jurados, escabinos.
- (vii) publicidad y secreto.
- (viii) concentración y diversidad.
- (ix) preclusión y unidad de vista, etc.

Hasta aquí esa categorización que se sigue, está correcta, pero la pregunta para nosotros los constructores del derecho procesal de familia, se refiere a los especiales ingredientes que se añaden a esos dos grupos, cuando se quiere hacer un sistema ideal de derecho procesal familiar, o bien, si lo que ocurre es que se les da un especial matiz a estos principios, tanto los fundamentales como los derivados. En un primer trabajo que realicé sobre el particular, propuse que los siguientes eran los “principios especiales del derecho procesal de familia”:

- preferencia de la desjudicialización.
- preferencia de la descontención.
- abordaje integral.
- solución efectiva.
- búsqueda de la equidad y del equilibrio familiar.
- abordaje interdisciplinario.
- protección integral¹.
- protección y participación especial.
- tutela de la realidad conveniente.
- responsabilidad procesal.
- preclusión relativa y flexible.
- especialización.
- privacidad.
- inestimabilidad².

Las preguntas respecto a este primer planteamiento, es si estos estarían contenidos en los principios fundamentales o en los derivados, o si son principios más bien del derecho de fondo o no son principios, sino que son excepciones. Por ejemplo, debemos observar que la privacidad sería uno de los principios derivados o sistemas. El de la tutela de la realidad conveniente que se refiere a la pérdida de eficacia de la sentencia, cuando con el transcurrir del tiempo, los involucrados cambian espontáneamente lo resuelto, aumentan la pensión, o cuando un niño que estaba bajo la guarda de un padre, se pasa a vivir con el otro, sin que se avise al juez. Me han criticado el principio que expuse, señalando que no es principio, sino la excepción a la regla de la ejecución de los fallos. Interesante, ¿no? El principio de la solución efectiva es contenido en la legislación procesal penal de mi país, por lo que también se ha dicho que no es “especial”.

Me he quedado pensando sobre el tema y considero que es uno de esos cruciales que se deben descifrar en nuestra construcción; primero, aclarando el tema conceptual en forma breve, y luego profundizándolo.

En mis principios de diseño de un sistema ideal, se me quedó afuera desde luego la gratuidad, el acceso a la justicia, la cercanía del juzgador al administrado de justicia y todos los que propenden hacia la informalidad, la amplitud y la flexibilidad. Y tampoco me he referido a la contextualización de los principios fundamentales y de los derivados, dentro de un sistema integral de derecho procesal de familia, la cual queda pendiente también. Ahora bien, en un ejercicio del derecho comparado será interesante observar, cuáles fueron los principios que el diseñador procesal tomó en cuenta.

PARTE II

PERIPLO MUNDIAL EN POS DE DICHA TEORÍA GENERAL

De esta manera, debo repetir mi posición de que si bien la construcción filosófico-ideológica del derecho procesal de familia, es importante, también lo es el estudio del derecho procesal de familia positivo; pero en el ámbito comparado entre los diversos países y culturas.

Además, he indicado que he visualizado la construcción del derecho de familia en una forma análoga a la de los derechos humanos, en donde con la profundización, se logran concepciones cada vez más sofisticadas que tienden a la mejor realización del ser humano. Lo mismo sucede de alguna forma con el derecho procesal de familia, y podríamos hablar de sistemas de primera generación (o etapa de negación del derecho procesal de familia), segunda generación (o intermedia), tercera generación (la de consolidación del derecho procesal de familia) y así sucesivamente.

Un sistema de derecho procesal de familia de primera generación, sería el primitivo, el de su negación, es decir, aquel en donde se administra un derecho de familia de corte antiguo en tribunales de corte civil patrimonial, con base en los procedimientos civiles patrimoniales y dentro de la cultura tradicional del derecho procesal civil, en donde se minimiza y obstaculiza el crecimiento de los verdaderos valores por tutelar, teniendo la idea de que cuando esto ocurre, existe una percepción ideológica de mantenimiento de status quo del poder patriarcal y adultista, de invisibilización y naturalización de la injusticia y el desequilibrio en las relaciones familiares.

El sistema de derecho procesal de familia de segunda generación, será aquel en donde se dan ciertos visos de especialidad. Por ejemplo, surgen tribunales de familia o divisiones especializadas de familia. Sin embargo, la preparación ideológica de cambio cultural en la aplicación del derecho de familia y de los procedimientos de familia, no se ha consolidado. Muy probablemente el sistema procesal será el mismo que el de los procedimientos civiles patrimonialistas. Tal vez en el área académica, todavía se estudia el derecho de familia como parte del derecho civil. Asimismo, se supone que se debió abarcar el derecho procesal de familia en cursos de derecho procesal civil, y los profesores no lo incluyen. Podría ocurrir que la tendencia especializadora se da en primera instancia; pero no en las superiores.

El sistema de derecho procesal de familia de tercera generación, es aquel que suma tribunales especializados dentro de una cultura organizativa que enfatiza su importancia y propende hacia su crecimiento en detalles, como la medición de variables de justicia de calidad en el área de resolución de conflictos familiares.

Los procedimientos son especialmente diseñados para los asuntos familiares, dentro de una cultura de garantía de acceso y de cercanía del juzgador a los administrados de justicia, y dentro de una arquitectura y mobiliario amigables para el grupo o grupos de poblaciones que acceden al servicio público especializado.

Habrán espacios de especialización académica y para investigaciones que permitan el seguimiento, medición, evaluación y mejoría constante del sistema. El derecho procesal de familia no solo se estudiará como materia de orden interdisciplinaria en nivel de grado, tanto en derecho como en otras disciplinas sociales. Además, habrá posgrados especializados en lo que a organizaciones y procedimientos familiares se refiere. Este nivel o generación es el que histórica e ideológicamente deberían haber alcanzado los países que se precian de efectivizar los derechos humanos.

Dejemos un poco de lado esta lectura de evolución histórica o del progreso del derecho procesal de familia, para ingresar en la dimensión empírica de la comparación de las diversas manifestaciones del derecho procesal de familia. En un trabajo presentado a una revista española, incluí un anexo sobre un cuestionario para diagnóstico de un sistema de derecho procesal de familia:

ANEXO:

GUÍA PARA UN DIAGNÓSTICO DE LOS PROCESOS FAMILIARES 3

1. ¿Tipo de ordenamiento (continental, common law, otro)?
2. ¿Tipo de Estado (unitario, federal, otro)?
 - 2.a. Si es federal: ¿Los estados, provincias o autonomías tienen potestad para reglar procedimientos familiares?
 - 2.b. ¿Tienen procedimientos familiares reglados específicamente para cada unidad?
 - 2.c. ¿Las autoridades federales intervienen en asuntos familiares? ¿En cuáles?
3. ¿En cuáles leyes, o cuerpos normativos se regulan los procedimientos familiares?
 - 3.b. ¿Son cuerpos normativos especiales para los procesos familiares?
4. ¿Cuáles tribunales se ocupan de los asuntos familiares?
 - 4.b. ¿Son especializados y exclusivos para estos asuntos?
 - 4.c. ¿Hay asuntos familiares que sean conocidos por tribunales que no sean de familia? ¿Hay lugares en lo que esto sea así por la no existencia de tribunales especializados? ¿Estallido o dispersión de competencias en diferentes juzgados o tribunales? ¿Tribunales superespecializados en algún tema familiar? ¿competencia de asuntos de violencia doméstica? ¿competencia de asuntos de niñez y adolescencia no penal? ¿sucesiones? ¿competencia de asuntos de declaración de incapacidad de las personas, interdicciones, insanias, curatelas? ¿asuntos de discapacitados? ¿competencia para protección de adultos mayores?
 - 4.d. ¿Hay órganos administrativos que desarrollen procesos familiares?
 - 4.e. ¿Cuáles asuntos conoce un juez de familia?

5. ¿Cuáles son las pautas principales de los procedimientos familiares? ¿orales o escritos? ¿públicos o privados? ¿impulso de parte o impulso oficial? ¿juez con potestad de fallar diferente a lo pedido, con potestad de investigar o de pedir pruebas diferentes a las propuestas por las partes? ¿única instancia o posibilidad de recursos? ¿tribunales unipersonales o colegiados? ¿inmediación? ¿concentración? ¿flexibilidad en las formas? ¿participación de personas menores de edad en los procesos? ¿recepción de opiniones de niño en circunstancias óptimas? ¿personas menores de edad como actores?
6. Mediación o conciliación ¿Existen servicios adjuntos a los tribunales? ¿Existen servicios especializados para familia? ¿Servicios privados? ¿grado de desarrollo de estos medios alternos y de otros?
7. ¿Intervención del Ministerio Público u otro órgano similar en los procesos familiares?
8. ¿Acceso a la justicia familiar? ¿Costos? ¿patrocinio letrado gratuito? ¿especialización de los abogados? ¿asociación de especialistas?
9. ¿Auxilio interdisciplinario? ¿adjunto a tribunales? ¿participación en audiencias? ¿costos para las partes?
10. ¿Universidades forman profesionales especializados? ¿hay posgrados? ¿hay investigación especializada? ¿doctrina especializada? ¿tratados de la materia de calidad? ¿cuáles?
11. ¿Hay seguimiento de calidad, eficiencia y de cumplimiento de objetivos de la jurisdicción? ¿Inversión de recursos suficientes? ¿tiempos de resolución razonables? ¿cuál es el promedio? ¿percepción del administrado de justicia familiar? ¿se han hecho encuestas o estudios? ¿cuáles?
12. ¿Existen instrumentos procesales e instituciones adecuados?
13. ¿Percepción en la cultura jurídica de la existencia de un derecho procesal de familia? [...]4

Desde luego, dentro de las limitaciones de espacio a cierto número de páginas, no puedo abordar todas las preguntas, o mejor dicho no puedo seguir ese esquema, pero me pareció importante retomarlo para pedirles a los participantes que se hagan mis socios en la investigación del derecho procesal de familia comparado, al menos en lo que concierne a sus país, estado, provincia o autonomía.

Por el momento, haremos una breve ficha de algunos de los países hasta ahora estudiados, pero es necesario consultar en la red, los dos estudios sobre el derecho procesal de familia comparado que son antecedente de este 5. Implícitamente, al leer las líneas que esbozo en este trabajo, y también en los otros dos (que son premisa de este y se deben entender integrados a este), y agregando posibles conocimientos personales que se tengan, cada lector determinará si ubica cada uno de los ejemplos en alguna de las generaciones de la evolución del derecho procesal de familia. Por las razones de espacio, presupongo algunas ideas de esos otros trabajos y pongo tres ejemplos representativos de tres grupos, identificando en primer lugar la fuerza o influencia que ha ejercido, en los últimos años, el sistema del common law sobre los que tenemos el sistema de civil law o derecho continental, y pensando en Australia como un sistema aparentemente cercano a una tercera generación.

Luego apreciaremos la ficha de países de Europa que tienen el sistema de civil law, y quedaremos personalmente con la idea que transitan en la segunda generación, y me da la impresión de que Alemania con un grado mayor de sofisticación.

Concluimos con la perspectiva de los países de América Latina, subrayando con el epígrafe la ficha de los tres ejemplos, el aporte que ha dado la zona a la materia, con su movimiento de leyes especiales en la materia, destacando a El Salvador, ya que el tema procesal familiar se mantiene individualizado a nivel académico. Debo mencionar que, en los otros estudios, se abordaron países asiáticos que ahora se omiten y pudo ser importante tenerlos a la vista para justificar el siguiente título:

a) Influencia del Common Law como una fuerza estandarizadora

1.- País: AUSTRALIA

Documentos de referencia: Página web del sistema de Family Courts of Australia: <http://www.familycourt.gov.au/>, la cual tiene su versión en idioma español

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Family Law Rules. Organización de tribunales de familia: Los asuntos de familia son conocidos por los Family Courts aun cuando los Federal Magistrates Court tienen jurisdicción para estos asuntos. Existe una Full Court of the Family Courts of Australia. Hay un juez titular (judge) y un juez auxiliar (judicial registrar). Además, en algunos juzgados, hay servicios de mediación.

Algunas características de sus procedimientos: El procedimiento generalmente consta de las siguientes etapas:

- 1) Notificación del juicio (trial notice).
- 2) El informe de familia a cargo de un “mediador” (family report).
- 3) La consulta previa al juicio (pre-trial conference).
- 4) El juicio (trial). Se ha instaurado un nuevo procedimiento conocido como “pre-action procedure” para disputas sobre cuestiones económicas o relacionadas con las responsabilidades parentales.

2.- País: ESTADOS UNIDOS, como ejemplo el Condado de Harris del estado de Texas

Documentos de referencia: Manual Legal de Familia de la Houston Bar Association, Family Law Section, 2005, en: www.hba.org/documents/spanfamily05.pdf .

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Texas Rules of Civil Procedure y son reglamentos locales que adoptan las family courts de los cuales se pueden obtener copias en el District Clerk.

Organización de tribunales de familia: En este condado que se ha tomado de ejemplo, existen nueve Family Courts numerados como 245, 246, 247, 257, 308, 309, 310, 311, 312. Las family courts son presididas por un juez elegido por los votantes del condado, y este elige a un juez adscrito que puede encargarse de algunos asuntos.

Algunas características de sus procedimientos: Las salas de los juzgados están abiertas al público. Las partes se pueden representar a sí mismas que es lo que se denomina litigante “pro se”. Se recomienda que se intente la conciliación antes del juicio. En algunas páginas web [6](#), se describen las siguientes fases del proceso de divorcio en Estados Unidos (trata de estandarizar):

Paso 1: presentación de la demanda (Filing a complaint or summons).

Paso 2: órdenes prejudiciales (pretrial orders).

Paso 3: trámite de descubrimiento (discovery procedures).

Paso 4: negociaciones (negotiations).

Paso 5: audiencia prejudicial (pretrial hearing).

Paso 6: audiencia o juicio (trial). En la página del juzgado del segundo distrito de New México se agregan dos fases: “appeal” y “post-judgment proceedings” [7](#).

3.- País: INGLATERRA Y GALES, como ejemplo de Reino Unido

Documentos de referencia: “Types and styles of family proceedings in England and Wales”, de Nigel Lowe, en: <http://www.iudicium.com/>, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Pilot Scheme for evaluating Judicial Systems, England and Wales [8](#)

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Family Court Rules 1991, tanto relativas al divorcio [9](#), como a la Children Act 1989 [10](#).

Organización de tribunales de familia: Hubo una reorganización en atención de la Convención sobre Derechos del Niño (Children Act 1989). El grado de especialización es diverso. A nivel de High Court, se creó una división especializada en derecho de familia y actualmente está compuesta por 18 jueces.

A nivel de cortes de condado, hay algunos que se dedican especialmente a divorcios.

Algunas características de sus procedimientos: Los procedimientos han llegado a ser marcadamente menos adversariales, asumiendo un papel más inquisitorial.

No obstante, las partes siguen siendo los responsables en gran medida de cuáles argumentos se deben utilizar y cuáles pruebas se deben presentar.

b) El derecho continental europeo

1.- País: ALEMANIA

Documentos de referencia: Atlas judicial europeo, en: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/org_justice_ger_de.pdf y “Proceso Civil Alemán” de Stefan Leible, Atlas Judicial Europeo, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Pilot Scheme for evaluating Judicial Systems, Germany [11](#)

Normativa de organización y de procedimientos familiares: el tema de los procesos familiares debemos consultarlo en el Código de la Organización Judicial (Gerichtsverfassungsgesetz — GVG), en el Código Procesal Civil (Zivilprozessordnung — ZPO), en el Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch — BGB), y en la Ley relativa a la actividad judicial no contenciosa (Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit—FGG).

Organización de tribunales de familia: Existen juzgados de familia (Familiengericht, 23 GVG) y divisiones de familia en tribunales de apelaciones (Senate für Familiensachen, 119 GVG). En los casos en que es pertinente la casación, el competente es el Tribunal Federal Justicia, 133 GVG. El "familiengericht" como tribunal especializado con competencia exclusiva sobre la materia, fue creado en 1976 con motivo de la reforma que introdujo el divorcio "sin falta" como única forma de divorcio. El "familiengericht" se encuentra integrado, pero es autónomo en la jurisdicción ordinaria de grado inferior "amstgericht" y no del tribunal federal "landesgericht". Mientras que en apelación, el asunto es conocido por las salas especiales del tribunal superior regional (oberlandesgericht).

Algunas características de sus procedimientos: La ZPO divide los asuntos de familia en asuntos matrimoniales (Ehesachen, 606) y otros asuntos de familia (anderen Familiensachen, 621 y ss). Leible explica que en los asuntos matrimoniales, se da la característica de la amplia limitación de dos principios procesales: el dispositivo y el de deliberación. Se explica que si bien en los juzgados de primera instancia, no se requiere abogado, en los asuntos matrimoniales, sí es necesario. También se indica que estos juicios no son públicos. En relación con los otros asuntos, unos están sujetos a procedimientos especiales y otros a los trámites de jurisdicción voluntaria.

2.- País: FRANCIA

Documentos de referencia: "Les procédures familiales en France", de Francis Kernalegou en www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/20.pdf. Le juge aux affaires familiales del « Ministère de la Justice », en www.caen.justice.fr/fr/pdf/jaf.PDF. « Le juge aux affaires familiales » en: www.justice.gouv.fr/metiers/jafi.htm. Atlas Judicial Europeo, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Pilot Scheme for evaluating Judicial Systems, France **12**.

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Código de la Organización Judicial y Nuevo Código de Procedimientos Civiles.

Organización de tribunales de familia: Asuntos de familia conocidos por "le juge aux affaires familiales" (JAF), (que es un juez delegado del Tribunal de la Grande Instance) (TGI), y funcionan desde el primero de febrero de 1994.

Algunas características de sus procedimientos: Los procedimientos familiares franceses están regulados con mucho detalle en el Nuevo Código de Procedimientos Civiles, junto con otros asuntos de las personas. En algunos asuntos se requiere un abogado y, en otros, es facultativo.

3.- País: ESPAÑA

Documentos de referencia: "Juzgados de Familia en España, una asignatura pendiente", en: <http://www.prodeni.org/juzgados%20de%20familia%20en%20espa%C3%B1a.htm>, Atlas Judicial Europeo, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Pilot Scheme for evaluating Judicial Systems, Spain **13**.

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Ley de Enjuiciamiento Civil. Organización de tribunales de familia: En España hay en la actualidad 70 Juzgados de Familia que se encuentran distribuidos en 25 provincias. Otras 26 provincias, más Ceuta y Melilla, no tienen ninguno.

c) Aportes del derecho latinoamericano

1.- País: EL SALVADOR

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Ley Procesal de Familia.

Organización de tribunales de familia: juzgados de familia y cámaras de familia.

Algunas características de sus procedimientos: orales y públicos, se requiere procuración y, en caso de que haya personas de escasos recursos, pueden ser representadas por la Procuraduría General de la República. En cada juzgado de familia, habrá un procurador delegado de la Procuraduría General de la República.

2.- País: ARGENTINA, con el ejemplo de la provincia de Buenos Aires

Documentos de referencia: Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004: Amendolara, Zulma: Los incidentes en el proceso de familia. Arianna, Carlos: Los procesos familiares y el concurso del demandado. Basile, Carlos Alberto: Aires de reforma en un auspicioso proyecto de ley para la organización y procedimiento de familia en la ciudad de Buenos Aires; Colerio, Juan Pedro: La conducta en los procesos de familia. Gómez, Viviana: El proceso de divorcio y la mediación. Guahnon, Silvia: Peculiaridades de las medidas cautelares en los procesos de familia. Kielmanovich, Jorge L.: La doble instancia en el proceso de familia. Leguisamón,

Héctor Eduardo: Notas sobre el proceso de familia en la provincia de Buenos Aires y su situación actual. Gianmatteo, María y Moure, Alicia: Proyecto de reforma de la ley 11453.

Normativa de organización y de procedimientos familiares: Ley de Creación del Fuero de Familia (1993), Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Procesal Civil y Comercial. Organización de tribunales de familia: Tribunales Colegiados de Única Instancia conformados por tres jueces e integrados por dos consejeros de familia que deben cumplir los requisitos de los miembros del Ministerio Público. Cuentan con un Cuerpo Técnico Auxiliar.

Algunas características de sus procedimientos: Se requiere patrocinio letrado, salvo para casos especiales en la etapa previa. Cuando se presenta la solicitud, se le da audiencia por 24 horas al consejero. El juez puede cambiar el tipo de procedimiento por resolución fundada. Se presentan las etapas de demanda y contestación escritas; luego se generan la audiencia preliminar y la audiencia de vista.

3.- País: CHILE

Normativa de organización y de procedimientos familiares: la Ley número 19.968 crea los Tribunales de Familia (2004, entró en vigencia en octubre de 2005).

Organización de tribunales de familia: juzgados de familia que cuentan con un consejo técnico.

Algunas características de sus procedimientos: El artículo 9 describe que el proceso será oral, concentrado y desformalizado, primando los principios de intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaboradoras entre partes.

Por razones de espacio, solamente hice referencia a nueve ejemplos y con muy pocos detalles, dejando por fuera muchos aspectos importantes. Por esta razón, ruego remitirse a los otros dos trabajos de derecho procesal de familia comparado. Vale la pena hacer una recapitulación y repetir aquí la conclusión del trabajo a nivel mundial:

[...]En el mundo hispano podemos palpar la tendencia a la promulgación de cuerpos normativos procesales especiales como es el caso de El Salvador, el Estado de Hidalgo de México, Chile. Otra tendencia es a la promulgación de leyes especiales que reforman y adicionan otras: Perú, Buenos Aires. También está el caso de Panamá y de Bolivia que regulan sus procedimientos familiares dentro del Código de Familia. España, Francia, Italia y Alemania conservan la legislación procesal familiar en su código procesal civil, y siempre las respectivas leyes orgánicas de lo judicial se dedican a la estructura judicial y del ministerio público. Este tema del ministerio público es muy interesante ya que en muchos países existe el puesto o cargo de “fiscal de familia” y en algunas legislaciones se le tiende a dotar de funciones incluso de mediadores. Surgen en las legislaciones cargos como el de consejero de familia o bien el asesor civil de familia e incapaces. Hay situaciones en que las legislaciones permiten la no presencia de un profesional en derecho o bien permiten la representación de las partes por sí. El tema de los consejos técnicos, o equipos interdisciplinarios, o de expertos resulta de mucho interés en las comparaciones. También hemos de observar varios tipos de tribunales que se ocupan de lo familiar siendo la tendencia el tribunal especializado y exclusivo para la materia, aún y cuando en algunos países lo que existe son divisiones especializadas de un tribunal, o bien que un juez de un tribunal es delegado para el conocimiento de los casos familiares. En varios países es exigido la certificación como abogados especialistas en derecho de familia luego de una examinación concreta en la materia y de su respectiva capacitación especial. Las barras o colegios de abogados tiene su sección de especialistas en la materia. La existencia de programas o servicios y su concatenación por parte del tribunal con las partes para que resuelvan las dimensiones no legales de los asuntos, como las emocionales, es un aspecto muy significativo. La tendencia al proceso oral es indiscutible. La privacidad de las audiencias es una tendencia marcada aunque hay ordenamientos en los cuales no hay normas específicas y se aplica la publicidad. Países de tradición adversarial especialmente los del common law aceptan la necesidad de incluir elementos inquisitorios en los procesos familiares, como es el caso de Inglaterra y Gales, para adaptar sus “procedures rules” a la Children Act 1989, es decir, a la Convención sobre Derechos del Niño [...] La mediación y la conciliación familiar son también una tendencia clara de las legislaciones, contando algunos de los tribunales con servicio de mediación. Podríamos encontrar que en el tema de los procedimientos familiares, o de los “family proceedings”, o de los “procedures familiares” existe una clara tendencia al acercamiento, tendiendo claramente hacia algunas de las características de los procedimientos del modelo del common law: oralidad, potenciación de las soluciones negociadas, la sensibilidad a que lo legal es una parte de la solución pero que se requieren otras herramientas. No obstante, como dijimos, los países del common law tienden a una moderación del modelo adversarial [...].

CONCLUSIONES

Dejando pendiente la demostración gnoseo-lógica de la existencia de un derecho procesal de familia, es evidente que dicha categoría se justifica desde el punto de vista histórico e ideológico con datos empíricos. El desarrollo del derecho procesal de familia requiere la construcción de una teoría general, en donde es importante la dimensión filosófica ideológica como herramienta para el cambio social y cultural, en pos de la equidad y el equilibrio en la familia, como también lo es el estudio del derecho positivo. Sin embargo, con el fin de que este estudio de derecho positivo sea realmente enriquecedor para una teoría general, es importante que se haga de derecho comparado.

Visualizo en el desarrollo empírico del derecho procesal de familia, grados de sofisticación que he denominado generaciones. La primera generación (o etapa de negación del derecho procesal de familia), es una etapa primitiva en donde la materia familiar es conocida por los tribunales civiles de orden patrimonial, en virtud de los procedimientos de carácter civil patrimonial y bajo una cultura jurídica del derecho procesal civil patrimonial. En la misma se minimiza y se obstaculiza el desarrollo del derecho procesal de familia. De esta manera, el sistema de derecho procesal de familia de segunda generación (intermedia), será aquel en donde se dan ciertos visos de especialidad, por ejemplo, surgen tribunales de familia o divisiones especializadas de familia. No obstante, la preparación ideológica de cambio cultural en la aplicación del derecho de familia y de los procedimientos de familia, no se ha consolidado. Por su aparte, el sistema de derecho procesal de familia de tercera generación, es aquel que suma tribunales especializados dentro de una cultura organizativa especializada y sofisticada que enfatiza su importancia y propende hacia su crecimiento, en pos de los objetivos ideológicos para lograr el equilibrio y la equidad en las estructuras familiares, con un servicio amigable y cercano, y con garantía de acceso pleno.

Habrán espacios de especialización académica y para investigaciones. Este nivel o generación es el que históricamente e ideológicamente deberían haber alcanzado los países que se precian de dar efecto a los derechos humanos.

Otras ideas importantes que se han señalado en esta ponencia, es la necesidad de una redefinición conceptual o, bien, un nuevo glosario técnico, en virtud del carácter ideológico del derecho procesal de familia.

Por otro lado, el campo de acción de esta categoría, no debe ser de teoría pura del derecho, sino debe servirse de los avances y técnicas de disciplinas, como la administración para crear parámetros y dispositivos que tiendan hacia la eficiencia y calidad.

De la misma forma, dejando a un lado los principios fundamentales de concreción constitucional y los principios derivados o sistemas, es trascendental lograr una síntesis de las directrices que debe contener un sistema procesal de familia de tercera generación. El periplo por el derecho comparado es aleccionador. Encontramos una fuerza estandarizadora en la influencia del common law sobre el resto de ordenamientos. Es patente el aporte latinoamericano en la materia con sus leyes especiales que mantienen una visión de sistema, en donde no solo incluyen los procedimientos sino la organización, con una filosofía muy propia.

PRÓXIMO PASO

El próximo paso que debemos dar, es intentar lograr un mayor grado de refinamiento en los indicadores de primera, segunda y tercera generación de sistemas de derecho procesal de familia, y clasificar los ordenamientos del mundo en estas categorías. Eventualmente, podríamos determinar que la que hemos denominado tercera generación, y debe subdividirse en fases. El tema del nombre de nuestra disciplina, podría entrar en crisis al hacerse una redefinición conceptual, para hablar quizás de los Sistemas de Resolución de Conflictos Familiares. Considero que hemos subido varios escalones en la construcción de la teoría general del derecho procesal de familia, pero restan muchísimas gradas más. ¿Seguimos?

BIBLIOGRAFÍA

-Aguiling-Pangalangan, Elizabeth: Family Courts and Negotiated Justice, en: www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/22.pdf.

- Amendolara, Zulma: Los incidentes en el proceso de familia. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

- Arianna, Carlos: Los procesos familiares y el concurso del demandado. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

- Basile, Carlos Alberto: Aires de reforma en un auspicioso proyecto de ley para la organización y procedimiento de familia en la ciudad de Buenos Aires. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

-Bertoldi de Foucarde, María y Ferreyra de la Rúa, Angelina: Régimen procesal del Fuero de Familia. Principios generales del proceso de familia y un análisis del sistema vigente en la provincia de Córdoba, Depalma, Buenos Aires, 1999.

- Benavides Santos, Diego: Apuntes para un Derecho Procesal de Familia comparado: el caso de Costa Rica. En Memoria del XII Congreso Mundial de Derecho de Familia, La Habana, Cuba, 2002, versión en disco compacto, Comisión número 4.

-Benavides Santos, Diego: ¿Cómo son y cómo deberían ser los juicios de familia? Revista de Medicina Legal, San José, 2002, volumen 19, número 1. Versión electrónica en: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

-Benavides Santos, Diego: Los principios especiales del derecho procesal de familia. Revista Escuela Judicial, San José, número 3, diciembre del 2004, p. 47. Versión electrónica en: <http://www.poder->

judicial.go.cr/escuelajudicial/revista%20digital%202005/artcompletos7.htm .

-Benavides Santos, Diego: Los procesos familiares. Revista Ivestigia, San José, número 126 y 127, junio-julio de 1997.

-Benavides Santos, Diego: Tendencias del proceso familiar en América Latina, Revista InDret, Barcelona, artículo 321, enero del 2006. Versión electrónica en: http://www.indret.com/pdf/321_es.pdf .

-Benavides Santos, Diego: Acercamiento al derecho de familia y al sistema judicial de familia en Costa Rica, inédito, enero del 2006.

-Benavides Santos, Diego: Diagnóstico sociojurídico del modelo judicial familiar en Costa Rica (organización y procedimientos), investigación realizada para obtener el grado de maestría, Universidad Nacional, 2006.

-Benavides Santos, Diego: Hacia un derecho procesal de familia (diario de vacaciones de un procesalista familiar), inédito, 2006.

-Bolaños, Luis: Datos sobre el trámite Ley de Paternidad Responsable, en página de la Escuela Judicial de Costa Rica: <http://www.poder-judicial/>.

-De Oliveira Leite, Eduardo: Droit de Famille Bresilien, Rapport du Bresil, International Association of Procedural XII World Congress (2003) Procedural and Legal Cultures.

-Colerio, Juan Pedro: La conducta en los procesos de familia. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

-Falcon, Enrique M: Los sistemas y los principios procesales, en: www.procesalweb.com.ar/los_sistemas_y_los_principios_Falcon.htm.

-Family Court of Australia, en: <http://www.familycourt.gov.au/>.

-Gianmatteo, María y Moure, Alicia: Proyecto de reforma de la Ley 11453. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

- Gómez, Viviana: El proceso de divorcio y la mediación. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

- González Mora, Ricardo: La tramitación de los procesos de familia, San José, Escuela Judicial, 2000.

-Goubau, Dominique: Question de Droit Judiciaire en matiers familiales au Canada, en: www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/21.pdf .

-Guahnon, Silvia: Peculiaridades de las medidas cautelares en los procesos de familia. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

-Güitrón Fuentevilla, Julián: Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México, 2004.

-Haley, John O., Rutledge, Wilwy B.: The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust, Washington University School of Law. En www.wulaw.wustl.edu/igls/lectures/2003-3HaleyJapaneseJudiciary.html.

-Houston Bar Association, Family Law Section: Manual Legal de Familia, 2005. En: www.hba.org/documents/spanfamily05.pdf.

-Jurisdiction over family affair cases, Japan, en: www.courts.go.jp/english/procedure/kaji0_e.html .

- Kemelmajer de Carlucci; Aída: El proceso familiar y sus características. En Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, El Salvador, 1992, p. 419.

-Kernalguen, Francis: Les procedures familiales en France, en www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/20.pdf.

-Kielmanovich, Jorge L.: La doble instancia en el proceso de familia. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

-Leguisamon, Héctor Eduardo: Notas sobre el proceso de familia en la provincia de Buenos Aires y su situación actual. Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

- Leible, Stefan: Proceso Civil Alemán, Biblioteca Jurídica Dike, Santa fe de Bogotá.

-Levush, Ruth: A Guide to the Israeli Legal System, en www.llrx.com/features/Israel2.htm.

-Lowe, Nigel V.: Types and styles of family proceedings in England and Wales. En Meulders, Marie Therese: Les procedures familiales en pays de "civil law". EN www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/18.pdf .

-Miki, Koichi: Types and styles of family proceedings. En www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/19.pdf.

www.judicium/news/ins_22_12_03/TYPES_AND-STYLES_OF_FAMILY_PROCEEDINGS.html

-Prodeni: Juzgados de Familia en España una asignatura pendiente en la Administración de justicia, noviembre del 2004, en: <http://www.prodeni.org/juzgados%20de%20familia%20en%20españa.htm>

- Rojas Montero, Dinia; Rojas Espinoza, Milagro; y Villanueva Monge, Zarela: La duración y aspectos relevantes de los procesos de pensiones alimentarias en el II Circuito Judicial de San José. Influencia de sesgos androcéntricos. Tesis, Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica.

-Sánchez Boschini, Nydia y Benavides Santos, Diego: El proceso familiar en el derecho comparado. En Revista de la Sala Segunda, San José, número 2, enero del 2006, versión electrónica en: <http://172.30.1.48/salasegunda/revistasalasegunda/>.

- Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (Coord.), XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Volumen I Obtención de información y asunción probatoria. Procedimientos sumarios y familiares, Universidad Autónoma de México, 2005; versión electrónica en www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/18.pdf.

-The Law reform comission: Consultation paper on family courts. Ireland, 1994. En: www.lawreform.iel.publications/data/1rc_78.html.

-The International Survey of Family Law, 2005 edition, Jordan Publising Limited.

-Zemach, Yaacob S.: The Judiciary of Israel, Jerusalem, the Institute of Judicial Trining for judges in Israel, second edition, 1998.

NORMATIVA

Código de Familia, Bolivia.

Código de Familia, Costa Rica.

Código de Familia, Panamá.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

Código de Procedimientos Familiares, Decreto No. 158 del año 1986, Estado de Hidalgo, México.

Código de Processo Civil, Brasil.

Código Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina.

Código Procesal Civil, Costa Rica.

Family Law Rules, Australia.

Family Proceedings Courts Rules, United Kingdom, 1991.

Ley de Enjuiciamiento Civil, España.

Ley Procesal de Familia, Decreto número 133 de 1994, El Salvador.

Ley que regula competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia, número 27,155, 1999, Perú.

Ley número 19,968, crea los Tribunales de Familia, 2004, Chile.

Ley 11,453, Ley de Creación del Fuero de Familia, Buenos Aires Argentina.

Ley 6354, Régimen Jurídico de Protección a la Minoridad, Mendoza, Argentina.

Ley número 7875, Creación de los Tribunales de Familia, 1988, Córdoba, Argentina.

Ley número 4347, Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, Chubut, Argentina.

Nuevo Código de Proceso Civil, Francia, Traducción en castellano en <http://www.legifrance.gouv.fr/> .Texas Rules of Civile Procedure.