

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

VIRTUDES Y PRINCIPIOS DEL MAGISTRADO

"VIRTUDES Y PRINCIPIOS DEL MAGISTRADO"

© ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
Jirón Camaná 669 – Cercado de Lima – Perú
Teléfonos: (51-1) 428-0300 / 428 -0265
Fax: (51-1) 428 -0219
Internet: <http://www.amag.edu.pe>
E-mail : postmast@amag.edu.pe

ORGANO DE GOBIERNO

Dra. Elcira Vásquez Cortez
Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Manuel Catacora Gonzales
Vicepresidente del Consejo Directivo.

Dr. Fernando Vidal Ramírez
Consejero

Dr. Pedro Méndez Jurado
Consejero

Dr. Francisco Távara Córdova
Consejero

Dr. Daniel Caballero Cisneros
Consejero

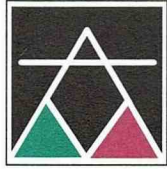
Dr. Javier Mendoza Ramírez
Consejero

ORGANO EJECUTIVO

Dr. Ernesto Lechuga Pino
Director General (e)
Director Académico

Eco. José Antonio Oblitas Gallo
Secretario Administrativo

Primera Edición; Lima, Perú, junio de 2003
4000 ejemplares
ISBN N°: 9972-779-24-6
Hecho el depósito legal N°: 1501212003-2760
Diseño, diagramación e impresión:
FIMART S.A.C. Editores e Impresores



ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

VIRTUDES
Y PRINCIPIOS
DEL MAGISTRADO

Lima, junio de 2003



ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

BIBLIOTECA



04411

Equipo de Trabajo:

Jorge Santistevan de Noriega
Augusto José Antonio Lázaro Castro Carpio
Francisco Otero Navarro
Jorge Ignacio Sinfón Phum
Segundo Baltazar Morales Parraguez
Fidel Tubino Arias Schreiber
Eduardo Hernando Nieto

Asesoría Pedagógica

Piera María Carreras Mariani
Giovanna Larco Drouilly

Asistentes de Investigación

Oscar Quintanilla Ponce de León
Sheilah Joana Miranda Leo
Edith Cerna Landa

Supervisión General

Ernesto Lechuga Pino
Director Académico. Academia de la Magistratura

CONTENIDO

Presentación

Primera Parte EL MAGISTRADO EN EL PERÚ

Introducción.	El magistrado, piedra angular en la justicia	15
Capítulo I.	Luces y sombras de la judicatura nacional	17
	1. Respeto de la constitucionalidad y la ley	17
	2. Control de la constitucionalidad en la judicatura norteamericana	24
Capítulo II.	El magistrado y el Estado de Derecho	27
	1. La magistratura, sustento del sistema democrático	28
Capítulo III.	El magistrado, restaurador de la paz social	31
Capítulo IV.	Carrera judicial y carrera fiscal en el Perú	33

Segunda Parte FUNDAMENTOS PARA UNA ÉTICA DE LA MAGISTRATURA

Introducción	43
Capítulo V.	El universo de lo ético	45
	1. Marcos éticos referenciales	45
Capítulo VI.	La construcción de la conciencia moral de la persona	49
	1. Los marcos éticos referenciales y la formación de identidades	49
Capítulo VII.	Los dos grandes paradigmas de la ética	53
	1. Ética de las virtudes	53
	2. Ética de los principios	56
	3. Relación entre la ética de las virtudes y la ética de los deberes: los casos trágicos.	60



Tercera Parte
EXCELENCIA Y LIDERAZGO ÉTICO DE LA MAGISTRATURA

Capítulo VIII	El rol de la magistratura: excelencia, liderazgo moral y servicio	67
	1. El mundo de hoy y la búsqueda de excelencia	67
	2. Magistratura: excelencia en el liderazgo ético	69
	3. Magistratura, una vocación de servicio	71
Capítulo IX	Una propuesta ética para la magistratura	73
	1. Virtudes del magistrado	74
	1.1. Virtudes morales	76
	1.2. Virtudes intelectuales	83
	2. Principios del magistrado. Los cánones indiscutibles de la ética del magistrado	92
	2.1. El Poder Judicial y el Ministerio Público se sustentan en la persona de los magistrados	92
	2.2. La integridad e independencia de las personas mantienen los atributos de las instituciones de la magistratura	93
	2.3. Imparcialidad y diligencia de los magistrados	94
	2.4. Incorrección y apariencia de incorrección	96
	2.5. Conflicto de intereses	98
	2.6. Actividades extrajudiciales de los magistrados	98
	2.7. Transparencia en el patrimonio de los magistrados	100
	2.8. Abstinencia en la política	100

Anexos

1.	Glosario	109
2.	Casuística sobre situaciones éticas	121
	a. El coraje de Elva Greta Minaya Calle	121
	b. Dos magistradas contra el SIN	122
	c. Una cantuta para Víctor Cubas Villanueva	123
	d. El azote de la corrupción: Inés Villa Bonilla	125
3.	Sentencias	129
	a. Dictamen del Fiscal Seoane sobre la solicitud de Luis Pardo	129
	b. Fallo del Tribunal contra el recurso de J.L. Bustamante	133
	c. Fallo de la Corte Suprema que deniega el hábeas corpus a J.L. Bustamante	135
	d. Sentencia de la jueza Antonia Saquicuray	137
	e. Sentencia en el caso Marbury contra Madison	139
4.	Diagnóstico de la corrupción en el Perú	157
5.	Proyecto del Nuevo Código de Ética del Poder Judicial y Decálogo del Magistrado	169



PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura, consciente de la responsabilidad que le concierne en la formación ética de los magistrados, ha iniciado un plan de trabajo destinado al fortalecimiento de las convicciones deontológicas de los jueces y fiscales de la República, aspecto que fue descuidado en el pasado con el resultado que hoy lamentamos y que no quisiéramos que se prolongue.

En ese contexto, ha convocado a un equipo de trabajo integrado por profesionales de amplia solvencia académica y moral cuyo producto se recoge en la publicación de este módulo: "Virtudes y Principios del Magistrado", que ponemos a disposición de los jueces, fiscales y de la comunidad jurídica en general.

Nuestra mayor pretensión es lograr a partir de casos concretos, el análisis de los desafíos éticos a los que están sometidos jueces y fiscales, así como el desarrollo de las cualidades para afrontar con dignidad y valor este tipo de situaciones.

Estamos convencidos de que el camino que hemos iniciado es de largo aliento y de enormes dificultades, y que la mejor manera de producir un cambio en el sistema judicial es invertir en su recurso humano. La confianza es un valor necesario en el servicio de administración de justicia y se construye a lo largo de los años, siendo necesario preservarla, ya que la pérdida de credibilidad se puede producir en corto tiempo. Estas son algunas de las ideas que orientan nuestras actividades académicas en la perspectiva de contribuir de manera efectiva a la consolidación de una administración de justicia oportuna, justa e independiente al servicio de los ciudadanos y del desarrollo del país.

ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ
Presidenta del Consejo Directivo de la
Academia de la Magistratura



APUNTES PRELIMINARES

Por mandato constitucional, la Academia de la Magistratura es la institución encargada de la formación, capacitación, actualización y perfeccionamiento de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. En tal sentido, con el objetivo de reforzar la formación ética y principista del magistrado frente a los dilemas éticos que enfrentan diariamente en el ejercicio de su función, y con el deseo de mejorar la percepción y aprobación pública de la administración de justicia, el Consejo Directivo aprobó la propuesta de diseño y elaboración del Módulo Educativo "Virtudes y Principios del Magistrado". Para ello, se conformó un equipo multidisciplinario de profesionales de reconocida trayectoria, con amplio conocimiento en temas éticos y forenses, integrado por un magistrado, dos abogados, un especialista en ciencias sociales y un psicoanalista.

El Equipo de Trabajo que se encargó del diseño del Módulo Educativo "Virtudes y Principios del Magistrado", estuvo integrado por los profesionales siguientes:

- Dr. Jorge Santistevan de Noriega, ex Defensor del Pueblo.
- Dr. Segundo Baltazar Morales Parraquez, Vocal Superior Titular, Presidente de la Oficina de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima.
- Dr. Jorge Ignacio Sinfón Phum, abogado, profesor universitario.
- Dr. Francisco Otero Navarro, psicoanalista.

- Dr. Augusto José Antonio Lázaro Castro Carpio, filósofo, profesor de ciencias sociales.

El diseño logrado combina contenidos sobre reflexión conceptual y casuística reciente, respecto a los problemas de corrupción judicial y fiscal, tratados con la metodología y pautas pedagógicas apropiadas para la enseñanza de la ética judicial de manera transversal.

Por la formación académica de los integrantes del Equipo de Trabajo, este texto educativo tiene un enfoque multidisciplinario y está dividido en tres secciones.

En la primera parte, se da una mirada histórica a la figura del magistrado peruano, conociendo el valor de su autoridad y trascendencia para la sociedad y el derecho. Es evidente que la ética judicial está íntimamente ligada a la independencia del magistrado, y es difícil hablar de una sin referirse a la otra; por ello, en esta sección se realiza un análisis de los casos paradigmáticos y antiparadigmáticos de la actuación de los jueces y fiscales ante las presiones del poder político de turno a lo largo de la vida republicana de nuestro país.

En la segunda sección se empieza por esclarecer qué abarca el ámbito de lo ético, y cómo se construye la conciencia moral de la persona, para luego presentar los dos grandes modelos de la ética: *el paradigma de la ética de las virtudes y el paradigma de la*



ética de los principios. En esta parte se alude, a través de casos prácticos, a distintas situaciones en las que ambos paradigmas podrían entrar en colisión, produciendo lo que se llamará un *dilema ético*, el mismo que pese a todo debe ser resuelto por el magistrado.

El Equipo de Trabajo, igualmente, ha propuesto una reflexión en positivo sobre lo que debería ser una ética para los magistrados. Vincular las dos grandes orientaciones de la ética puede ser beneficioso a nuestro propósito. No hay razón para pensar que pueden ser opuestas ni contradictorias. Una ética basada en las habilidades, cualidades y virtudes del individuo no tiene por qué ser contradictoria con una ética que intenta construir modelos universales de comportamiento. Partir de la experiencia y de lo real para llegar a los principios nos parece metodológicamente correcto, como también el esfuerzo por afirmar valores, principios y cánones de comportamiento universal. El magistrado, además de cultivar las virtudes morales, necesita de las virtudes intelectuales para ejercer con corrección su función; es decir, la deliberación prudencial, el razonamiento ético-jurídico y la hermenéutica jurídica.

En la última parte de este módulo pretendemos establecer el perfil ético del magistrado peruano, considerando el factor multicultural del Perú; por ello, este material educativo está orientado a que cada magistrado identifique los conflictos de interés en base a su escala de valores, para lo que se le proporciona los denominados *cánones indiscutibles de la ética judicial*.

Complementan este texto, una selección de videos especialmente elaborados para el tratamiento de temas sobre ética y los problemas de corrupción en el ámbito de la administración de justicia. La elaboración del material audiovisual estuvo a cargo de la Asociación Calandria, institución especializada en comunicación social, la misma que desarrolló sus labores sobre la base de las pautas que se le ha proporcionado.

Es necesario señalar que para la enseñanza de este Módulo se han identificado a magistrados cuyas cualidades de liderazgo facilitarán el desarrollo y reflexión de los contenidos del texto educativo y la conducción de talleres en los 27 distritos judiciales de nuestro país.

ERNESTO LECHUGA PINO
Director General (e)
Director Académico



Primera Parte

EL MAGISTRADO EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN

EL MAGISTRADO, PIEDRA ANGULAR EN LA JUSTICIA

Para hacer posible la vida en común y la paz social, la sociedad estableció el servicio de administración de justicia como mecanismo independiente, que forma parte del Estado y que cumple funciones de control social. La administración de justicia interviene en los litigios que se someten a su conocimiento, pronunciando el derecho o imponiendo la sanción, según sea la materia y la ley aplicable al caso concreto.

En ese camino encontramos al magistrado como el factor fundamental, de cuyas calidades personales y morales depende el futuro de los ciudadanos que someten al arbitrio de la administración de justicia sus conflictos comprometiendo su libertad, patrimonio y bienestar general.

En sus inicios, la justicia institucionalizada ha sido parte del poder constituido y fue representada por reyes o soberanos en las monarquías. En Roma, por ejemplo, quienes ejercían una función pública, las autoridades investidas de mando y jurisdicción, recibían el nombre de *magistrados*, como los cónsules, tribunos, pretores, ediles y cuestores. Modernamente, los jefes de Estado (presidentes de la república) reciben la denominación de primer magistrado de la nación.

El desarrollo de la sociedad y la afirmación democrática como forma de organización del Estado ha determinado un sistema de funcionamiento basado en la división y equilibrio de poderes, en el cual el magistrado, como agente vinculado a la

administración de justicia, es dotado de autonomía e independencia respecto de los demás poderes del Estado con el propósito de garantizar su desempeño imparcial y equitativo.

Investido de imperio y jurisdicción, el juez es el depositario de la función del Estado para administrar justicia. Organizado en el Poder Judicial en distintos niveles jerárquicos, el juez constituye la piedra angular del sistema de justicia. También el magistrado del Ministerio Público forma parte del sistema judicial como defensor de la legalidad; él es titular de la acción penal y en juicio desarrolla la función acusadora.

Recordemos que "Piedra angular", en términos arquitectónicos, es aquella que destaca por su importancia en el proceso de construcción, se ubica en la parte central de un arco o una portada. Algunos han visto en ella la última piedra, la piedra final que, por lo general, es la que sostiene y simboliza toda la construcción, goza de mayor belleza, y desde arriba une y completa el edificio. Este concepto se aplica analógicamente al magistrado, quien por su importancia se asemeja a la piedra angular que corona toda la construcción, de manera tal que sin magistrados dotados de fuerza moral y conocimientos, la administración de justicia sería una frágil construcción, incapaz de resistir cualquier presión.

En esta medida, el juez o fiscal, sea cual fuere su jerarquía, que no respeta su condición de autoridad, que utiliza el poder



que el Estado le ha dado para fines distintos a la justicia y solución de conflictos, no sólo constituye un peligro para los justiciables sino para la estabilidad social y para la viabilidad democrática del país.

"De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo", afirma Eduardo J. Couture.

En el ejercicio de sus funciones el magistrado debe mostrar su perfil humano y su profunda vocación por la justicia. Conoce una variedad de situaciones y vivencias sociales diversas, desde cuestiones domésticas relacionadas con casos de violencia familiar o maltrato infantil, hasta aquellas que involucran derechos fundamentales como la vida,

libertad, integridad física u otros, pasando por litigios que involucran patrimonios e intereses de gran envergadura que generan presiones sobre los actores de la administración de justicia, frente a los cuales el magistrado tiene el deber de imparcialidad e independencia.

La función del magistrado asume trascendencia y complejidad cuando las causas que conoce se vinculan con la seguridad del Estado, la seguridad jurídica, el control de la constitucionalidad de las normas y la vigencia del Estado de Derecho. Ello reafirma la necesidad de contar con magistrados comprometidos con la Constitución, la ley y los valores éticos inherentes a sus funciones.

En esta medida es importante dar una mirada histórica a la figura del magistrado peruano, y conocer el valor de su autoridad y trascendencia para la sociedad y nuestro derecho.



CAPÍTULO I

LUCES Y SOMBRAS DE LA JUDICATURA NACIONAL

1. RESPETO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEY

El Poder Judicial históricamente ha sido considerado un poder del Estado de menor importancia respecto de los otros dos. En nuestra historia republicana el juez se ha percibido a sí mismo de manera sesgada, y ha sido visto por el pensamiento jurídico y político, como el funcionario público que se limita a aplicar la ley, como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley.¹

Esta situación ha dado lugar a la formación de apotegmas jurídicos, como si fueran verdades incuestionables: "*la ley es la ley*", "*juez boca de la ley*", "aun dura, la ley es la ley (*dura lex set lex*)". Ello se explica porque nuestro sistema jurídico, desde el inicio de la República, se adscribió al modelo jurídico occidental surgido después de la Revolución Francesa. Para éste la ley era expresión de la soberanía popular, emitida por el órgano que mejor la representa: el Congreso o Parlamento, de ahí su carácter de norma jurídica vinculante y obligatoria.

En esta línea de pensamiento, la Constitución Política asume un carácter declarativo no vinculante. Por esa razón en nuestra judicatura no se tiene conocimiento de la realización de control difuso de la

constitucionalidad de las leyes en el siglo XIX, a pesar de estar facultada para ello, según lo dispuso el artículo 10º de la Constitución Liberal de 1856, que señalaba: "*es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución*".

Posteriormente, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 estableció expresamente la obligación del juez de preferir la Constitución sobre cualquier otra norma legal incompatible.² Sin embargo, los magistrados de la época fueron reacios a controlar la constitucionalidad de las leyes. Recién en 1962, con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se reglamenta, en su artículo 8º, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria.

Considerando el antecedente de la Carta Política de 1856, en el siglo XX la Constitución de 1979 estableció en su artículo 87º que las normas constitucionales son de mayor jerarquía en el sistema jurídico nacional y, por tanto, ninguna otra de menor rango puede contravenir su contenido, modificarla o desnaturalizar su ámbito regulatorio. De este modo, se creó un doble filtro de control de la constitucionalidad de la ley, integrado por el sistema de control concentrado, a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales,³ y el

¹ Como seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.

² Artículo XXII del Código Civil de 1936: "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

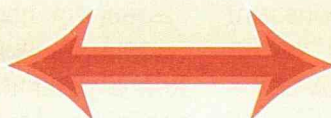
³ Este órgano constitucional autónomo, según la Carta Política de 1979, fue creado descentralizadamente estableciéndose su sede en la ciudad de Arequipa. La Constitución de 1993 lo recoge bajo la denominación de "Tribunal Constitucional".





Tribunal
Constitucional

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD



Poder
Judicial

control difuso, encargado a los jueces en todos sus niveles jerárquicos.⁴

En esta misma perspectiva, la Constitución Política de 1993 recoge esa facultad de los jueces al establecer que *"en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"*.⁵

En la importante función de ejercer el control de la constitucionalidad, algunos magistrados han destacado por sus convicciones éticas, independencia de criterio con sustento doctrinario y gran estatura moral. Ellos resolvieron causas en las que frecuentemente se percibía alta sensibilidad política y existían evidentes

presiones que ponían en riesgo su seguridad personal y familiar. Y lo hicieron dando prioridad al respeto de los derechos fundamentales y libertades constitucionales.

Algunos casos registrados en la historia judicial que constituyen referentes emblemáticos para la administración de justicia son: *"Control de la constitucionalidad de la ley en el hábeas corpus de Luis Pardo"*, *"El voto singular del magistrado Domingo García Rada"*, y *"La resolución de la jueza Antonia Saquicuray en el caso Barrios Altos"*.

En el anexo del material se encuentran los documentos y resoluciones de cada uno de los casos presentados en este capítulo. Recomendamos su lectura para ampliar el estudio de cada uno de ellos.

⁴ El control difuso de la constitucionalidad tiene su primer sustento legal en la Ley N° 23506 de 1982, sobre *hábeas corpus* y amparo, que en su artículo 3º, confiere esta facultad a los jueces ordinarios.

⁵ Constitución Política de 1993, artículo 138º, segundo párrafo.

CASO 1

Control de la constitucionalidad de la ley en el hábeas corpus de Luis Pardo

En un contexto político difícil (1920), después de instaurado el gobierno dictatorial de Augusto B. Leguía, quien derrocó al presidente José Pardo y Barreda, la Corte Suprema de Justicia pronunció una sentencia en el hábeas corpus presentado a favor del hermano del depuesto presidente, Luis Pardo, quien por razones políticas fue detenido y deportado a la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, sin orden judicial alguna.

En aplicación de la Ley N° 4007 que, contra la autonomía e independencia judicial, dispuso que los jueces y tribunales de la República corten todos los procesos judiciales abiertos contra las autoridades políticas por actos practicados para conservar el orden público, la Corte Superior de Lima había desestimado el hábeas corpus planteado. Correspondía, por tanto, a los magistrados de la Corte Suprema decidir si el Poder Judicial debía dar por concluido el hábeas corpus que se encontraba en trámite —como lo hizo la Corte Superior— o, pronunciarse acerca de si aquella ley vulneraba algún derecho constitucional.

Remitido el expediente al Fiscal Supremo Guillermo Seoane para que emita su opinión, éste se pronunció el 12 de marzo de 1920 en el sentido de que la Ley N° 4007 no podía impedir al Poder Judicial atender "la voz de quienes reclaman justicia".⁶ Sostuvo que esto no había sido entendido por la Corte Superior "al desestimar la gestión y dar por terminado el proceso; al desoír la alzada por la esposa en el recurso de hábeas corpus que demanda la libertad, en tal forma, sin examen denegada".⁷

En este extremo de su argumentación Guillermo Seoane afirmó el derecho de toda persona a la tutela judicial, así como la independencia del Poder Judicial frente a los mandatos del Poder Legislativo expresados en la ley. De ello se deriva que por ley no puede impedirse el acceso de las personas a la justicia ni menoscabarse la independencia judicial.

Respecto a la constitucionalidad o no de la Ley N° 4007, elaboró el siguiente argumento: "El artículo 8 de las reformas plebiscitarias propuestas el 10 de julio de 1919 y recogidas en el artículo 35° de la Constitución de 1920, estableció que las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad, siendo una de las garantías que nadie puede ser separado de la República ni del lugar de su residencia, sin sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería, recogido en el artículo 30° de dicha Constitución. En consecuencia, afirma que la proscripción (o deportación de Don Luis Pardo) impuesta sin previo juzgamiento, constituye una de las violaciones más intensas del derecho reconocido en el artículo 30, así como de lo dispuesto en el artículo 35°".

⁶ SEOANE, Guillermo. *Dictámenes Fiscales del Dr. Guillermo A. Seoane*. Lima, Imprenta Gloria, t. II, 1920, pp. 431-438.

⁷ Ver el texto completo del dictamen del doctor Guillermo Seoane en Anexos, pág. N° 129.



Para Seoane, no hay duda de la vulneración constitucional. Señala que si existiere alguna duda para la Corte Suprema, ello se desvirtúa esencialmente si se tiene en cuenta que la Constitución "con arreglo a los principios de la ciencia jurídica...es la *lex legum*", "... ley suprema fundamental a la que se encuentran fatalmente subordinadas todas las demás leyes siempre secundarias". En esta parte de su argumentación, afirma la jerarquía normativa de la Constitución sobre la ley, y que aquélla obliga también al Congreso cuando ejerce su función legislativa.

Mediante Ejecutoria del 26 de agosto de 1920⁸, la Corte Suprema de entonces, integrada por los magistrados Almenara, Pérez, Valcárcel, Correa y Vevan, y Morán, hizo suyo el dictamen fiscal, amparando en parte el hábeas corpus interpuesto, aunque sin pronunciarse por la inaplicabilidad de la Ley N° 4007 al caso concreto.

Al respecto señaló: "Vistos, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto superior (...) y reformándolo, declararon fundado el recurso de hábeas corpus interpuesto por Luis Pardo, quien tiene el derecho de residir en el territorio nacional mientras de él no sea privado por ejecutoria judicial que tal pena le impone; declararon no haber nulidad en el ya citado auto recurrido en lo demás que contiene y los devolvieron".

Este importante pero desconocido precedente de la jurisprudencia nacional, enaltece a los magistrados que asumieron valientemente su función de tutela de derechos fundamentales y de alguna manera reivindicó a la Corte Suprema de ese entonces.

Seis años antes, la misma Corte Suprema de Justicia fue actora de un caso anti-paradigmático, que refleja la poca independencia del Poder Judicial frente al poder político: "Es bien conocida aquella anécdota del 4 de febrero de 1914, cuando se reúnen los magistrados en Sala Plena, para contemplar el problema que comporta la usurpación del poder por el señor Benavides que acaba de deponer al señor Guillermo Billinghurst. La Sala Plena escucha alegatos altisonantes en defensa del orden jurídico, de la prevalencia de la Constitución de 1860 y la necesidad de enfrentar a este generalote que acaba de liquidar el gobierno democrático en el país. Nadie debe marchar a Palacio al besamanos. Pero cuando ya el acuerdo de la Sala Plena ha sido tomado, un vocal, el más antiguo, que había permanecido silencioso dice: «Señor Presidente. Todo esto está muy bien. Pero, ¿quién nos paga la próxima quincena?». Es entonces que fueron en corporación al besamanos y a los saraos del general Benavides, como han ido por supuesto a los saraos y besamanos posteriores. Incluso la Corte Suprema, que muchas veces mitificamos, pues la Corte Suprema de 1968 no cumplió con su deber. De tal manera que no estamos hablando del Poder Judicial de hoy, bajo el oncenio entorchado, sino que estamos hablando del Poder Judicial permanente en el Perú".⁹

Lamentablemente, muestras de sumisión al poder político como esta se han reiterado durante los posteriores gobiernos inconstitucionales en el país. Salvo honrosas excepciones, desde las más altas autoridades judiciales y fiscales hasta los magistrados de los niveles e instancias inferiores de decisión, hipotecaron su independencia ante los regímenes de facto de Velasco Alvarado, Morales Bermúdez y Alberto Fujimori.

⁸ Ver el texto completo de la Ejecutoria Suprema del 26 de agosto de 1920, en Anexos, pág. 133.

⁹ Esta anécdota fue recogida en: VALLE Riestra, Javier. El Tribunal de Garantías Constitucionales. Lima: Editora ABC, noviembre de 1981, p. 9.



CASO 2

El voto singular del magistrado Domingo García Rada

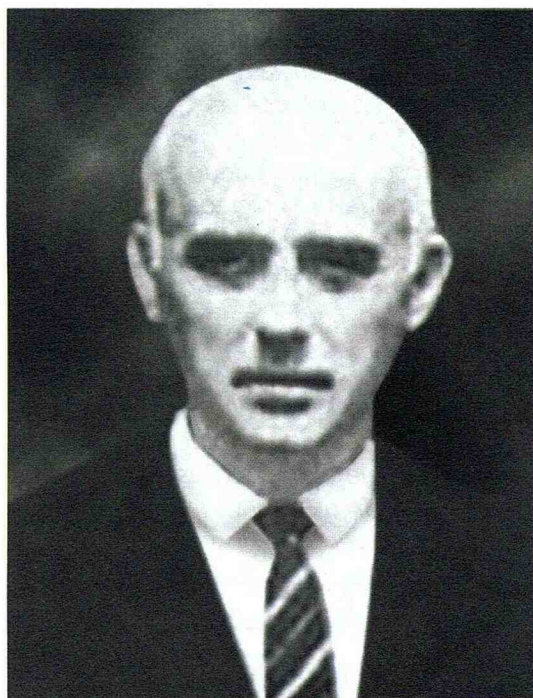
Este caso se encuentra basado en el voto singular emitido por el magistrado Domingo García Rada, sobre el hábeas corpus interpuesto a favor del depuesto ex presidente constitucional don Luis Bustamante y Rivero.

En 1955, un año antes de las elecciones presidenciales convocadas por Manuel Odría para el año 1956, el depuesto presidente Luis Bustamante y Rivero decidió retornar del exilio. Ello no obstante la Ley N° 11049, denominada Ley de Seguridad Interior de la República, que facultaba al Ministro de Gobierno a dictar las medidas convenientes para prevenir la consumación de los delitos y adoptar las medidas preventivas que creyese necesarias para garantizar la tranquilidad política y social de la República.

Para el retorno de Bustamante y Rivero fue interpuesto un hábeas corpus, el mismo que antes de ser resuelto desató una serie de presiones contra los magistrados. En esas circunstancias el jefe de Estado de entonces, Manuel A. Odría, convocó a Palacio de Gobierno al presidente del Tribunal¹⁰ que resolvería este recurso, con el propósito de conminarlo para desestimar el hábeas corpus. El diálogo con el vocal Domingo García Rada fue el siguiente:

Odría: Recuerde esto bien señor doctor, yo no perdono a quienes no me sirven.

García Rada: Señor, yo no tengo dinero y vivo de mi sueldo de la Corte, no voy a dejar a mis hijos sino mi nombre; mi honor es mi único patrimonio y no lo pierdo; si se lo doy a usted señor, ¿con qué me quedo? No



Domingo García Rada, Vocal de la Corte Suprema de la República del Perú.

puedo, señor Presidente, mi conciencia es lo primero. No tengo nada y espero el sexto hijo en estos días, pero quiero dejarles mi nombre tan limpio como lo recibí...

Odría: Fíjese, doctor, usted preside un tribunal de alta jerarquía en la capital de la República y debe tener en cuenta los intereses del país, a quien no le conviene que ingrese el doctor Bustamante. En

¹⁰ Conformaban el Tribunal los magistrados Domingo García Rada (Presidente), Octavio Santa Gadea Arana y Luis Pagador Blondet.



nombre del Perú, yo le pido que vote en contra del ingreso del ex Presidente.

García Rada: *No, señor, el país me pide honradez y dedicación, la política se la dejo a usted. Yo he adquirido con el país el compromiso de administrar justicia con rectitud y lo cumplo; quiero que el día de mañana en que usted deje la presidencia, mi nombramiento sea una de las cosas buenas que usted ha hecho y deseo que usted mismo esté convencido que como simple particular y aún sin el favor político, pues no sabemos cómo irán las cosas, esté seguro que cuando recurra a mí, siempre encontrará justicia, sea a favor o en contra del poderoso. Yo sólo puedo ejercer justicia recta, no impuesta ni dictada.*

Odría: *Piénselo usted doctor, y mañana me contesta.*

García Rada: *Es inútil, señor Presidente, hace muchos días que venimos conversando y pensando en la resolución, y estoy convencido que el doctor Bustamante tiene razón; el decir que lo voy a pensar sería engañarlo, y creo que un vocal de la Corte de Lima no puede engañar al Presidente de la República...¹¹*

En la sentencia del 25 de noviembre de 1955, García Rada, dignamente, emitió un

voto singular pronunciándose por declarar fundado el hábeas corpus, y en consecuencia, se permita el libre ingreso al país del depuesto Presidente y se enjuicie penalmente al Ministro de Gobierno, hoy del Interior. Pero los otros dos vocales declararon improcedente el hábeas corpus y ordenaron el archivo de lo actuado.¹²

Interpuesto el recurso de nulidad contra la resolución desestimatoria del hábeas corpus, los vocales supremos señores Sayán Álvarez, Lengua, Tello Vélez, Ponce Sobrevilla y Gazats, en otra muestra de sumisión al poder de facto y de autoabdicación de su función de tutela de la libertad personal, sin invocar la permisión establecida en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, por Resolución del 7 de enero de 1956, declararon No Haber Nulidad en la resolución apelada, argumentando que el Poder Judicial carece de facultad para declarar inconstitucional una ley porque sería la forma más amplia de participar en la función legislativa.

Sin embargo, el depuesto Presidente pudo ingresar al país acogiéndose a la Ley de Amnistía Política dictada por Odría a mediados de enero de 1956, días después de emitida la vergonzosa resolución suprema.

¹¹ GARCÍA RADA, Domingo. *Memorias de un Juez*. Lima: Editorial Andina, 1978, p. 178.

¹² Ver texto completo del voto singular del Vocal García Belaúnde en Anexos, pág. 134.



CASO 3

La resolución de la jueza Antonia Saquicuray en el caso Barrios Altos

En el contexto de la lucha contrasubversiva, la jueza Antonia Saquicuray se opone a una amnistía a favor de los militares que se vieron involucrados en un acto de violación a los derechos humanos.

El 15 de junio de 1995, el denominado Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley N° 26479, que amnistiaba a civiles y militares denunciados, procesados o condenados por acciones relacionadas en la lucha contra el terrorismo y ordenaba se corte la secuela de todo proceso judicial en los que estuvieren encausados los beneficiarios de la amnistía. Los militares partícipes del homicidio colectivo de Barrios Altos, procesados en la vía penal, solicitaron a la magistrada Antonia Saquicuray que en aplicación de esa norma corte el proceso penal seguido en su contra. En un acto de justicia para con las víctimas y sus familiares, mediante resolución¹³ del 16 de junio de 1995, en ejercicio de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las leyes —reconocido en el artículo 138° segundo párrafo de la Constitución de 1993—, la jueza declaró inaplicable la ley al caso referido y ordenó la continuación del proceso. Esta resolución contó con el dictamen favorable de la Fiscal Provincial Ana Cecilia Magallanes. El 28 de junio de 1995, antes que la Sala Penal Superior resuelva la apelación interpuesta contra la resolución judicial, el Congreso Constituyente Democrático dictó la Ley N° 26492, que estableció que las leyes de amnistía no eran revisables en sede judicial y

que esta disposición no significaba intervención en materia jurisdiccional.

Lamentablemente, los magistrados superiores y supremos no reafirmaron la independencia judicial, produciéndose otro caso antiparadigmático. En la apelación planteada por los inculcados, la Sala Penal Superior aplicó la Ley N° 26492 y revocó por mayoría la resolución de la jueza, argumentando que la ley de amnistía N° 26479 no violaba la independencia del Poder Judicial y que éste no podía inaplicar la norma pues había sido expedida en ejercicio de las facultades del Congreso Constituyente Democrático. Además de ello, en un acto de inaudita sumisión, dispuso que la doctora Saquicuray sea sometida a una investigación por el órgano correspondiente.

Al final, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio la razón a la jueza Saquicuray. El 14 de marzo de 2001, en su sentencia sobre el caso Barrios Altos, ese organismo declaró que *"las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos"*.¹⁴

¹³ Ver texto completo de la resolución de la jueza Saquicuray en la pág. 137.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia del 14 de marzo del 2001.



2. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA JUDICATURA NORTEAMERICANA

En la experiencia comparada, el control de la constitucionalidad nació y se consolidó en la judicatura norteamericana del siglo XVIII. Porque se adscribió al sistema jurídico anglosajón, en el que el juez, a través de su jurisprudencia vinculante, de alguna manera "crea" normas cuando las interpreta. Es necesario rescatar los aspectos positivos de esta experiencia en lo aplicable a la judicatura peruana.

Es importante analizar el caso de la judicatura norteamericana, porque sentó las bases de su independencia funcional mediante el respeto a la Constitución, a la que se la prefiere por su mayor jerarquía



El juez John Marshall (1755 - 1835), "el espíritu independiente de la judicatura norteamericana".

normativa. Quizás las bondades del sistema se originen en esta constante.

La judicatura norteamericana consolidó su independencia a partir de la adopción de la Constitución Federal de 1787, que fuera objeto de 10 enmiendas en 1791. Los jueces se consideran custodios de la norma constitucional por ser obligatoria y de jerarquía superior a la ley, prefiriéndola en caso de conflicto.

El fundamento jurídico-filosófico de tal consideración, que a su vez contiene la "exposición de motivos" de la Constitución Federal, se encuentra en *El Federalista*.¹⁵ Este es el texto político de mayor relevancia en la época. Fue elaborado en forma de escritos periodísticos destinados a sustentar la conveniencia de que el Estado de Nueva York adopte la Constitución Federal, que fue votada en la Convención de Filadelfia el 13 de setiembre de 1787.

El texto establece pautas importantes sobre la necesidad de un Poder Judicial independiente, por la importancia de la función que se le atribuye. Se equipara en importancia con el Poder Legislativo, por la necesidad de interpretación uniforme de las leyes. Por ello, debe garantizarse la independencia del órgano judicial, otorgando estabilidad en el cargo a los jueces mientras mantengan buena conducta, estabilidad que se deriva del reconocimiento de una situación objetiva: el Poder Judicial no influye sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, sino que únicamente posee discernimiento.

Para los autores de *El Federalista*, la independencia judicial no sólo se asegura con la estabilidad en el cargo de los jueces mientras observen buena conducta, sino esencialmente

¹⁵ HAMILTON, MADISON y JAY. *El Federalista o la Nueva Constitución*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 347. Este texto es citado para elaborar la visión y experiencia de la judicatura norteamericana.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996, p. 46.

cuando aquellos tienen un espíritu independiente. Éste se desarrolla cuando actúan como custodios de la Constitución, que expresa mejor la voluntad del pueblo.

Ese espíritu independiente de la judicatura norteamericana, se manifestó en la sentencia expedida por el juez John Marshall en el caso *Madison versus Marbury*, en 1803, durante el gobierno de Thomas Jefferson, quien asumió la presidencia en marzo de 1801. Esta sentencia es considerada como una de los más importantes "leading case" (o gran precedente), además de referente de lo que hoy conocemos como control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

El juez Marshall, "un militar que había combatido en la Guerra de Independencia, después de seguir un breve curso de derecho",¹⁶ llegó a ser magistrado y en ejercicio de sus funciones expidió un fallo que sentó las bases del control difuso del constitucionalismo americano. Los hechos se exponen a continuación.

Próximo a culminar su período, el Presidente Adams designó determinado número de jueces de paz para el distrito de Columbia, y el Senado oportunamente ratificó los nombramientos. Entre los jueces designados se encontraba Marbury, cuyo nombramiento, debidamente firmado por el Presidente de la República y legalizado con el sello del Gobierno de los EE.UU., no le fue entregado. El Presidente Jefferson, sucesor de Adams, acordó con el Secretario de Estado Madison, que no se le entregará el nombramiento al juez Marbury, pues estimaba que la designación solo tenía el carácter de consumada mediante la entrega del documento que la contenía, lo que no había sucedido.

Marbury promovió ante la Corte Suprema el "mandamus" para que se ordene hacer efectivo su nombramiento. Este pedido fue desestimado por el juez Marshall, pero con una fundamentación que sentaría un importante logro para la judicatura norteamericana: reconocer la facultad del magistrado para "negar validez a las leyes nacionales que se interpretasen contrarias a la Constitución".¹⁷ En uno de los párrafos más sobresalientes de la sentencia,¹⁸ Marshall sostuvo:

*"hay sólo dos alternativas —demasiado claras para ser discutidas—: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza..."*¹⁹

Este importante precedente de control judicial de constitucionalidad, establecido por el caso *William Marbury contra Madison*, constituye un claro ejemplo de revisión en instancia judicial (judicial review²⁰) de la inaplicación de una norma contraria a la Constitución, donde destaca la claridad del razonamiento judicial empleado.

¹⁷ GARGARELLA, R. Ob. cit., p. 46

¹⁸ Ver texto completo de la sentencia en versión traducida al castellano, en la pág. 139.

¹⁹ Marbury vs. Madison, citado en: GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 47.

²⁰ Debe entenderse como revisión judicial. Véase *Diccionario terminológico de Derecho*. Madrid: Distribuciones de la Ley, 1992, p. 179.



CAPÍTULO II

EL MAGISTRADO Y EL ESTADO DE DERECHO

Uno de los presupuestos del Estado de Derecho²¹ "consiste en asegurar una administración de justicia independiente de quienes dictan las normas generales que regulan el uso de la coacción (...). Cuando esa independencia se da efectivamente, los jueces comparten una cuota de poder apreciable".²² En realidad, aunque los magistrados tienen "un tercio del total del poder formal (...) no significa que deban ocupar el tercer lugar en la tríada del poder",²³ puesto que la jurisdicción que ejercen —y que emana del pueblo— tiene el mismo rango institucional respecto de los otros poderes del Estado.

El Estado de Derecho "tiene como objetivo eliminar la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos".²⁴ Esto lo diferencia del Estado autoritario, que no está regido por las normas sino por la voluntad de quien o quienes detentan el poder político. El Estado de Derecho tiene una esencia democrática porque establece límites normativos a la actividad del Estado con el propósito de garantizar el respeto a los derechos

humanos aunque también es cierto que a través de las leyes debe limitar los excesos en las conductas individuales.

Cuando el magistrado determina la verdad y procura alcanzar el objetivo final de justicia en forma imparcial e independiente, "prescindiendo de sinsabores o peligros, sin complacencias para los gobernantes ni sentimentalismos para los gobernados", como lo señaló el Fiscal Supremo Guillermo Seoane,²⁵ contribuye a consolidar el Estado de Derecho y la independencia del Poder Judicial.

Al actuar así, el magistrado reafirma su convicción de que la potestad de administrar justicia emana del Pueblo,²⁶ y legítima —por su aceptación social— al Poder Judicial ante la sociedad. Se puede afirmar que sólo el Estado Constitucional de Derecho asegura el ejercicio de los derechos individuales y de la administración de justicia con independencia e imparcialidad.

"La sola sospecha popular de falta de independencia del Poder Judicial

²¹ En realidad el término apropiado es Estado Constitucional ya que el Estado de Derecho en teoría no representa ningún valor sino que es meramente formal. El Estado Constitucional enfatiza los principios democráticos que defiende este Estado. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999, cap.2.

²² NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 551.

²³ DROMI, Roberto. *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires. Editorial Ciudad Argentina, p. 236.

²⁴ CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo. Origen, análisis normativo comparativo. Regulación y perspectivas en Perú*. Lima: Editorial Alternativas, julio 2001, p. 2.

²⁵ En su dictamen emitido en 1920.

²⁶ De acuerdo al artículo 138, primer párrafo de la Constitución de 1993.



respecto de los demás poderes y de los factores de poder, es razón suficiente de preocupante inseguridad política" ²⁷.

Esta situación se revierte con una actuación independiente de los magistrados al emitir sus decisiones, no sólo con respeto del ordenamiento jurídico de la nación sino también siguiendo una línea jurisprudencial uniforme y coherente que sirva de precedente obligatorio para los jueces de todos los niveles.

1. LA MAGISTRATURA, SUSTENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

La democracia es la organización política de la libertad; sin un ejercicio efectivo de la libertad y sin un Poder Judicial independiente que la garantice, no puede haber democracia. El magistrado, entonces, es parte esencial de la existencia de un verdadero Estado democrático.

El ideal de una democracia es que "entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez" ²⁸ que actúe con independencia y garantice el derecho de toda persona al debido proceso. Este último consiste en la posibilidad de acceso activo —por propia iniciativa— o pasivo —por iniciativa de otro— a un proceso debido en protección de un derecho individual amenazado.

Por tanto, en un Estado democrático, como al que se adscribe el Perú según el artículo 43º, primer párrafo, de la Constitución de 1993 vigente, no puede negarse a las

personas el acceso a la jurisdicción en ningún caso, ni establecerse materias que estén exentas de control judicial, puesto que en una democracia no cabe el secreto ni la discrecionalidad. De allí que los actos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como de los órganos constitucionales autónomos, tienen que ser conocidos y sustentados en razones fácticas y normativas.

El régimen democrático asimismo se sustenta en la defensa de principios centrales como el de la autonomía, dignidad y de la inviolabilidad de las personas ²⁹, lo cual implica que el Estado podrá actuar legislativamente en procura de incentivar la autonomía y la igualdad entre los ciudadanos mientras que la Administración de Justicia velará porque en esta acción estatal no se vulneren libertades básicas que al mismo tiempo existen para asegurar la autonomía y la igualdad ³⁰.

Siguiendo también las líneas más actuales referentes a la comprensión de un sistema democrático como un sistema de comunicación y de deliberación ³¹ en donde los actores tienen que justificar ante los demás sus decisiones para que todos se sientan realmente representados dentro del proceso político, se espera entonces que el magistrado sea un comunicador constante y que esté siempre en condiciones de argumentar con buenas razones sus resoluciones ante las partes y tratándose de un caso difícil o trágico ante toda la ciudadanía.

Asimismo, la búsqueda de razones en los actos públicos explica lo que debe ser la

²⁷ DROMI, Roberto. Ob. cit., p. 229.

²⁸ NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 446.

²⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

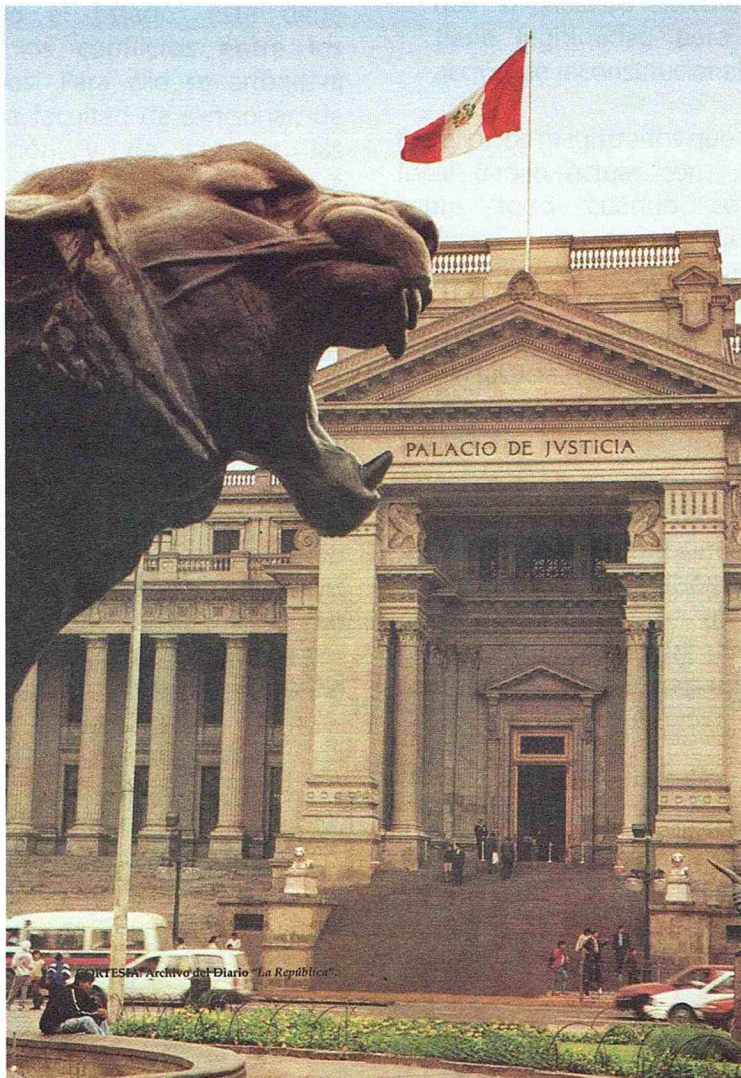
³⁰ MARTIN, Rex. *Un Sistema de Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 191.

³¹ ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999; ELSTER, Jon. (Ed) *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.



actitud del juez frente a la ley en una democracia: respetar las *razones* que se han impuesto en el debate democrático. Los ciudadanos de una democracia exigen que los jueces estén sometidos a la ley de una forma igualmente alejada tanto del formalismo como del finalismo (en la interpretación de la ley), que desvirtúen ese

sometimiento. Pero el que la ley haya sido adoptada sustentándose en razones, como consecuencia del debate democrático, no enerva la obligación del juez de preferir la Constitución a la ley en caso determine que ésta es incompatible con aquélla, después de interpretarla y asumir que no era conforme a la Constitución.



Uno de los presupuestos del Estado de Derecho consiste en asegurar una administración de justicia independiente.

CAPÍTULO III

EL MAGISTRADO RESTAURADOR DE LA PAZ SOCIAL

Establecido el Estado, éste debe resolver los conflictos entre los ciudadanos. Para ello se arroga el monopolio de la facultad de sancionar, de usar la coacción y de corregir las desigualdades, facultades que ejerce a través del Poder Judicial. Éste no decide en forma discrecional sino con respeto al ordenamiento jurídico previamente establecido que, a la par de reconocer derechos y garantías a las personas sometidas a su jurisdicción, otorga además al Ministerio Público la facultad de velar por los intereses del conjunto social.

Esa potestad del Ministerio Público "incluye la pretensión de que se cumplan regularmente las leyes aun en contra del gobierno de turno al actuar como defensor de la legalidad"³² y de velar por la constitucionalidad de las leyes, puesto

que en nuestro sistema constitucional tiene legitimidad para interponer la acción de inconstitucionalidad.

Por ello, los magistrados que ejercen función fiscal deben actuar con independencia, sobre todo cuando conducen —en exclusiva— la investigación del delito, exclusividad con la que se asegura tanto la autonomía de esa investigación (penal) de posibles influencias gubernamentales, como que la justicia tome la suficiente distancia de los resultados de esa investigación.

Cuando el juez resuelve con justicia y mediante un debido proceso el conflicto sometido a su conocimiento, conflicto derivado de la vulneración a un derecho o por la infracción de un bien jurídico penalmente protegido, causado por la comisión de delitos, restaura la paz social



³² Artículo 159 inciso 1 de la Constitución de 1993: "Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho."

que tales actos perturbaron. Con la aplicación de las normas jurídicas pertinentes para la resolución del conflicto, afirma la efectividad y vigencia del sistema jurídico y de la administración de justicia. Con la firmeza y uniformidad de sus decisiones adoptadas conforme a Derecho,

demuestra su capacidad para prevenir tales conflictos y, sobre todo, otorga a la ciudadanía la seguridad de que en caso alguno de sus miembros sea sometido a su jurisdicción, respetará sus derechos constitucionales dentro del marco de un debido proceso.



CAPÍTULO IV

CARRERA JUDICIAL Y CARRERA FISCAL EN EL PERÚ

Si queremos desarrollar las mejores aptitudes de nuestros jueces y fiscales, es preciso definir claramente la naturaleza de la carrera judicial y de la carrera fiscal basadas en principio en lo que señala nuestro ordenamiento constitucional. Ciertamente la existencia de una carrera judicial y fiscal es un factor determinante para garantizar la independencia del magistrado. Sin embargo, hay que tener presente que los orígenes de la carrera judicial y la fiscal se asocian inicialmente a la imagen del "magistrado-funcionario", servidor del Estado que no puede controlar al legislador y está subordinado a él. Más aún en nuestro contexto político, en donde la existencia de un régimen presidencial ha hecho depender siempre a la judicatura del ejecutivo, la carrera judicial puede más bien asociarse con la falta de independencia, aun cuando esto pudiese ser superado haciendo que los nombramientos procedan de la Corte Suprema u otros órganos independientes del ejecutivo por ejemplo.

En todo caso, la mejor solución a todos estos problemas es el reconocimiento del juez o del fiscal como un *garantista de las libertades ciudadanas*³³ y que el mismo magistrado se identifique como miembro

de una corporación encargada de esta tarea fundamental para la existencia del Estado democrático. En otras palabras, los órganos de gobierno deben aceptar este rol de la magistratura y también los magistrados deben reconocer plenamente sus funciones pudiendo así actuar como una corporación poderosa cuando vean que sus fueros pretenden ser avasallados.

Por ello, una carrera judicial y fiscal que parta de este principio será un factor determinante para garantizar la independencia del magistrado que debe estar enmarcada dentro de un sistema con reglas claras, competitivo y transparente para la selección, designación, promoción y permanencia en el cargo de los miembros de la magistratura³⁴.

Evidentemente, la carrera judicial y la carrera fiscal implican no solamente ingresar a dos corporaciones jerárquicas en sus estructuras y en donde a medida que se asciende las obligaciones y las responsabilidades crecen, sino también significa ser consciente de que se trata de carreras paralelas y que persiguen un mismo fin que es el de lograr

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías, La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

³⁴ A propósito recomendamos la lectura de la investigación del profesor Gorki Gonzales recientemente publicada. GONZALES, Gorki. "La Carrera Judicial en el Perú: estudio analítico y comparativo". *Pensamiento Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII, N° 8, diciembre 2,001.



un servicio de justicia razonable y asequible a todos. Esto debe significar entonces que tanto jueces como fiscales deben trabajar en conjunto y sin rivalidades para que el sistema opere correctamente.

Hay que resaltar siempre este rol corporativo del Poder Judicial y el Ministerio Público pues cada uno de los integrantes de estos cuerpos encargados de administrar la justicia y defender a los ciudadanos deben ser conscientes que también tienen obligaciones al interior de la corporación, es decir, que la responsabilidad de sus integrantes no solamente abarcará a los justiciables sino a sus propios colegas del Poder Judicial y del Ministerio Público. La confianza entonces al interior de estos cuerpos de justicia debe ser plena y absoluta pues la ausencia de la misma afectaría el desarrollo y logro de sus funciones y el fracaso de cualquier acción colectiva. Debemos recordar también que cuanto más prestigioso sea el órgano o el grupo, menos incentivos existirán para la desertión de sus integrantes ³⁵ y el prestigio de la corporación

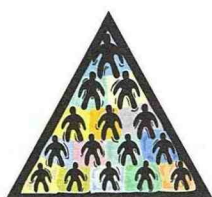
nacerá justamente del alto grado de confianza que se dé entre todos los integrantes. Por último, el prestigio del Poder Judicial dependerá del prestigio del Ministerio Público y viceversa, lo cual refuerza la obligación de la cooperación y colaboración entre todos.

La sociedad ciertamente exige premura en los fallos, accesibilidad a la justicia, transparencia en la conducción de los procesos y determinada predictibilidad en las sentencias, pero para conseguir todo esto requerimos de jueces y fiscales capaces de satisfacer tales necesidades. Ellos a su vez deberían exigir también una designación legítima, una independencia funcional y estabilidad en el cargo, con lo cual se estaría en condiciones de desarrollar un servicio de justicia eficiente.

Así pues, el Ministerio Público como titular de la acción penal debe perseguir cualquier conducta delincinencial de oficio, incoar la acción penal, aportar elementos probatorios y solicitar la aplicación de la ley penal para el



CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA RESPONDER A LAS DEMANDAS DE LA SOCIEDAD



SOCIEDAD

Accesibilidad a la justicia

Transparencia

Celeridad en los fallos



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Autónoma

Honesta

Imparcial

Eficiente

35

Este es un tema crucial respecto al problema de la corrupción al interior del Poder Judicial y del Ministerio Público, pues según los enfoques de teoría de elección pública, solamente si existe una corporación que carece de prestigio y es en extremo heterogénea entonces se generarán los incentivos para desertar de la corporación; en cambio, si la corporación es más bien homogénea y prestigiosa entonces nadie deseará ser excluido de ella, y por lo tanto respetará las reglas de la corporación. Cfr. OLSON, Mancur. "La Lógica de la Acción Colectiva" en: *Auge y Decadencia de las Naciones*. Barcelona: Ariel, 1985.

imputado del delito; empero, dada la imposibilidad de perseguir todos los delitos y a todos los delincuentes y los problemas que puede traer una congestión procesal, se debe hacer una selección y una excepción al principio de legalidad, esto a través del principio de oportunidad. Este principio también requerirá mucha prudencia, pues podría inclusive evitarse que se llegue a abrir el proceso.

Al igual que el juez el fiscal también deberá estar en condiciones de mantener siempre su autonomía, en su caso tanto respecto del Poder Judicial como del Poder Ejecutivo, debiendo sostener también una conducta imparcial en la resolución o dictamen fiscal, es decir, una ausencia de interés subjetivo u objetivo en el caso. Por su parte, el principio de unidad que busca la unificación de criterios en la función fiscal reafirma la importancia de la jerarquía de la que hablábamos anteriormente, pues para la unidad de criterios se requiere de cierta dependencia, sin que esto signifique obviamente pérdida de independencia.

"Por el principio de unidad no se puede doblar el principio de independencia que rige la actuación de toda autoridad judicial. En tal sentido, la sucesión de representantes fiscales en un determinado caso obliga a una actuación en cumplimiento de las formalidades procesales, pero no de la misma manera, cuando tenga que emitir una opinión, pues los fundamentos de quien ejerce un cargo en tal momento pueden ser distintos al del fiscal anterior; obviamente deberá sustentarlo debidamente." ³⁶

En otras realidades el Ministerio Público personifica el interés público pero también

cumple funciones administrativas al ser el representante del Ejecutivo cerca del Poder Judicial, y en este sentido su autonomía e independencia pueden ponerse a prueba; sin embargo, más importante es su función de promover la actuación judicial defendiendo los derechos ciudadanos, estando ahora más próximo al Poder Judicial que al ejecutivo.³⁷ En realidad, su lugar ideal sería ubicarse en medio del Poder Judicial y el Ejecutivo, ejerciendo la tarea de nexo comunicador entre ambos.

El juez, por su parte, además de todas las cosas ya mencionadas respecto a su autonomía, honestidad, imparcialidad, ponderación, entre otras, debe ser un difusor consciente y efectivo de los valores constitucionales, lo cual significa un compromiso y un conocimiento real de los derechos ciudadanos.

Evidentemente para que la autonomía de jueces y fiscales sea real debe existir una plena autonomía presupuestal. No sólo se trata de mayores recursos para el sector, que sin duda son favorables, sino un mayor nivel de manejo independiente de los mismos.

Entre los problemas que más han golpeado a la administración de justicia en el Perú está la corrupción, que en muchos casos ha afectado gravemente la moral de los magistrados. Éstos han visto envueltas en ella a sus más altas autoridades, que abdicaron de sus principios e independencia y se sometieron a intereses ajenos a sus funciones.

Durante la república han sido muchas las iniciativas que trataron el fenómeno de la corrupción con resultados poco alentadores y que no lograron un cambio de actitud en

³⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "Perfil del Fiscal" Academia de la Magistratura, *Materiales de Enseñanza, Programa de Actualización y Perfeccionamiento*, 1999. p. 430.

³⁷ GIL ALBERT, V. J. "El Ministerio Público en la Constitución", en *Poder Judicial*, Vol., I Madrid, 1983.p.120. Tomado de SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op.cit., p.419.



el funcionario judicial y en el propio usuario del sistema de justicia.

Muchos dictadores, no obstante haber participado de intentos reiterados por someter la voluntad de los jueces, fueron duros críticos de la corrupción. Manuel A. Odría, calificó de "corruptos" a los jueces, Juan Velasco Alvarado los llamó "sirvientes del gamonalismo y de los barones del azúcar", y Alberto Fujimori los denominó "chacales" y sostuvo que la administración de justicia era "corrupta y paquidérmica". Pero en lugar de erradicarla, la profundizaron, ya que sus acciones para controlar la administración de justicia constituían el otro rostro de la corrupción, sin lugar a dudas la más peligrosa para la seguridad jurídica y la institucionalidad del país.

A la caída del régimen de Alberto Fujimori y develado todo el proceso de sometimiento de la justicia, mediante una Comisión el Poder Judicial realizó una evaluación de sus lamentables consecuencias, que fueron recogidas en el *Informe Final* de la Comisión de Investigación "Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción".³⁸

En una de sus conclusiones el Informe de la Comisión señala:

"7. La corrupción funcional, fenómeno funcional, fenómeno cultural desvalorado social y jurídicamente que se observa en el Poder Judicial, no obstante sus características que lo singularizan,

*forma parte de un macrosistema de prácticas y mecanismos de corrupción que se presentan en mayor o menor grado en la totalidad de las instituciones y órganos de la administración pública, entendida esta en sentido lato".*³⁹

La imagen y credibilidad del Poder Judicial y del Ministerio Público se encuentran gravemente afectadas ante la opinión pública nacional. Este fenómeno de desaprobación no es reciente ni único en nuestra historia. En 1902, en sus reflexiones sobre la justicia peruana, Manuel González Prada dio una idea clara de cómo el ciudadano percibe el problema de la corrupción:

*"Si la Justicia clásica llevaba en los ojos una venda, al mismo tiempo que en una mano tenía la espada y con la otra sostenía una balanza en el fiel; la Justicia criolla posee manos libres para coger lo que venga y ojos abiertos para divisar de qué lado alumbran los soles".*⁴⁰

Un desafío para el sistema de justicia constituye el proceso judicial destinado a juzgar a los partícipes de la red de corrupción que durante el decenio de Alberto Fujimori gobernó al país, afectando particularmente la credibilidad del Poder Judicial y el Ministerio Público. En un esfuerzo por recuperar su confiabilidad y autoridad moral, estas instituciones, por primera vez en la historia del país, han dispuesto la investigación y procesamiento

³⁸ CONSEJO TRANSITORIO DEL PODER JUDICIAL. COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN "PLANIFICACIÓN DE POLÍTICAS DE MORALIZACIÓN, ETICIDAD Y ANTICORRUPCIÓN". *Informe Final*. Lima, marzo de 2001. El estudio culminó en febrero de 2001. La presidencia de la Comisión estuvo a cargo de los consejeros doctor Hugo Sivina Hurtado (Vocal Supremo) y del doctor Róger Rodríguez Iturri (jurista integrante del Consejo Transitorio del Poder Judicial y el Director General de la Academia de la Magistratura). El equipo a cargo del estudio lo constituyeron los doctores Segundo Baltazar Morales, Susana Castañeda Otsu, Miguel Ricardo Castañeda, Ernesto Lechuga Pino, Antonio Peña Jumpa y Pablo Rogelio Talavera. Como asesores actuaron los doctores Juan Carlos Valdivia y Sara Cárdenas Llerena.

³⁹ Ver texto del *Informe final* de la citada Comisión, "Diagnóstico de la Corrupción Judicial en el Perú". P. 157.

⁴⁰ GONZÁLEZ PRADA, Manuel. "Nuestros Magistrados". En: *Horas de Lucha*. 1ª edición. Lima: Ed. Chirre S.A., 1902, p. 95.



penal de todo un conglomerado de políticos, encabezados por el ex Presidente de la República, ministros de Estado, vocales supremos, vocales superiores, jueces, Fiscal de la Nación, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, congresistas, altos mandos militares y policiales, Jefe de la Oficina de Procesos Electorales, dueños de los principales medios de comunicación, connotados empresarios, dueños de bancos, alcaldes, conductores de programas televisivos y abogados.

La investigación judicial de esta red de corrupción es un caso inédito en la historia de nuestra patria.⁴¹

• **Nuevos retos o desafíos de la magistratura**

Rescatando la parte no contaminada de la magistratura y asumiendo como paradigmas los valiosos ejemplos de independencia y decoro judicial que se han expuesto, corresponde a los actuales jueces y fiscales revertir la imagen negativa del Poder Judicial y del Ministerio Público mediante la afirmación de valores éticos que les procuren paz interna y realización personal, propósito para el cual se dirige este Módulo.

La magistratura peruana debe asumir el reto de erigirse como un verdadero Poder del Estado que, con la eficiencia y liderazgo de sus miembros en todas sus instancias, se mantenga al margen de intereses personales subalternos, políticos, partidarios y de grupos de poder, e imparta justicia con sustento jurídico, previsibilidad y honestidad en todas y cada una de sus resoluciones.

Resumiendo tenemos:

Exigencias de la sociedad

Entre los planteamientos que reclama la sociedad en su conjunto pueden señalarse en líneas generales los siguientes:

- Mayor celeridad y eficiencia en el cumplimiento de los plazos procesales.
- Creación de mecanismos para mayor accesibilidad al servicio judicial.
- Mayor honestidad, imparcialidad y transparencia en la conducción de los procesos y en la formulación de los fallos judiciales.
- Mayor uniformidad de criterios para sentenciar en casos similares.

Exigencias de la función jurisdiccional:

- Legitimidad de la designación.
- Independencia funcional.
- Estabilidad en el cargo.
- Carga procesal razonable.⁴²

Los magistrados deben poseer cualidades ideales para satisfacer las exigencias de la sociedad y de la función jurisdiccional.

⁴¹ Las personas que manejaban la red de corrupción pertenecían a la alta criminalidad organizada. Las actividades delictivas que se perpetraban en un ámbito eran desconocidas por los que actuaban en otro, ya que operaban bajo la modalidad de estancos compartimentados.

⁴² CONSEJO TRANSITORIO DEL PODER JUDICIAL. *Informe Final, Comisión de Investigación "Planificación de Políticas de Moralización, Eficacia y Anticorrupción"*, p. 28

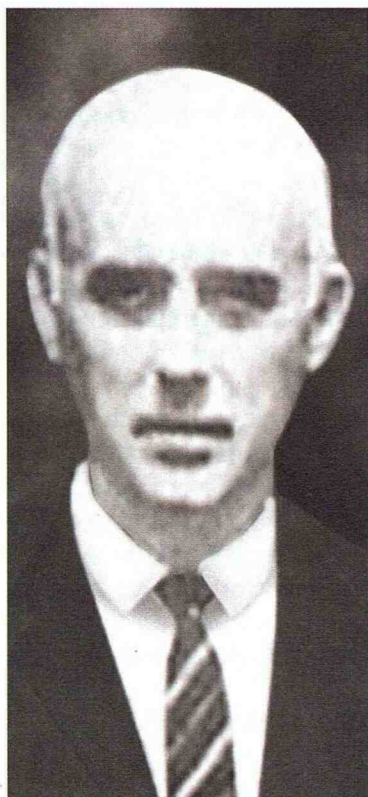


Deben asumir con convicción su función y las decisiones que deriven de su ejercicio, conforme a Derecho y según sus valores y principios éticos.

"Existencialmente, debe haber programado su vida de tal modo que la justicia le importe vitalmente. Todo esto está en su buena conciencia, conciencia por la

cual la sociedad lo unge juez y no otra cosa", señala Herrendorf.⁴³

En los capítulos siguientes se desarrollan temas que tienen como propósito dignificar a la magistratura peruana para que asuma el liderazgo que por su importante función está llamada a cumplir en la vida del país.



Domingo García Rada, Vocal de la Corte Suprema de la República del Perú.



Gonzalo Ortiz de Zevallos, Primer Fiscal de la Nación.



Carlos Ernesto Giusti Acuña, Vocal de la Corte Suprema de la República del Perú.

Ejemplo y guía para los jueces y fiscales del Perú.

⁴³ HERRENDORF, Daniel. *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces, qué piensan*. 2ª edición. Artes Gráficas Candil S.R.L., Buenos Aires, Año 1994, pp. 54-55.



RESUMEN DE LA PRIMERA PARTE

EL MAGISTRADO EN EL PERÚ

1. El magistrado es la piedra angular de la justicia, porque es el depositario de la función del Estado de administrar justicia. Cuando determina la verdad y procura alcanzar la justicia en forma imparcial e independiente contribuye a consolidar el Estado de Derecho y la independencia del Poder Judicial.

Es parte esencial de la existencia de un Estado democrático, porque el ideal de una democracia es que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez.

Se convierte en restaurador de la paz social cuando resuelve los conflictos entre los ciudadanos y se arroga el monopolio de la facultad de sancionar, de usar la coacción y de componer los litigios que el Estado, a través del Poder Judicial, le ha otorgado.

2. Históricamente, por la sumisión de los magistrados al Poder Ejecutivo y la ausencia de control de la constitucionalidad de las leyes, el Poder Judicial ha sido considerado un poder del Estado de menor importancia respecto al Ejecutivo y Legislativo.

En la historia republicana, el juez peruano ha sido percibido como un mero aplicador de la ley, como el

instrumento que pronuncia las palabras de la ley, pero que tiene limitaciones para cuestionar la validez y constitucionalidad de las mismas.

3. El balance de la administración de justicia durante la república ofrece un saldo negativo. Pese a existir casos emblemáticos de magistrados honestos, los problemas de corrupción y de falta de independencia, entre otros factores, han generado un sentimiento de desconfianza frente a la justicia y su desaprobación social. El ejercicio del control de la constitucionalidad ha determinado la existencia de magistrados que han destacado por sus convicciones éticas, independencia de criterio con sustento doctrinario y gran estatura moral, que han actuado priorizando el respeto de los derechos fundamentales. La historia judicial registra los casos que, por su independencia y respeto a la Constitución, constituyen referentes emblemáticos para la administración de justicia:

- El importante dictamen que emitió el Fiscal Supremo Guillermo Seoane sobre control de constitucionalidad de la ley, en el hábeas corpus de don Luis Pardo en agosto de 1920,



- El voto singular emitido por el magistrado Domingo García Rada en la sentencia del 25 de noviembre de 1955 sobre el hábeas corpus interpuesto a favor del depuesto ex presidente constitucional Luis Bustamante y Rivero.
- La resolución dictada por la jueza Antonia Saquicuray en el caso Barrios Altos, al declarar la inaplicabilidad de una ley inconstitucional, resolución que contó con el dictamen favorable de la fiscal Ana Cecilia Magallanes.
- En la experiencia comparada, el control constitucional nació y se consolidó en la judicatura norteamericana en el siglo XVIII y se manifestó en la sentencia expedida por el juez John Marshall en el caso Madison contra Marbury, en 1803, considerada "leading case" o gran precedente.

4. Uno de los problemas que más ha golpeado a la administración de justicia en el Perú, es el fenómeno de la corrupción, que ha afectado gravemente la moral de los magistrados. La imagen y la credibilidad del Poder Judicial y del Ministerio Público se encuentran deterioradas ante la opinión pública nacional, desaprobación que no es reciente ni única en nuestra historia.

Hay una parte no contaminada de la magistratura. Los magistrados deben asumir como paradigmas, los valiosos ejemplos de independencia y decoro judicial identificados. Los magistrados deben poseer cualidades ideales para satisfacer las exigencias de la sociedad

y de la función jurisdiccional, asumir su función y las decisiones que deriven de su ejercicio conforme a derecho.

5. La carrera judicial y fiscal es un factor determinante para garantizar la independencia del magistrado. Debe estar enmarcada dentro de un sistema judicial con reglas claras, competitivo y transparente para la selección, designación, promoción y permanencia en el cargo de los miembros de la magistratura.

La magistratura debe estar exenta de toda injerencia de órganos políticos. Hay que sustraerla de cualquier presión política, para impedir cualquier quiebre de su institucionalidad.

6. Otro de los ingredientes fundamentales para asegurar la independencia de la judicatura es su autonomía presupuestal. No sólo se trata de mayores recursos para el sector, que sin duda son favorables, sino también de un mayor nivel de manejo independiente de los mismos.

La mejor forma de lograr la independencia de la magistratura es restableciendo la confianza al interior del Poder Judicial y del Ministerio Público y posibilitando también la cooperación entre sus miembros. Se trata también de la creación de una corporación prestigiosa que evite precisamente la deserción de sus integrantes. Una de las razones que pueden servir para elevar la autoestima de la magistratura es también el reconocimiento de los magistrados como defensores de la democracia y los derechos individuales.



Segunda Parte

**FUNDAMENTOS PARA
UNA ÉTICA DE LA
MAGISTRATURA**

INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas el Perú ha vivido dos grandes tragedias: la experiencia terrorista en la década de los ochenta y la dictadura de una organización mafiosa en los noventa. La primera significó la muerte de más de 25 mil peruanos y pérdidas millonarias. La segunda ha sido tan destructiva como la anterior porque ha socavado los precarios fundamentos de la moral de nuestra sociedad, destruyendo a través de la corrupción, instituciones importantes del sistema judicial, las Fuerzas Armadas, los medios de comunicación. Nos podemos preguntar ¿cómo ha sido posible esto? Una de las respuestas es por la precariedad de nuestra conciencia ciudadana. No hemos tenido, ni tenemos una ciudadanía bien constituida, no existe una conciencia clara de nuestros derechos y deberes. El subdesarrollo no sólo es económico, es también cultural y sobre todo moral.

Y eso que se da en el país se da también en la Magistratura. Por consiguiente, la formación ética es fundamental.

Una administración de justicia óptima presupone magistrados con una formación profesional adecuada a su función y una idoneidad ética especial. La ética es un referente obligado en la administración de justicia. El juez no puede dejar de ser imparcial ni el fiscal puede dejar de buscar la verdad incondicionalmente, pues de no serlo se desnaturaliza completamente su función. Cuando el ejercicio de la magistratura se desliga de los principios éticos fundamentales se generan las condiciones de la corrupción.

Por esta razón, en la presente parte de este material empezaremos por esclarecer qué abarca el ámbito de lo ético. En segundo lugar veremos cómo se construye la conciencia moral de la persona, para finalmente presentar los dos grandes modelos de la ética: el paradigma de la ética de las virtudes y el paradigma de la ética de los principios, mencionando, sin embargo, a través de casos prácticos, distintas situaciones en las que ambos paradigmas podrían entrar en colisión, produciendo lo que se llamará un dilema ético, el mismo que pese a todo tendrá que ser resuelto de alguna manera.



EL UNIVERSO DE LO ÉTICO

Los seres humanos surgimos y empezamos a desenvolvemos en un ambiente social en el que encontramos **valores y modelos** de comportamiento que nos permiten distinguir lo permitido de lo prohibido, así como **creencias** que nos permiten construir un sentido a la vida y a la muerte. A este conjunto de valores, modelos y creencias compartidas lo denominamos *ethos*.

Los valores y modelos de "vida buena" que adquirimos en nuestro proceso de socialización primaria —al interior de la familia— son los referentes que nos permitirán luego ubicarnos en relación con los demás y en relación con nosotros mismos.

En la vida cotidiana estamos evaluando constantemente opciones, tomando decisiones, desde las más triviales hasta las más cruciales. Los valores a partir de los que realizamos nuestras evaluaciones cotidianas son nuestro *ethos*. Este fenómeno lo encontramos ejemplificado en aquellas personas que se encuentran comprometidas con la veracidad y la justicia tanto en las relaciones privadas como públicas, puesto que consideran que una vida según tales valores es una vida que vale la pena ser vivida. De esta manera, un magistrado o un funcionario público cuyas alternativas de actuación se asientan en tales valores podrá encontrarse ante la eventualidad de corromperse pero rechazará tal posibilidad. Del mismo modo, en su vida privada, frente a la ocasión de engañar a su cónyuge, se

abstendrá de hacerlo ya que considerará que ese acto no concuerda con los valores que constituyen sus marcos morales de referencia.

Existen opciones de vida que presentan claramente la presencia de marcos éticos referenciales. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la vida pastoral. Un sacerdote encontraría en los valores de la religión cristiana y en la vida de Jesús la inspiración para perfilar sus elecciones. El sabría que el estilo de vida que ha decidido llevar le pide colocarse del lado de los pobres y los más necesitados, así como una dedicación exclusiva a Dios. De tal manera que sus elecciones diarias, como el lugar donde decide vivir, trabajar y realizar su labor pastoral, deberían conjugarse con tales opciones centrales. El sacerdote sabría, además, que la dedicación exclusiva a "su Señor" le exige que abandone la posibilidad del matrimonio y el de acumular y desarrollar su propio patrimonio personal. Así, los preceptos de la Iglesia y las opciones centrales de la vida sacerdotal constituyen el marco de referencia para sus elecciones valorativas.

1. MARCOS ÉTICOS REFERENCIALES

Nuestros marcos éticos referenciales están constituidos por:

- ⇒ nuestra concepción de vida buena, y
- ⇒ nuestra jerarquía de bienes o valores.



1.1. Nuestra concepción de "vida buena"

Los seres humanos interiorizamos un modelo de vida deseable a través de nuestro proceso de socialización. A dichos modelos los denominamos: modelo de "vida buena". En un primer momento, durante la primera infancia, donde la persona se encuentra en proceso de formación, suele ser adquirido de manera pasiva y no reflexiva. Durante este período el niño adquiere la concepción de "vida buena" de aquellos a los que G. H. Mead denomina los "otros significativos", quienes, por lo general son los padres, hermanos y amigos más próximos. Posteriormente, en su vida dentro de la sociedad, podrá desarrollar una mirada crítica sobre los modelos que recibió y los irá transformando a través del diálogo e intercambio con sus contemporáneos. De esta manera, una persona que aprendió de la madre que robar productos del supermercado no es un acto malo puede más adelante, al relacionarse con sus contemporáneos, tomar cierta distancia de aquello que aprendió en casa y mirar tales actitudes de una manera crítica. Lo mismo ocurre con aquellas personas que fueron criadas en hogares donde decir una mentira de vez en cuando o botar basura en la vía pública era visto como algo que no estaba del todo mal. Sin embargo, la escuela y la misma vivencia social pueden moderar ciertas tendencias en el comportamiento. Los modelos así constituidos representan el ideal de modo de vida que consideramos que debemos desear.

1.2 Nuestra jerarquía de bienes o valores

Los valores o bienes son lo que deseamos, y en tanto deseables, se constituyen en los

motivos —conscientes o inconscientes— de nuestras acciones y decisiones.

Estos pueden ser de dos tipos: intermedios o dependientes y finales o independientes.

Los valores o bienes intermedios o dependientes son aquellos que nosotros apreciamos porque nos permiten acceder a otros. Por ejemplo, el estudio permanente del derecho es un medio, entre otros, para acceder a una correcta administración de la justicia.

Los bienes o valores independientes son aquellos que deseamos realizar por sí mismos. En el caso de la magistratura, el fin último es la justicia.

1.3 Evaluaciones fuertes y evaluaciones débiles

Los seres humanos realizamos a lo largo de nuestra vida dos tipos de evaluaciones: fuertes y débiles.

Las evaluaciones débiles consisten en:

*"decidir entre dos cursos de acción alternativos, o entre dos deseos enfrentados a partir del reconocimiento de mis preferencias, de mi sentido de la oportunidad o de mi mayor satisfacción".*⁴⁴

En las evaluaciones débiles lo que está en juego son nuestras preferencias y nuestros deseos inmediatos. Por ejemplo, he recibido mi gratificación de fin de año y puedo elegir entre comprarme un CD de Raúl García Zárate de música ayacuchana, un libro de John Rawls de filosofía del derecho, una corbata importada o invitar a mi esposa a cenar en un buen restaurante francés. También, estas evaluaciones débiles

44

GAMIO, Gonzalo. *Identidad y racionalidad práctica*. Lima: PUCP, 2001, pp. 9 y 10. Tesis de licenciatura en filosofía.



responderán a un razonamiento paramétrico ⁴⁵ propio de todo sujeto racional.

En las evaluaciones fuertes "*el foco de atención de la gente no se centra tan sólo en la posible satisfacción de los deseos, sino en los modos de vida en que se sitúan. Actúo o me abstengo de actuar porque seguir un determinado curso de acción o no seguirlo es considerado valioso o sin valor como parte de un modo de vida significativo para mí*" ⁴⁶. En este sentido, podría decirse que a veces ni siquiera habrían elecciones ya que al estar en juego las evaluaciones fuertes lo fundamental es nuestro modelo de vida buena, nuestra concepción del fin último. Por ende, si yo he decidido por ejemplo ser un juez o un fiscal por vocación, el ser tentado por una coima no establecería ningún dilema o disyuntiva pues no se trataría de un dilema de elección en tanto la coima es opuesta al ideal de vida elegido.

Las evaluaciones fuertes hacen referencia a los fines últimos, a los bienes independientes, a los valores priorizados. Por lo contrario, las evaluaciones débiles hacen referencia los fines intermedios, a los bienes dependientes, a los valores subordinados.

La deliberación práctica propia de las evaluaciones débiles es una forma de racionalidad instrumental. El razonar abarca un conjunto de operaciones mentales tales como: deducir, inducir, calcular, analizar, sintetizar, entre otras. La racionalidad instrumental consiste en saber calcular, con criterios de eficacia y eficiencia, los medios en relación a los fines que nos hemos planteado a corto y mediano plazo.

La deliberación práctica propia de las evaluaciones fuertes es una forma de racionalidad ética. Esta consiste en conectar mis deseos y preferencias inmediatas — ligadas a los bienes o valores dependientes— con el ideal de "vida buena" que persigo como fin último y como bien independiente.

Desde esta óptica, tal como lo señalara con énfasis Max Weber, uno de los grandes fundadores de la sociología, uno de los fenómenos más perniciosos de las sociedades modernas o en proceso de modernización como la nuestra, es la universalización de la racionalidad instrumental en todos los órdenes de la vida y el eclipsamiento de los fines últimos. Tal eclipsamiento produce, según el diagnóstico de Weber, el llamado "*desencantamiento del mundo*", que se expresa mediante un sentimiento de pérdida del sentido de la vida. Dentro del mundo anterior a la modernidad las personas solían considerarse como parte de un orden mayor, parte de un Cosmos donde los seres humanos ocupaban el lugar que les correspondía junto a los ángeles y los cuerpos celestes. La pertenencia a tal ordenamiento dotaba a los seres humanos de una vida con sentido pleno.

El advenimiento de la modernidad echó por tierra aquel tipo de ordenamiento y el establecimiento de uno distinto dentro del cual los hombres encontraban los ideales morales para instaurar un nuevo mundo en el cual todos los seres humanos nos representamos como libres. Pero esta libertad trajo su costo en el eclipsamiento de los fines últimos y en la inmensa ampliación del alcance de la racionalidad instrumental.

⁴⁵ Este término es empleado mucho en economía y se refiere a los sujetos racionales maximizadores que deben escoger entre distintos bienes; sin embargo, muchas veces las elecciones se dan entre muchos sujetos racionales maximizadores por lo que la racionalidad paramétrica se convertirá ahora en estratégica ya que yo debo de pensar en las elecciones de los otros. Esto sí tiene un enorme peso para la ética, pues nos advierte sobre la naturaleza política del ser humano y la necesidad de vivir todos en armonía cooperando y coordinando, a fin de que todos podamos satisfacer nuestras necesidades.

⁴⁶ GAMIO, Gonzalo. *Identidad y racionalidad práctica*. Lima: PUCP, 2001,. Tesis de licenciatura en filosofía, p. 10.



Una vez que las criaturas que nos rodean pierden el significado que correspondía a su lugar en el Cosmos, están abiertas a que se las trate como materias primas o instrumentos de nuestros proyectos de corto y mediano plazo.

En este contexto nuestra libertad resulta vacua puesto que la carencia de los fines últimos vacía de todo contenido la libertad de los sujetos. La consecuencia más nefasta de este proceso que se inaugura con la

modernidad es que aquellas cosas que deberían determinarse por medio de otros criterios terminan decidiéndose en términos de eficacia o de análisis costo-beneficio. De esta manera los fines independientes que deberían guiar nuestras vidas se ven eclipsados por la exigencia de obtener el máximo beneficio. Evidentemente, un marco como éste hace difícil el que se pueda articular una ética que se sustente en evaluaciones fuertes, y esto es un desafío más para nosotros.



CAPÍTULO VI

CONSTRUCCIÓN DE LA CONCIENCIA MORAL DE LA PERSONA

1. MARCOS ÉTICOS REFERENCIALES Y FORMACIÓN DE IDENTIDADES

Los marcos éticos referenciales se encuentran entroncados directamente con cuestiones respecto de la identidad de las personas. Preguntar por la identidad es preguntarse "¿quién soy yo?". La respuesta a esta pregunta se suele asociar con el nombre propio de cada uno y el nombre de la familia a la que pertenecemos. Pero la pregunta por nuestra identidad nos lleva a una profundización mayor.

El "¿quién soy yo?, el ¿quiénes somos?" hace alusión al modo como nos percibimos y al concepto que manejamos de nosotros mismos: a la autoimagen y al autoconcepto que tenemos. Si disponemos de una autoimagen positiva ello tendrá como consecuencia una autoestima también positiva, que a su vez posibilitará el desarrollo de nuestras capacidades personales de acuerdo al modelo de "vida buena" asumido. Si disponemos de una autoimagen desvalorizada, ello generará una autoestima baja e inclusive negativa, con el consecuente bloqueo e inhibición del desarrollo de nuestras capacidades reales. Por ejemplo, en el fútbol es común escuchar "jugamos como nunca, pero perdimos como siempre". Los jugadores peruanos triunfan en el extranjero, pero en la selección no. ¿Qué nos pasa, qué pasa dentro de nosotros? ¿Por qué nos valoramos de manera individual, y no podemos valorarnos como conjunto, como nación?

Las huellas que deja el primer hogar en la identidad de cada uno quedan para toda la vida. El hogar de nuestros padres es pues el primer espacio social donde empezamos a construir nuestra identidad personal. Es allí donde empezamos a adquirir el lenguaje, las habilidades sociales y los valores.

Como ya hemos señalado, los valores pueden ser de dos tipos:

- valores o bienes dependientes, y
- valores o bienes independientes.

Los primeros valen con relación a otros, ya que son apreciados porque nos permiten alcanzar metas plausibles, como por ejemplo, el dinero. Los segundos valen por sí mismos y son apreciados en sí mismos, como por ejemplo, la justicia.

La familia es el espacio social donde se produce la "socialización primaria", donde se forma nuestra primera autoimagen, los fundamentos de nuestra autoestima. Estos procesos son continuados en la escuela y en las instituciones de nuestra sociedad, a las que vamos integrándonos, y constituyen la llamada "socialización secundaria".

En tal contexto resultan relevantes los trabajos de Winnicott en los que, desde la pediatría psicoanalítica, se analizan los procesos de socialización del niño. El niño, en los primeros meses de su vida se encuentra totalmente dependiente de la atención materna y de la persona de la



madre en concreto. El niño necesita abrigo, alimento y protección. El infante humano es absolutamente dependiente de la madre o de la persona que la sustituya. Depende de ella para poder desarrollarse física y emocionalmente. Los cuidados con los que la madre mantiene vivo al niño no se añaden como algo secundario al comportamiento infantil, sino que se funden con él de tal manera que es plausible aceptar que para el comienzo de toda vida humana es necesaria una fase donde el niño sienta que él y la madre son la misma cosa, una especie de simbiosis emocional con la madre, como lo fue la simbiosis real con el cuerpo de la madre, durante los nueve meses de embarazo. Los procesos valorativos dentro de la esfera familiar tienen el mismo carácter simbiótico, en el sentido de que el niño se debe sentir tan cerca y confiado con sus padres, que pueda sentir la seguridad de que nunca lo van a dejar ni abandonar. En ese contexto un niño puede juzgar bueno o malo su comportamiento sólo cuando reacciona a sus propias acciones con las palabras que recuerda de sus padres.

Será en esa primera etapa de su vida que el niño aprenda a diferenciar si lo que hace es aprobado o desaprobado por los padres. El niño internalizará lo que Freud denominó el Superyó,⁴⁷ una instancia mental que actúa encima del Yo del sujeto y que cumple la función de hacernos ver si lo que hacemos está bien o está mal. Es el heredero de las prohibiciones y admoniciones morales recibidas de sus padres durante la infancia. Hay personas que tienen una perturbación en ese aspecto de su mente provocada por graves distorsiones emocionales en esa primera etapa de la infancia, ocasionadas por graves conflictos con los padres que no han podido ser elaborados y resueltos.

También podría deberse a que la ausencia de ellos no ha permitido el desarrollo de esta instancia de manera integrada y eso los lleva a no poder diferenciar con claridad si lo que hacen es reprobable o es bueno. De tal manera son llevados a cometer actos reprobables, psicopáticos, sin que su conciencia moral les genere la sensación de que están haciendo algo malo.

Un Superyó integrado a un Yo sano es la esencia de un equilibrio emocional, fundamento de nuestra conciencia moral. Y esto que sucede en el campo individual se repite también en nuestro comportamiento social. Es lo que hemos visto en los últimos tiempos con actos graves de corrupción que salieron a la luz pública. Mucha gente se vendió, se dejó comprar, colaboró, cerró los ojos a la corrupción. Una excusa era: "*todos lo hacían*" o "*eso siempre se ha hecho en el Perú*". Las gravísimas transgresiones éticas vividas en el Perú en los últimos años, expresadas en los "vladivideos" y en las confesiones de los inculpados, plantean la necesidad de entender por qué se ha llegado a esos extremos de corrupción. Ciertamente en el Perú no todos somos corruptos. Pero desgraciadamente somos una sociedad que no ha internalizado normas sociales suficientes, donde las transgresiones son vistas como algo positivo, como una "criollada", como algo que se valora y da risa.

En un comercial de una conocida cerveza, citado por Gonzalo Portocarrero⁴⁸, un grupo de empleados era exaltado y admirado porque engañaba al jefe para no ir a trabajar. Hechos como pasarse la luz roja, coimear a un policía, son vistos y vividos como viveza criolla. Para desgracia del Perú "el vivo" está idealizado. Según Portocarrero:

⁴⁷ El Superyó es un concepto de Freud que recoge las experiencias de límites y prohibiciones de nuestros padres en la infancia.

⁴⁸ PORTOCARRERO Gonzalo. "La transgresión como forma específica de goce del mundo criollo". Lima, 2000. Artículo no publicado.



.... "estas valoraciones resultan de un pasado colonial que está aún demasiado presente, vivido como un conflicto que no termina de resolverse y en cuya raíz está el anudamiento entre la imposición colonial y la resistencia criolla (...). Por un lado la metrópoli española desvalorizó todo lo nativo, concibiéndolo como una copia de segunda clase. Consiguió, además, que los propios nativos absorbieran esta imagen como fundamento de su ser. Pero, por otro lado, ocurrió también que ellos mismos lograron defenderse y preservar una autoestima en torno a la imagen de ser más gozadores, cariñosos y libres que los colonizadores. En realidad, la sociedad criolla se caracterizó por la trasgresión del orden, por la "pendejada", es decir, por el rechazo subterráneo de un sistema legal sentido como abusivo, ilegítimo y corrupto. En este rechazo se inscribe un goce, una excitación o una emoción, donde concurren el temor de ser atrapado y la esperanza de salir indemne (de la "criollada), para finalmente resolverse en una vivencia de poder, de sentirse por encima, definitivamente superior a los otros".⁴⁹

Como sabemos a través de los estudios de psicología de las masas⁵⁰, éstas generan intensos sentimientos de liberación de las represiones instintivas o libidinales inconscientes individuales. El sentido de culpa se diluye, cuando hacemos lo que los demás hacen abandonando la conciencia moral propia del sujeto y depositándola en los jefes, superiores, u otros del mismo grupo, como si la responsabilidad individual se diluyera y no quedase nada de ella.

Otra manera de eludir el sentimiento de culpa es regresionando, sin que el sujeto se

dé cuenta (porque sucede de manera inconsciente), a un estado anímico previo al establecimiento de límites y normas morales, propio del niño pequeño que idealiza a sus padres y los inviste de omnipotencia, mientras él se siente débil, impotente. Algo de eso hemos visto también en los "vladivideos", cuando sujetos adultos idealizaban al jefe de la mafia convirtiéndolo en un ser omnipotente, todopoderoso y admirado, renunciando ellos mismos a actitudes adultas críticas y éticas. Es como si se esfumase a escala individual la existencia de esa instancia autónoma, personal, crítica y moral. Como si se diluyese la experiencia íntima de la responsabilidad individual.

La conciencia moral-ética en un sujeto emocionalmente integrado convierte el sentimiento de culpa en responsabilidad. Por esa razón el sujeto maduro puede ver las consecuencias de sus actos y asumir su responsabilidad, es decir, tener un comportamiento ético.

Los condicionamientos que motivan pues la conducta de los seres humanos son, en gran parte, de naturaleza inconsciente. Como señaló en varias oportunidades Freud, el descubrimiento de esta verdad, es decir, que la razón no gobierna la vida del hombre sino sólo parcialmente ya que estamos sujetos a los dictados de nuestro inconsciente, fue un golpe insoportable a nuestro narcisismo. Golpe que el ser humano lo recibió primero de Copérnico, quien demostró que la Tierra no era el centro del universo, y luego de Darwin cuando éste afirmó que biológicamente el ser humano es un ser más en el reino animal.

La conceptualización e internalización de valores éticos y morales es un logro de cada



⁴⁹ PORTOCARRERO, G. Ob. cit., p. 1

⁵⁰ FREUD, S. (1921). "Psicología de las masas y análisis del Yo". En: *Obras completas*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1982.

individuo y un trabajo de todos los días y de toda la vida. Los conceptos que el hombre tiene del Bien y del Mal se forman con la proyección e internalización de sus propias experiencias infantiles, de sus deseos y temores, vividos de y con sus padres. Freud subscribe la formulación de Hobbes de acuerdo con la cual "*el hombre es un lobo para el hombre*". En su obra encontramos la constatación de sus pocas ilusiones acerca de la calidad de la moral humana y lo costoso que es para el hombre la lucha por mantener sus valores, su integridad y su ética.

La educación suele favorecer un discurso que fomenta una cierta idealización de los valores y de las capacidades de la conciencia moral del ser humano en general. Debemos tomar conciencia de cuán frágil puede ser la internalización de valores, cuán grande es la tentación de la sustitución de la ley aceptada y socialmente compartida por la adopción de una ley individual, hecha a la medida de los intereses situacionales del sujeto. En la infancia del sujeto humano, como hemos visto, las formas de gratificación y castigo fueron indispensables en

el desarrollo individual de la estructura de su personalidad. Pero una vez adulto, esta instancia debe haber sido incorporada con suficiente firmeza para no depender de ahí en adelante de la lógica del premio y del castigo: el primer nivel de la conciencia moral en el esquema de Kohlberg. Es la lección trascendente que Sócrates dio a la humanidad y que Platón recogió para nosotros en *La Apología de Sócrates*⁵¹ y en *El Critón*, donde se ve al filósofo que ha internalizado una ley, que es la ley de la Ciudad, aceptada por todos con firmeza, autenticidad y serenidad.

La internalización de los valores éticos es pues tarea de toda la vida. Esto que es labor de todos los seres humanos, lo es más para el magistrado que tiene en sus manos la administración de la justicia. Conocerse detenidamente, poder darse tiempo para pensar lo que hace, por qué lo hace, de dónde vienen las decisiones, le podrá permitir procesar mejor sus emociones y conflictos de origen inconsciente y poder ejercer su labor con más equilibrio emocional.



Sócrates antes de beber la cicuta.

⁵¹ Nos estamos refiriendo a que Sócrates prefirió la muerte bebiendo la cicuta a traicionar su propia trayectoria de vida y pensamiento.

CAPÍTULO VII

LOS DOS GRANDES PARADIGMAS DE LA ÉTICA

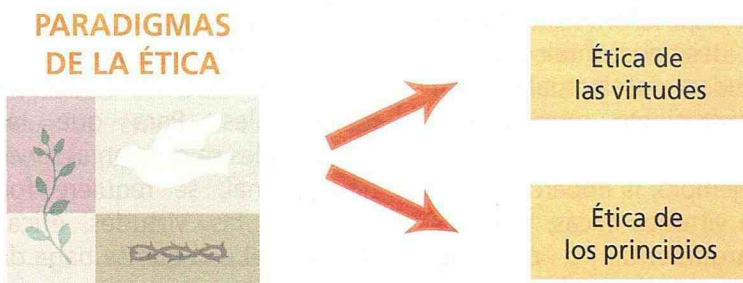
Hegel a principios del siglo XIX, utilizó los vocablos moralidad y eticidad para referirse a dos concepciones distintas de la ética. Así, desde que Hegel introdujo la distinción en su Filosofía del Derecho, el vocablo "eticidad" empezó a ser utilizado para hacer referencia a la ética de las virtudes. Este es el paradigma aristotélico. Por lo contrario, el vocablo "moralidad" se reservó para la ética deontológica. Este es el paradigma kantiano.

La **ética de las virtudes** apunta a elucidar en qué consiste el **bien** de los ciudadanos, es decir, la felicidad, la realización humana; para desde allí, identificar cuáles son los modos adecuados de aproximarse a ella de acuerdo a la diversidad de contextos y circunstancias. A su vez, **la ética de los principios** apunta a elucidar en qué consiste la **justicia**, para desde allí establecer las normatividades más adecuadas para asegurar formas de convivencia razonables.

1. ÉTICA DE LAS VIRTUDES

Aristóteles sostenía acertadamente que las acciones humanas poseen una estructura teleológica, es decir, que se realizan siempre teniendo un fin y que este fin es algún bien valorado por el agente de acuerdo a su naturaleza.

En alcanzar dichos bienes consiste en gran medida el esfuerzo y la vida de los mortales. Obviamente, hay ciertos bienes que los agentes quieren en vistas de otros superiores. Estos bienes son intermedios o dependientes y no son valorados por sí mismos. En cambio, aquellos que Aristóteles denominaba "bienes supremos" son los bienes independientes o últimos, es decir, aquellos que **son valorados por sí mismos y no por otros**. *Los bienes independientes son irreductibles a los cálculos propios de la racionalidad costo-beneficio propia de la racionalidad instrumental.* Entender la distinción entre **bienes intermedios y bienes supremos** hace posible percibir la magnitud de la tragedia que trae consigo el



eclipsamiento de los bienes supremos denunciado por Weber, pues la racionalidad instrumental por sí misma no nos puede proporcionar las orientaciones que necesitamos para que nuestras vidas adquieran sentido. De esta manera, los bienes supremos tienen un lugar de suma importancia para la vida de las personas y determinan el sentido último de nuestras acciones.

Los bienes supremos sirven de trasfondo a nuestras evaluaciones fuertes. Son también llamados "ideales éticos" y son nuestros modelos de vida. Por ejemplo, el ideal de vida de un padre de familia digno y honrado, que dedica tiempo y recursos para la educación y el bienestar de sus hijos, constituye un "ideal ético" que muchas personas pueden elegir. Una vida dedicada a la lucha por la justicia al lado de las personas más necesitadas puede ser también presentada como otro ideal ético plausible. En el caso de Aristóteles, tales ideales éticos convergían entonces con la vida pública y la ciudad y exigían una conducta moderada, por ende, se buscaba ser un buen hombre como también un buen ciudadano. Si bien había una pluralidad respecto a la vida buena, en último término todas ellas tenían como eje la virtud humana y ciudadana.

Así pues, las virtudes son modos de ser o de comportarse que encarnan dichos ideales éticos. Son disposiciones de la voluntad que adquirimos a través de la educación y el hábito. A través de ellas los individuos nos aproximamos a los ideales éticos que nos motivan a actuar.

Las virtudes son disposiciones adquiridas que pueden ser de dos tipos: intelectuales y éticas. Las virtudes intelectuales son excelencias del pensamiento mientras que las virtudes éticas son excelencias del carácter. Así por ejemplo, la imparcialidad y la honestidad son virtudes éticas, mientras que el saber argumentar o deliberar correctamente son virtudes del intelecto.

Para ser justos es necesario disponer de virtudes éticas y de virtudes intelectuales. Así, para que un juez pueda ser justo necesita tener un conocimiento riguroso del derecho. Dicho conocimiento es una virtud intelectual. Pero, además, el juez requiere tener un carácter que no se deje guiar por pasiones u odios de ningún tipo. Esto último exige la adquisición de virtudes éticas. El juez debe resolver con imparcialidad los conflictos para generar paz social, y para ello requiere poseer ambos tipos de virtudes.

1.1 Virtudes intelectuales

Las virtudes del intelecto son adquiridas por medio de la enseñanza y atañen a la excelencia de nuestras capacidades racionales (juzgar, argumentar, deliberar, calcular, etc.). No basta saber de leyes para hacer justicia, se necesita también saber juzgar y saber calcular la sanción con razonabilidad y ponderación. O, como decía Aristóteles, para hacer justicia hay que evitar dejarse arrastrar por los impulsos y por las pasiones y evitar tanto el exceso como el defecto. Producir justicia implica saber producir el "justo medio", es decir, lo razonable para cada caso. A esta virtud, que es imprescindible para la administración de justicia, se le denomina la deliberación prudencial.

Las destrezas intelectuales de por sí no son buenas: todo depende de los usos que hacemos de ellas. La maldad también involucra destrezas o virtuosismos intelectuales. Para corromper una institución hay que saber planificar, calcular, persuadir, sustentar argumentos, etc. La corrupción también involucra el concurso de destrezas intelectuales. Para que las destrezas intelectuales se pongan al servicio del bien y no del mal, se requiere formar en las personas las virtudes éticas. De ellas depende el uso que se haga de las virtudes intelectuales.



1.2 Virtudes éticas

Las virtudes éticas son modos de ser que se adquieren por costumbre y repetición de actos virtuosos. El habituarnos a realizar determinados actos nos predispone a hacerlos. En otras palabras, el hábito engendra la disposición de la voluntad. De ese orden son las virtudes. Éstas suponen cultivar ciertas disposiciones del ánimo. Es por ello que se les denomina también virtudes del carácter. Ellas configuran y moldean nuestro "modo habitual de ser" y nos disponen a desear realizar ciertos ideales éticos y no otros. Es en esta línea que Kohlberg sostiene con vigor en sus últimas obras que para ser justos no basta tener un juicio moral desarrollado. Que una persona tenga excelencias intelectuales la capacita para hacer el bien, pero también para hacer el mal. Es imprescindible formar disposiciones anímicas que inclinen a la voluntad a preferir hacer el bien que hacer el mal para producir la justicia con imparcialidad y probidad, y no la injusticia y la arbitrariedad por conveniencia propia.

Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco*, coloca a la justicia como la virtud más bella diciendo que *"muchas veces la justicia aparece como la más excelente de las virtudes y que ni el atardecer ni la aurora son tan hermosos como ella"*⁵². Además, en cierto modo, en la justicia se sintetizan las demás virtudes éticas, pues no se puede ser justo sin ser honesto, recto, ecuánime, etc.

"Es la virtud más perfecta porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta porque el que la posee puede usar de la virtud para con otro (...) y es la única que parece consistir en el bien ajeno porque se refiere a los otros. El peor de los hombres es el que usa la

*maldad incluso consigo mismo y con sus amigos; el mejor, no es el que usa la virtud sólo para consigo mismo, sino para con otro. Esto es difícil de hacer", dice el filósofo*⁵³.

En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles distingue dos sentidos que puede adquirir la virtud de la justicia. De una parte, ésta puede tomar el sentido general de rectitud y expresar así la rectitud o bondad de la conducta humana. Esta rectitud propia del hombre justo toma la forma de integridad moral.

Al lado del anterior, Aristóteles señala un sentido de la virtud de la justicia más restringido. Este sentido es el de la justicia en tanto que virtud ética particular y consiste a dar a cada cual lo que es lo suyo. Dentro de la justicia se pueden distinguir dos tipos: la distributiva y la reparadora o correctiva. Esta última es propia del juez, ya que éste tiene como tarea reparar el daño sancionando el delito con una pena proporcionalmente adecuada a la magnitud del daño.

Sócrates decía que el ser humano no hace el mal sabiéndolo. En otras palabras, que para hacer el mal el ser humano lo camufla y le da apariencia de bien. Efectivamente, todo indica que los seres humanos somos capaces de realizar los actos más reprobables y repugnantes porque tenemos la capacidad de autoengañarnos y de presentar frente a nuestra conciencia como si fuera bueno el daño que vamos a cometer. Para hacer el mal el ser humano necesita autoengañarse y presentar el daño como si fuera bueno. De esta manera nos autojustificamos y nos justificamos frente a los demás. La autoindulgencia es la astucia de la conciencia moral que nos exime de culpa y responsabilidad frente a nuestra propia



⁵² ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 71.

⁵³ Ibidem.

conciencia. Sócrates pensaba en esta línea que bastaba conocer el bien para no hacer el mal, pues el ser humano tiende a él. Sin embargo, la historia revela que esto no es verdad, que **no basta saber qué es lo justo para ser justos.**

Pero, ¿por qué no basta saber qué es lo justo para generar justicia? ¿Por qué muchas veces sabiendo qué es lo justo hacemos lo contrario? Por la fuerza de nuestras pasiones. Puede ser por miedo, por cobardía o por debilidad de la voluntad. Esto es frecuente porque a los seres humanos nos es muy difícil ser dueños absolutos de nosotros mismos, pues, como decía Freud, el "Yo no es amo en su propia casa"⁵⁴. La formación de la capacidad de autogobierno de nuestros impulsos y preferencias es por ello quizás la virtud suprema. Esa es la tarea más importante que se propone la educación moral.

1.3 Educación moral

La educación moral tiene sus orígenes en la antigua Grecia. Los griegos la consideraban al interior de lo que denominaban la *paideia*, que traducida al castellano significa la formación humana integral. Para ello conviene distinguir entre la formación y la capacitación. Cuando capacitamos a un estudiante o a un profesional en un taller de capacitación, le estamos enseñando a adquirir una habilidad o una competencia que le va a permitir realizar acciones específicas que antes no podía ejecutar. Por ejemplo, el aprender a manejar un nuevo programa informático o el aprender un conjunto de conocimientos actualizados de la especialidad de origen.

Pero la formación humana es más amplia: **en ella no se trata sólo de facilitar el aprendizaje de saberes**

sino también la adquisición de virtudes, tanto del carácter como del intelecto. Aquí la educación moral tiene la forma de edificación moral del individuo. Se trata de la cimentación de la identidad moral del sujeto, de un proceso de edificación integral de la persona que se diferencia radicalmente de los procesos de capacitación en los cuales se adquieren competencias y/o habilidades específicas.

2. ÉTICA DE LOS PRINCIPIOS

La característica más relevante de la ética de los principios es la importancia que adquiere para la acción moral el móvil o las intenciones de la misma.

Kant es indudablemente el exponente más lúcido de la ética de los principios. Señalaba que lo que hace realmente buena a una acción no es el resultado que se obtenga de ella sino la intención que tiene el sujeto que la lleva a cabo. Lo único que garantiza la bondad o moralidad de la acción es la intención que tenga el sujeto. En otras palabras, una acción es buena o mala según la intención del agente. Así por ejemplo, una cosa es donar dinero a una institución católica benefactora de niños huérfanos para obtener ventajas tributarias o favores de las autoridades eclesiásticas y otra cosa es hacerlo exclusivamente por solidaridad humana. En el primer caso se trata de una acción interesada, motivada por una intención particular; en el segundo caso estamos frente a una acción desinteresada, motivada por un principio moral. Aparentemente son acciones idénticas, pero si las leemos desde sus intenciones descubrimos que son acciones muy distintas. Por ello, podemos decir que la tipificación moral de una acción no depende de la acción misma sino de la intención del agente que la realiza.

⁵⁴ FREUD, Sigmund. "Introducción al psicoanálisis". En: Ob. cit.



Tomemos por ejemplo el caso de una persona que tiene la posibilidad de decirle una mentira a un viejo amigo para salir de un apuro, pero como no tiene la certeza de que su mentira no será descubierta, opta por decir la verdad para no quedar mal. En este caso la verdad no es el móvil de la acción: es el resultado. Un segundo ejemplo puede ser el de aquella persona que pide dinero prestado a un viejo amigo prometiéndole que se lo devolverá a fin de mes, sabiendo que no tiene medios para hacerlo. Pero como sabe que posiblemente tenga que pedirle un nuevo préstamo, se presta dinero de otro amigo y cumple con la devolución del primer préstamo lo antes posible para no perder el crédito. Como puede apreciarse en los dos ejemplos, el móvil de la acción es la búsqueda del interés propio.

En ambos casos no se actúa motivado por principios universalizables sino por intereses particulares. Los seres humanos nos constituimos en agentes morales cuando actuamos de acuerdo a una "buena voluntad", es decir, cuando el móvil de nuestra acción no es la satisfacción de un deseo personal o un interés particular. La acción "buena" es la que se halla motivada por la intención de actuar por respeto a principios morales universalizables. Estos principios se presentan bajo la forma de leyes morales. Vale la pena recordar la distinción que hace Kant entre los principios y las máximas de la voluntad.

Mientras que los principios son mandatos universalizables, las máximas son mandatos que tienen un valor estrictamente particular.

Las leyes morales no son ni pueden ser concebidas como un conjunto de normas externas al sujeto que constriñen su voluntad y reprimen sus impulsos. Una prescripción para que tenga el rango de ley moral debe ser libremente escogida por el agente. En

otras palabras, debe ser resultado de una voluntad de autolegislarse.

Desde esta perspectiva se distingue entre la libertad natural y la libertad moral. La libertad natural consiste en hacer lo que deseo. A mayor ausencia de obstáculos para satisfacer nuestros impulsos o intereses particulares, mayor libertad natural. Es sinónimo de "espontaneidad". La libertad moral consiste en hacer lo que debo, en actuar motivado por una norma universalizable que el agente decide escoger y respetar incondicionalmente. Es sinónimo de "autonomía". Sólo las normas universalizables son leyes morales. Constituyen lo que Kant denomina "imperativos categóricos".

2.1. El imperativo categórico

Los principios o las leyes morales son mandatos de validez universal que el sujeto se da a sí mismo haciendo ejercicio de su libertad moral y que deben ser respetados sin excepciones.

Las morales sociales son morales heterónomas, es decir, son códigos normativos dados por instancias externas a los agentes morales y cuya transgresión suele estar acompañada de una sanción moral. Las morales sociales son códigos de validez contextual. Por lo contrario, los principios morales o imperativos categóricos son leyes de validez universal. Gracias a ellos los agentes morales según esta perspectiva pueden evaluar con perspectiva crítica la validez de las morales sociales. Así por ejemplo, si el respeto incondicional a la integridad física de las personas es un principio moral, entonces las prácticas culturales de sanción social que incluyen maltratos corporales se encuentran moralmente descalificadas sin excepción.

El imperativo categórico posee una dimensión "formal" o procedimental y una dimensión sustantiva.



2.1.1. Dimensión formal o procedimental de los imperativos categóricos

A diferencia de las máximas particulares de la voluntad, la universalización hipotética de los principios o leyes morales produce formas de convivencia social altamente razonables.

Por ejemplo, pensemos en una persona que tiene como máxima particular de acción el decir mentiras cada vez que se encuentra en aprietos. ¿Qué pasaría si se eleva esa máxima particular a principio universal de la convivencia humana? Es decir, ¿qué pasaría si todos tuviesen como regla de acción decir mentiras cada vez que se encuentran en aprietos? La consecuencia sería que cada vez que veríamos a una persona en aprietos no creeríamos en lo que nos dice, y viceversa, cada vez que estuviéramos en apuros nadie creería lo que dijéramos. Así pues, no sería deseable que el robo, el incumplimiento contractual o el asesinato se convirtieran en conductas universales ya que nadie quisiera que le roben, le incumplan promesas o lo maten. Esta visión por cierto nos recuerda a la llamada regla de oro de la moral cristiana: "*no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti*"

El imperativo categórico, a través del procedimiento descrito, hace posible algo que antes de Kant parecía imposible: la autonomía moral del individuo. El sujeto ya no necesita recurrir a ningún código externo que le señale las leyes y los deberes morales, sino que él mismo, mediante el uso de su razón puede determinar las leyes morales. En este sentido se dice que el sujeto es moralmente autónomo. En tanto que imperativo de la moralidad, el imperativo categórico se distingue radicalmente de los llamados imperativos hipotéticos.

Estos últimos son aquellos mandatos u obligaciones que nosotros realizamos para obtener algún resultado deseable. Tiene la

siguiente forma: si hago **X** entonces obtendré **Y**. Por ejemplo, un funcionario deja de hacer algo para favorecer a un tercero y así obtener un determinado favor que permitirá que su hijo desocupado y con título profesional sea contratado en una entidad pública. O el sacerdote que se dedica a ayudar al prójimo indiscriminadamente porque de esa manera está asegurando frente a su conciencia su salvación eterna.

Por lo contrario, el imperativo categórico es un deber u obligación que nosotros escogemos realizar con relación a los demás independientemente del beneficio obtenido. Por ejemplo, los jueces que luchaban contra la ingerencia del poder político en la administración de justicia, incluso cuando ello les acarrea una serie de perjuicios profesionales.

Mientras que el imperativo categórico apunta directamente a nuestros deberes morales, el imperativo hipotético señala un conjunto de situaciones en las que nos encontramos en relaciones de medios a fines. Estas relaciones se encuentran enmarcadas dentro de una racionalidad instrumental y estratégica que busca la mejor manera de manipular los medios para alcanzar fines.

2.1.2. Dimensión sustantiva de los imperativos categóricos

Kant afirmaba con acierto que lo que tiene valor absoluto es lo que vale por sí mismo, mientras que lo que tiene valor relativo es lo que vale en relación con otra cosa. Por ello, lo que tiene valor absoluto es insustituible mientras que lo que tiene valor relativo se puede sustituir por aquello por lo que se lo puede cambiar. Lo que tiene valor relativo tiene **precio**, mientras que lo que tiene valor absoluto tiene **dignidad**.

Desde este punto de vista es legítimo y necesario decir que la diferencia esencial



entre los seres humanos y las cosas es que mientras que las personas tenemos valor absoluto porque somos sujetos, fines en sí mismos, las cosas tienen un valor relativo porque son medios, objetos de uso para el hombre. En otras palabras, mientras que las cosas tienen valor de cambio, los seres humanos valemos por nosotros mismos. Y si la dignidad es algo inherente a nuestra naturaleza, entonces somos sujetos de derechos.

La doctrina ilustrada de Derechos Humanos se encuentra inspirada en esta exigencia del respeto de la dignidad de todos los seres humanos a través del reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales.

El imperativo categórico, tanto en su aspecto formal como en su aspecto sustantivo, nos proporciona leyes o principios morales que se expresan en forma de derechos y deberes que deben ser respetados incondicionalmente, es decir, sin excepciones. En otras palabras, elegir actuar por principios morales o imperativos categóricos es exigirse fidelidad a los principios incluso en aquellas situaciones en que dicha fidelidad nos cause perjuicio.

A partir del imperativo categórico podemos encontrar dos características morales del ser humano. En primer lugar, el ser humano es un **agente moral** pues es libre de escoger y producir la ley moral en su conciencia gracias al uso de su razón. En segundo lugar,

en tanto fin en sí mismo, **es sujeto de derechos y obligaciones**, y por ello **ciudadano**. En consecuencia, constituye un sujeto moral responsable no solamente del bien particular sino también del bien público, que "hace lo que debe y no sólo lo que desea" por cuestión de conciencia, es decir, por respeto a la ley moral que él se da a sí mismo en su fuero interno. Esta conceptualización de la persona como agente moral libre y como ciudadano responsable del bien público va a ser fundamental para la constitución de los estados democráticos modernos como garantes del ejercicio de la ciudadanía.

2.1.3. Lo racional y lo razonable

La distinción entre lo racional y lo razonable se remite a la distinción kantiana entre los imperativos hipotéticos y los imperativos categóricos. Somos racionales en tanto actuamos motivados por imperativos hipotéticos, en tanto que perseguimos alcanzar fines inteligentemente. Y somos razonables en relación con las otras personas en tanto estamos dispuestos a regir nuestra conducta y nuestra acción por principios a partir de los cuales podamos razonar en común con los otros. "La disposición a ser razonable no se deriva de lo racional, ni se opone a lo racional, sino que es incompatible con el egoísmo (...) es la disposición a actuar moralmente". Es decir, está motivada por principios éticos universalizables y no por intereses particulares o preferencias individuales.



CARACTERÍSTICAS MORALES DEL SER HUMANO



3. RELACIÓN ENTRE LA ÉTICA DE LAS VIRTUDES Y LA ÉTICA DE LOS DEBERES: CASOS TRÁGICOS

La ética de las virtudes se estructura a partir de la pregunta por lo que deseamos ser. Interesa desde esta perspectiva esclarecer la naturaleza de la felicidad y la manera de acceder a ella. Por lo contrario, la ética de los principios se estructura a partir de la pregunta por lo que debemos hacer, es decir, por la naturaleza de la justicia.

John Rawls sostiene sobre este punto que:

"(...) La pregunta por la felicidad y la pregunta por la justicia nos la hacemos todos, de manera más o menos explícita, de manera más o menos reflexiva, pero todos, porque en asuntos de ética, a diferencia de los asuntos de ciencia, todos somos igualmente competentes. ¿Cómo ser felices?, es una pregunta que nos atañe personalmente, que nos planteamos siempre en primera persona, en singular y en plural. Es la pregunta por los valores, por los bienes, por las experiencias o por las cosas que pueden procurarnos un sentimiento duradero de bienestar o revelarnos el sentido de nuestra vida.

¿Cómo ser justos?, en cambio, es una pregunta que, si bien nos atañe también personalmente, no nos la planteamos en

primera, sino en tercera persona. Lo que queremos saber no es en este caso qué es lo bueno para mí, o para nosotros, sino qué es lo bueno para todos, y a eso precisamente llamamos lo "justo". Es pues una pregunta por las normas o condiciones igualitarias que nos permiten legitimar las pretensiones de todos a reivindicar sus derechos, entre los cuales se halla también, por cierto, el derecho a poner en práctica la propia idea de felicidad.

El verdadero desafío para la ética contemporánea es pues el de hallar una relación adecuada entre la causa de la justicia y el deseo de felicidad, entre las aspiraciones universalistas y la defensa de nuestra identidad"⁵⁵.

Así pues, a pesar de que lo deseable es que la ética de las virtudes sea convergente con la ética de los principios o deberes, esto es, que lo bueno coincida con lo justo vamos a encontrarnos a menudo con conflictos entre estas dos perspectivas y que se asumirán como dilemas éticos o casos trágicos o difíciles. En este sentido, podemos encontrar situaciones en las que tratando de cumplir con el imperativo categórico atentáramos contra nuestro bienestar y el de muchas personas, o viceversa, buscando nuestra felicidad podríamos incumplir con el mandato del imperativo categórico. Veamos a continuación algunas situaciones problemáticas:



⁵⁵ RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 67.

Caso 1

En una acción terrorista, un grupo importante de personas queda en calidad de rehén. En este marco, un grupo de militares, cumpliendo órdenes realizan una exitosa acción militar para rescatar a los rehenes, pero son acusados de ejecutar a los secuestradores que luego del asalto se rindieron.

PREGUNTAS

1. *¿Lo justo se impone a lo bueno o lo bueno a lo justo?*
2. *Igualmente en un caso como este, un magistrado tendría que actuar en función a la ley y aplicarla a pesar de que dicha actuación pueda ser tildada de imprudente desde el punto de vista político.*

Caso 2

El juez o fiscal organiza su despacho para afrontar el problema de la carga procesal. Para ello se decide analizar los casos en función al orden de antigüedad. De esta manera, con todo su personal acuerdan esta norma, lo que motiva y anima el trabajo en el despacho. Un día, sin embargo, el magistrado es visitado por un pariente que tiene interés porque se resuelva un caso con prontitud, percatándose el magistrado que faltarían resolver muchos casos antes del suyo. Frente a ello, el magistrado acepta ver el caso, rompiendo el acuerdo previo, lo que genera suspicacia entre su personal.

PREGUNTAS

1. *¿Qué dilema ético enfrentó el magistrado y qué valor priorizó en su decisión?*
2. *¿Qué consecuencias debe enfrentar el magistrado al tomar la decisión de romper una regla de trabajo?*

Caso 3

Faltando pocos días para las fiestas navideñas, un magistrado que se encuentra a punto de resolver un caso, es visitado por un amigo abogado que se encuentra defendiendo a la parte inculpada. El abogado le solicita que emita un fallo favorable que permita la libertad de su patrocinado. Le manifiesta que éste de igual modo saldrá en libertad ya que las conversaciones con las instancias superiores se encuentran adelantadas. También le dice que faltando pocos días para la Navidad y existiendo 2,000 dólares para esta diligencia, acepte la oferta y se beneficie con la circunstancia. El magistrado le pide tiempo para pensar y en los días siguientes resolvió el caso de acuerdo a su conciencia.

PREGUNTAS

1. *¿Qué criterios éticos fueron priorizados por el magistrado?*
2. *¿Qué tipo de dilema ético tuvo que enfrentar?*



Esta es en realidad una pequeña muestra de lo que pueden ser los debates en torno a la moral y los dilemas éticos que tenemos que dilucidar muchas veces y que podrían por ejemplo plantear ciertas excepciones a los imperativos categóricos. Probablemente nunca exista un acuerdo total en el modo de resolver estos casos pues implicarán siempre un sacrificio de alguna parte. Pero, lo que sí puede ser factible es la moderación de los efectos evitando el mayor perjuicio para las partes.

Ciertamente, la pregunta por lo que deseo ser —la felicidad— y la pregunta por lo que debo hacer —la justicia— son preguntas distintas, pues muchas veces el hacer lo correcto no trae como consecuencia una situación feliz para el agente. "(...) *En efecto, el imperativo moral no es el que nos exige buscar la felicidad, sino que nos exige obrar de tal modo que seamos dignos de ser felices*"⁵⁶. La felicidad verdaderamente

humana —vale decir, el florecimiento y la realización de la persona—presupone el respeto y el autorrespeto incondicional a mi propia dignidad. El bienestar o la felicidad auténticamente humana no es ni puede ser un asunto exclusivamente individual porque el ser humano para ser feliz tiene que realizar su naturaleza social: su ser político.

Quizá, en último, término la posibilidad de neutralizar estos dilemas éticos descansa en la moderación de nuestras actuaciones y demandas, vale decir, que si queremos vivir en un espacio político sosegado, la formación del carácter de cada persona será vital y ésta será también la vía para la constitución de la ciudadanía. Solamente dentro de este contexto de ciudadanía será más factible el manejo de los dilemas éticos sin que esto signifique, como ya dijimos, que su solución será siempre posible.



⁵⁶ CAMPS, Victoria. *Ética, retórica, política*. 2ª edición. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 138. ARENDT, Hannah. *La condición humana*. 3ª edición. Barcelona: Paidós, 1998, p. 39.

RESUMEN DE LA SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTOS PARA UNA ÉTICA DE LA MAGISTRATURA

1. Los seres humanos interiorizamos un modelo de vida deseable a través de nuestro proceso de socialización, que viene a ser nuestra concepción de *vida buena* y representa el ideal de modo de vida que consideramos que debemos desear.

Los valores o bienes son lo que deseamos, y en tanto deseables se constituyen en los motivos conscientes o inconscientes de nuestras acciones y decisiones.

La internalización de los valores éticos es tarea de toda la vida. Esto que es labor de todos los seres humanos, lo es más para el magistrado, que tiene en sus manos la administración de justicia.

Conocerse detenidamente, poder darse tiempo para pensar lo que hace, por qué lo hace, de dónde vienen las decisiones, le permitirá procesar sus emociones y conflictos de origen inconsciente y ejercer su labor con más equilibrio emocional.

2. Los seres humanos realizamos a lo largo de nuestra vida dos tipos de evaluaciones: *fuertes y débiles*. Las segundas consisten en decidir entre dos cursos de acción alternativos o

entre dos deseos enfrentados, a partir del reconocimiento de nuestras preferencias y de nuestro sentido de la oportunidad o de mayor satisfacción.

En cambio, en las evaluaciones fuertes el foco de atención no se centra tan solo en la posible satisfacción de deseos, sino en los modos de vida en que se sitúan. Actuamos o nos abstenemos de actuar porque seguir un determinado curso de acción o no seguirlo es considerado valioso o sin valor como parte de un modo de vida significativo para nosotros.

3. Nuestros marcos éticos referenciales están constituidos por nuestra concepción de *vida buena* y nuestra jerarquía de bienes y valores. Se entroncan directamente con cuestiones respecto de la identidad de las personas. El *quién soy* yo alude al modo como nos percibimos. Si disponemos de una autoimagen positiva, ello tendrá como consecuencia una autoestima también positiva.

La primera imagen que tenemos de nosotros mismos nos la dan nuestros padres o aquellos que los representan. Surge en el hogar en que nacemos. Ello nos da el sustento para



nuestra autoestima y respeto por nosotros mismos, que constituyen los fundamentos iniciales de nuestra vida ética. A veces esa internalización de valores no se logra de manera adecuada.

El desarrollo de los fundamentos de nuestra autoestima es un proceso continuado en la escuela y en las instituciones de nuestra sociedad.

4. En cuanto a los dos grandes paradigmas de la ética, la *ética de las virtudes* apunta a elucidar en qué consiste el bien de los ciudadanos, es decir, la felicidad, la realización humana, para desde allí identificar cuáles son los modos adecuados de aproximarse a ella de acuerdo a la diversidad de contexto y circunstancias. A su vez, la ética de los principios apunta a elucidar en qué consiste la justicia, para desde allí establecer la normativa más adecuada para asegurar formas de convivencia razonable. Pero no basta saber qué es lo justo para ser justos.

5. Por ello, la formación de la capacidad de autogobierno de nuestros impulsos y preferencias es quizás la virtud suprema. Esa es la tarea más importante que se propone la educación moral. La formación humana es

más amplia: en ella no se trata sólo de facilitar el aprendizaje de saberes, sino también la adquisición de virtudes tanto del carácter como del intelecto. La educación moral es un proceso de edificación integral de la persona que se diferencia radicalmente de los procesos de capacitación, en los cuales se adquieren competencias y habilidades específicas.

6. La ética de las virtudes se estructura a partir de la pregunta por lo que deseamos ser. Interesa desde esta perspectiva esclarecer la naturaleza de la felicidad y la manera de acceder a ella. Por el contrario, la ética de los principios se estructura a partir de la pregunta por lo que debemos hacer, es decir, por la naturaleza de la justicia.

La pregunta por lo que deseo ser —la felicidad— y la pregunta por lo que debo hacer —la justicia— son preguntas distintas, pues muchas veces el hacer lo correcto no trae como consecuencia una situación feliz para la gente. En este sentido la ética de las virtudes colisionará con la ética de los principios, teniendo que obrarse en estos casos con prudencia a fin de que se ocasione el menor perjuicio o daño para toda la colectividad.



Tercera Parte

**EXCELENCIA Y LIDERAZGO
ÉTICO DE LA MAGISTRATURA**

CAPÍTULO VIII

ROL DE LA MAGISTRATURA: EXCELENCIA, LIDERAZGO MORAL Y SERVICIO

1. EL MUNDO DE HOY Y LA BÚSQUEDA DE EXCELENCIA

En el mundo industrializado de hoy, donde las condiciones materiales de subsistencia están cubiertas por el altísimo grado de desarrollo científico y tecnológico, resulta importante sostener que los nuevos cambios en la educación y en la cultura buscan contribuir al desarrollo de las potencialidades y capacidades de los ciudadanos.

Se habla permanentemente de lo mejor, de la calidad y de la excelencia. Todo concurre hacia la excelencia. Toda buena educación apunta a la excelencia ciudadana, y la ética, como punto medular de la educación y de la formación de la personalidad, aparece como el coronamiento de una vida dedicada a la justicia y al bien, vale decir, a lo mejor. Así, el mundo industrializado y contemporáneo redescubre la vieja verdad clásica de la importancia y excelencia del comportamiento virtuoso, y deja atrás el voluntarismo y el mercantilismo modernos como normas de conducta.

No hay, pues, motivo de duda para los gestores de la globalización, de que el gigantesco crecimiento productivo y comercial del mundo se debe a la calificación y a la excelencia de los trabajadores y a la calidad de vida de las poblaciones y sus ciudadanos. La manera de conseguir este crecimiento por parte de las naciones desarrolladas ha sido formando, educando y cultivando la

excelencia en la conciencia de cada uno de los ciudadanos. El sentido quizá más interesante de la globalización actual es que coloca el acento y el fin en el individuo. Es por eso que el verdadero cambio debe nacer en la propia conciencia de las personas.

Para los pueblos no industrializados del mundo, como el nuestro, que luchan permanentemente por modernizarse, las tareas del crecimiento económico lamentablemente no han estado siempre enlazadas con el desarrollo humano y con el apoyo a la expansión de las capacidades individuales de las personas y los pueblos. Muchas veces se ha entendido el progreso económico desligado y al margen de la vida humana de las personas. Todo ello ha divorciado el sentido ético de la economía como ciencia preocupada por la reproducción material de la vida humana. Sin embargo, con todo derecho, los pueblos del mundo luchan y buscan satisfacer sus necesidades materiales y sus expectativas culturales y espirituales.

Debemos reconocer, para no caer en la ingenuidad, que los desafíos del hombre moderno son inmensos en el terreno económico y moral. Millones de hombres viven en pobreza y en pobreza extrema, desafiando así los éxitos y los progresos del mundo industrializado. Asimismo, los desafíos a la ética son gigantescos en todo el mundo. Baste citar el peso de la corrupción y de las mafias, el abuso y la



utilización del poder en contra de los ciudadanos, la falta de respeto por la vida humana, la violencia y la guerra contra poblaciones indefensas, el narcotráfico, entre otros vicios monstruosos de nuestro tiempo.

Todos estos problemas crean una nueva cultura de valores que no son precisamente los más adecuados.

En este sentido, nuestra realidad y contexto nos hace inferir que:

- Estamos en una época marcada por una economía global que se caracteriza por una creación incesante de riqueza y por una explosión de la innovación tecnológica que produce desconcierto y una aguda alienación cuando golpea al individuo común y corriente.
- La "patología" de esta nueva economía está determinada muchas veces por demandas y expectativas imposibles —léase, mejor calidad con precios más bajos y con innovaciones más rápidas—, las que generan formas de estrés sin precedentes.
- La dinámica del mundo presiona a la gente para que alcance objetivos cada vez más altos, en todos los campos del trabajo, en riqueza y estilo de vida. Las personas tienen que aprender a luchar con esa presión permanente en sus vidas.
- Los medios de comunicación y la cultura de masas le están dando un tratamiento vergonzoso a los negocios. El mensaje que se difunde — "usted vive en el mejor país del mundo, en el mejor momento de la historia, posee un grado sorprendente de libertad para hacer lo que quiera, junto con una oportunidad sin

precedentes de volverse rico y exitoso en tiempo récord" — refleja lamentablemente la pérdida de valores y de conducta ética en que se encuentra y se forma a gran parte de la población humana.

Pero, a pesar de la barbarie y las dificultades que tiene la globalización y la nueva economía del mundo, los pueblos no industrializados aspiran tanto como los industrializados a la excelencia en el comportamiento moral y político y al mejoramiento material y económico. Nadie puede estar en contra de esta tendencia a la excelencia, a vivir con calidad y bienestar. Todo ello es así porque lo que tiene excelencia es lo que es bueno. Pero, se trata de lo bueno en el sentido de la síntesis entre el ser y la apariencia, entre el fondo y la forma, entre el contenido y el continente. Se trata, en suma, de lo bueno y lo verdadero, es decir, de la justicia y de la verdad.

Esta formación en las ciencias y en las técnicas, en la justicia, en el derecho y en la ciudadanía y naturalmente también en la creación estética y artística, tiene como norte el ideal de la excelencia.

La formación en la excelencia ha sido y es el ideal de cualquier formación humana. La excelencia exige formar a los hombres como los mejores. Pero ser los mejores equivale a serlo intelectual y moralmente. Equivale a ser los más responsables, justos y buenos, y a su vez ser los más capaces y sabios. Además, la modernidad y la democracia nos exigen que todos lo sean porque el ideal de la excelencia en la modernidad es para todos.

Desde esta mirada global es que nos debemos preguntar por el papel y por el rol del magistrado y de la magistratura. Nos parece absolutamente razonable observar que los ciudadanos quieran ser cada día mejores ciudadanos y que los profesionales,



los académicos, los gobernantes se esfuercen también por ser los mejores. ¿No es acaso más razonable que los responsables en impartir justicia lo sean en grado sumo? ¿No son ellos acaso los que tienen que ser los líderes éticos de la sociedad? Sin ninguna duda. Una sociedad que alcanza la madurez cívica y la justicia, cuenta siempre y necesariamente con excelentes magistrados.

No hay, pues, duda en afirmar que en la excelencia ética del magistrado está viva la justicia y la garantía de una sociedad humana plenamente realizada. Hemos aprendido en el Perú, por las dolorosas experiencias vividas, que solamente con jueces probos y honestos podemos enfrentar el desarrollo económico, social y político del país. Los países y pueblos que han intentado el desarrollo humano y el económico prescindiendo de la educación y calificación de sus magistrados y que, como en nuestro caso, los relegaron a un papel secundario de la vida social y política, sólo han cosechado miserias, corrupción y tragedia.

La mejor propuesta nacional es aquella que coloca el punto de desarrollo en la educación y la que dentro de ella se preocupa centralmente por la formación de la conciencia cívica del magistrado, porque permite contar con mujeres y hombres conscientes de sí mismos, de sus derechos y de sus deberes. Trabajar fuera de la formación científica y ética del magistrado es un despropósito. Son los jueces con formación jurídica y ética en grado sumo, vale decir, con excelencia, los verdaderos vigilantes y garantes de la justicia y de la ley.

2. LA MAGISTRATURA, EXCELENCIA EN EL LIDERAZGO ÉTICO

Para nosotros el liderazgo ético de la magistratura está en comprender que el líder verdadero es la persona que sirve a los demás y no espera servirse de ellos. Todo

ello implica en consecuencia un compromiso y un comportamiento que no espera otra recompensa que la de saber que se actúa conforme a principios y valores. La razón de la excelencia de la magistratura radica en adecuarse a principios éticos. Ahí está el sentido profundo del liderazgo del magistrado.

El magistrado debe ser un ejemplo vivo tanto en su desempeño personal como social. No puede tener como divisa central la contraprestación que gira en torno a la remuneración que espera recibir. Al contrario, su premisa está en torno al servicio que presta. Será a través del servicio y en la dignificación de su ejercicio que se comprenderá el real significado del papel de la magistratura. Sólo así el magistrado podrá aspirar a la trascendencia de su vida.

Debe comprender que su conducta no es una incógnita ni que pasa desapercibida y que sus actos no son aislados sino públicos. Por ello el magistrado debe asumir un comportamiento ético. El comportamiento ético puede no generar riqueza y quizá no es el camino para hacerse rico, pero es la vía adecuada para el comportamiento ideal humano. La riqueza no da moralidad, y el fin de la vida humana no es la riqueza, sino el bien.

2.1. *El magistrado, creador de una cultura de valores*

Desde este horizonte es que el magistrado debe propiciar la creación de una cultura de valores en el entorno en el cual se desempeña, tanto en la familia, como en el trabajo o en la corte. De esta manera contagiará con su actitud a los demás compañeros de trabajo y personas allegadas y convertirá su centro de trabajo en un centro de tolerancia, respeto y justicia.

Crear una cultura de valores supone que el magistrado tenga varios objetivos centrales:



- Uno de ellos es comprender que su propio sentido de justicia implica la impostergable necesidad de integrar valores morales objetivos entre los criterios que deben usarse en su desempeño diario.
- Otro objetivo es vencer las resistencias más comunes para con la ética, en especial aquella sensación de que la ética no aporta nada y no pertenece al mundo de lo práctico y de lo real.
- Finalmente, un objetivo central es entender el sentido de los valores morales, por qué deben ser respetados y cómo convertirlos en normas de conducta que permitan solucionar situaciones concretas.

Para llegar a su meta, el juez puede ser audaz, mas no temerario. El magistrado no puede, pues, ser imprudente porque lleva sobre sí la responsabilidad de la libertad o del patrimonio de otros. Como líder ético debe dar el ejemplo en todo momento y ser capaz de utilizar todas las herramientas a su alcance para el cumplimiento de su función y así honrar el Derecho.

Recordemos a manera de anécdota el mensaje del tratamiento y domesticación de elefantes en la India. Cuando pequeños a los elefantes se los amarra a un árbol con una cadena para evitar que escapen. Ellos tratan de hacerlo, pero la cadena y el árbol son más fuertes que ellos. Cuando crecen y adquieren la fuerza de los adultos, basta con amarrarlos a un pequeño arbusto para que no escapen. Con la fuerza que tienen, los elefantes podrían sacar el arbusto de raíz, pero no lo hacen porque tienen marcado el esquema de que es imposible escapar. Este ejemplo es parecido a un refrán nuestro que dice "*árbol que nace torcido nunca su tronco endereza*". Estos ejemplos señalan la importancia de la

educación en la vida de los seres. Ésta se mantendrá firme durante toda nuestra vida. Por ello hay que educar al magistrado en la excelencia del comportamiento ético.

2.2. Camino del liderazgo ⁵⁷

La característica más importante de una persona que busca ser líder, y es el caso del magistrado, es la integridad. Así como nosotros depositamos nuestros ahorros en un banco, los subordinados depositan en su líder su capital máspreciado, su confianza, y esperan ser remunerados con pagos de integridad.

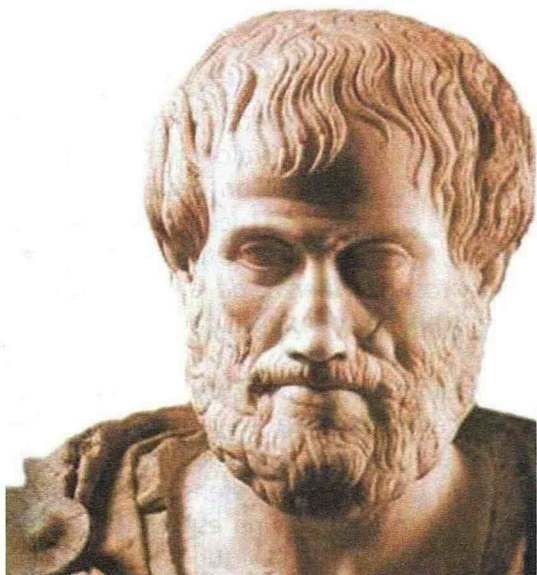
En la primera oportunidad que el líder no es íntegro, los subordinados se comportan tal como lo harían con un banco que no ha pagado los intereses sobre sus depósitos: retiran el dinero y dejan que el banco quiebre. En el caso del líder, le retiran la confianza y lo dejan sin poder.

El primer paso que debe dar aquella persona que quiere ser líder es aprender a estar consciente de sí y de los demás, pues éste es un elemento clave para lograr el liderazgo personal y social. No podemos ser líderes de otros, si no tenemos primero la capacidad de liderarnos a nosotros mismos. Es un camino de va desde adentro hasta afuera y viceversa. Por eso es que la toma de decisiones éticas depende del propio ser humano, en él recae la fortaleza por la libertad de que goza y el ejercicio de la opción que puede tomar. La posibilidad de una renovación personal y social en realidad depende exclusivamente de cada uno de nosotros.

Aristóteles decía:

"Tanto la virtud como el vicio están en nuestro poder. En efecto, siempre que está en nuestro poder el hacer, también lo está el no hacer, y siempre que está en

⁵⁷ FISCHMAN, David. *El camino del líder*. Lima: Diario *El Comercio*, 1999.



Aristóteles.

nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, lo estará también cuando es vergonzoso, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará asimismo, para no obrar cuando es vergonzoso".⁵⁸

El magistrado debe reorientar su actividad buscando convertirse en un líder. Para ello debe empezar consigo mismo, ordenando su vida y definiendo claramente sus fines y propósitos en la vida, y de esta manera empezar a trascender con los demás. Vamos a entender al líder como un personaje cuyos seguidores, inspirados en su aptitud y capacidad, buscan imitarlo.

3. LA MAGISTRATURA, UNA VOCACIÓN DE SERVICIO

Junto a la excelencia y al liderazgo ético tenemos que subrayar el papel de servicio de la magistratura. Hoy en día se reconoce que uno

de los valores que más falta hace, es el de servir. La sociedad contemporánea nos impone una carrera de consumo que muchas veces nos aparta del camino correcto. Nos hemos acostumbramos a "servir" pero cambiando el sentido de servicio, condicionándolo casi siempre a la obtención de un favor. De ese modo se ha tergiversado y perdido la esencia del papel del servidor público.

Al fijarse más en ofrecer un buen servicio y no en la contraprestación que se pueda obtener, se hace más difícil faltar a la ética en beneficio propio.

El magistrado que da prioridad al servicio en el ejercicio de su actividad suele reconocer que existe una hipoteca social sobre su educación. No se siente plenamente realizado como profesional por el sueldo que percibe o los cargos que ejerce, sino por el servicio que ofrece a los demás. Por ello, en su trabajo, manifiesta lo que podríamos describir como una especie de mística profesional.

Esta mística profesional nace del código personal de conducta. En tal sentido puede describirse como una manera de actuar que es coherente con el conjunto de valores morales que una persona ha asimilado a lo largo de su vida. Es un modo de ser frente a los demás que surge de los valores de la persona y de su actitud moral fundamental.

Nuestra sociedad exige y necesita de magistrados, jueces y fiscales que vivan su profesión como una vocación de servicio. Sólo a través de tales personas será posible moralizar el mundo y lograr una verdadera justicia. Para que puedan perseverar en el camino que han escogido hace falta que los magistrados busquen apoyo en personas que compartan sus valores y

⁵⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
⁵⁹ Referido en FISCHMAN, David. *El camino del líder*. Lima: Diario *El Comercio*, 1999.



principios éticos. El secreto de la perseverancia está en apoyarse mutuamente y caminar juntos.

3.1. La verdadera riqueza y el valor de los valores

En su libro *"The seat of the soul"* (*El fundamento del alma*), Gary Zukav⁵⁹ sostiene que la verdadera evolución del hombre viene cuando desarrolla actividades por encima de sí mismo, cuando hace servicio desinteresado y gracias a ello deja de pensar sólo en sus beneficios y se preocupa por los demás. En realidad, para él, *"la evolución del hombre no radica en la tecnología, sino en su nivel de conciencia"*.

Se debe entender entonces que la verdadera riqueza está en la conciencia de servir. Ello exige empezar con un cambio de pensamiento y actitud. No se puede esperar a que todo el mundo y las personas cambien para recién empezar nosotros. En

realidad, el cambio empieza por uno mismo dando el ejemplo.

Covadonga O' Shea⁶⁰ y otros señalan que el valor de la entrega y del servicio constituye el gran valor necesario en nuestra sociedad. Conforme sostiene Deepak Chopra⁶¹, casi de manera poética, *"la armoniosa interacción de los elementos y las fuerzas de la vida operan a través de la ley del dar"*.

El magistrado tiene una vocación de servicio fundamental para la sociedad. Su papel como garante de la ley, como restaurador de la paz lo coloca como defensor del sistema democrático y como una especie de poder no político que tiene la virtud de controlar el apetito desmedido de poder y a la vez la responsabilidad de administrar justicia entre los hombres. Probablemente la función del magistrado, de cara a la sociedad, sea una de las más nobles, graves y profundas vocaciones de servicio entre las diversas actividades humanas.



⁶⁰ O'SHEA, Covadonga. El valor de los valores. 8ª edición. Madrid: Ediciones temas de hoy, 1998.

⁶¹ CHOPRA, Deepak. Las siete leyes espirituales del éxito. 18ª edición. Printer Colombiana S.A., 1998.

CAPÍTULO IX

UNA PROPUESTA ÉTICA PARA LA MAGISTRATURA

¿Por qué es necesaria una propuesta ética?

La respuesta a esta pregunta está en razón de los graves niveles de corrupción y de vicio que se han vivido y se viven en nuestra sociedad. Estamos profundamente preocupados por el fenómeno de la corrupción y su nivel de generalización en el mundo y en el país. Llamamos corrupción a una forma viciosa de comportamiento que deforma y destruye lo que la sana razón y el sano juicio consideran adecuado. Peter Eigen, presidente de Transparencia Internacional señala que ella *"puede ser el obstáculo individual más devastador que se opone al desarrollo económico, social y político en países que carecen de sistemas políticos abiertos"*. Es decir, el vicio individual puede tener consecuencias sociales funestas.

La afirmación de los valores individuales suponía el pleno desarrollo del individuo y de la persona. Esta ha sido y es una bandera del mundo moderno, que plantea un adecuado equilibrio entre la sociedad de ciudadanos y el Estado para permitir el desarrollo pleno y personal de los individuos. Pero esta perspectiva de ninguna manera

significa el avasallamiento de la comunidad o de los otros para satisfacer los deseos individuales. La corrupción expresa un trastocamiento de los valores hasta el punto de negar sentido y perspectiva al bien común. Por ello se podría definir la corrupción como **el abuso del poder público en beneficio privado**. Puede ser tanto el caso del servidor público como el de algún agente externo que se aproveche del bien común para su propio beneficio.

La corrupción se describe, entonces, como:

"toda aquella acción u omisión del servidor público que lo lleva a desviarse de los deberes formales de su cargo con el objeto de obtener beneficios pecuniarios, políticos, o de posición social, así como cualquier utilización en beneficio personal o político de información privilegiada, influencias u oportunidades".

La corrupción es un vicio en el mejor sentido de la palabra. En ese sentido es un exceso, un abuso, una mala costumbre en el manejo de la cosa pública.



Si leemos el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁶² podríamos darnos cuenta de la magnitud de los problemas que afrontamos. En esta norma se detallan los actos realizados por una persona que ejerce una función pública y que aprovechando de su posición obtiene ventajas, dádivas, favores u otros beneficios para sí o para un tercero. Igualmente, la norma desarrolla algunas nociones sobre la autoría y participación en este tipo de conductas ilícitas y contrarias a la ética de los funcionarios públicos.

El tema de la corrupción nos lleva a pensar en las causas que la configuran y al tema de la ética, porque la conducta corrupta es una conducta inmoral. La discusión sobre la corrupción o cualquier otro comportamiento vicioso exige una reflexión profunda y adecuada sobre cuál es el comportamiento adecuado y correcto para no caer en ella. Esta preocupación es eminentemente ética y nos enfrenta a problemas que el hombre se ha ido planteando desde el mismo momento en que se concibió como tal.

Partiendo de todo lo dicho hasta ahora en los capítulos precedentes, proponemos una reflexión en positivo sobre lo que debería ser una ética para los magistrados.

Vincular las dos grandes orientaciones de la ética puede ser beneficioso a nuestro propósito. No hay razón para pensar que

puedan ser opuestas ni contradictorias. Una ética basada en las habilidades, cualidades y virtudes del individuo no tiene por qué ser contradictoria con una ética que intenta construir modelos universales de comportamiento. Partir de la experiencia y de lo real para llegar a los principios nos parece metodológicamente correcto, como también el esfuerzo por afirmar valores, principios y cánones de comportamiento universal.

Plantaremos entonces dos grandes orientaciones de la ética: virtudes y cánones. Es decir, formar hábitos y construir principios. En ambos casos recogeremos lo mejor de la tradición y procuraremos plantear una propuesta de ética para el magistrado peruano.

1. VIRTUDES DEL MAGISTRADO

El término ética viene del griego *ethiké*, que significa costumbre. No obstante, conviene aclarar que se trata de costumbre en el sentido de lo *consuetudinario*. No refiere a la idea moderna de costumbre como cultura. En buena cuenta, refiere a *lo acostumbrado*, a *lo habitual*, a *lo que se acostumbra hacer en tal o cual caso*. Está, por lo tanto, asociado a comportamiento y a conducta. La palabra carácter podría expresar también el sentido de *ethos* en cuanto involucra el sentido de conducta adquirida. Los romanos tradujeron el término griego *éthicos* por *morais* o *moris* que significa uso

62 CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. "Artículo VI, Actos de corrupción: El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo".

y que explica el mismo sentido de lo acostumbrado, lo que se usa, *lo usual*.

Con la llegada del mundo moderno y ante la crisis del mundo cristiano —porque empiezan a desarrollarse diversas interpretaciones del cristianismo—, la comprensión de la conducta moral o ética se divide para la tradición occidental. La moral cristiana no era suficiente para la construcción del Estado moderno. Para formar el Estado se requería de una nueva conducta. La moral cristiana queda reducida al horizonte personal y privado. La emergencia del Estado moderno es, pues, el punto de quiebre. La moral religiosa individual no será tomada en cuenta para las decisiones del Estado. Su papel queda circunscrito al ámbito de la conciencia individual. Lo correcto y lo permitido para el individuo estará vinculado a su conciencia y en el mejor de los casos, a su conciencia religiosa. Esta conducta moral individual pertenecerá al universo de lo privado. La moral o conducta ética del Estado se distinguirá desde ese momento y para siempre de la conducta ética o moral del individuo.

Teoría del justo medio: vicios y virtudes

Para la tradición clásica y en especial para la aristotélica, la virtud consiste en un punto de equilibrio entre dos extremos opuestos que constituyen los polos viciosos. La virtud se establece, pues, en un término medio entre dos pasiones extremas.

Podemos poner el caso de algunas virtudes. Por ejemplo, entre la temeridad y la cobardía está la virtud de la fortaleza o valor; entre la prodigalidad y la avaricia está la virtud de la liberalidad o generosidad; la mansedumbre o moderación se encuentra a medio camino entre la ira y la indolencia.

Convendría precisar que este punto de equilibrio entre dos extremos no es un

punto exacto, matemático, ni es un punto universal y abstracto, ni es igual para todos los individuos y en todas las circunstancias. Se trata, más bien, de un término relativo a la naturaleza de los seres y a las condiciones del hombre. Es toda una tarea para la razón y para la vida humana encontrar ese término medio virtuoso.

Lo interesante a destacar en este concepto de virtud es el sentido de formación, de ir construyendo. Existe por ello algo de artístico, porque como todos sabemos el arte consiste en una sabia combinación de diversos elementos sobre los que se impone una medida que es la base de la armonía. Así entonces la virtud da a la vida humana el sentido de armonía fundada en la medida, en el punto de equilibrio, en el término medio.

El vicio está representado en esta concepción por los extremos. Representa, además, el abandono del término medio, del equilibrio y de la armonía de la vida humana. Naturalmente que el vicio expresa la corrupción y la degeneración del principio subyacente a una ética que está basada en la armonía de las partes.

Virtudes morales y virtudes intelectuales

Como indicamos en el capítulo 2, dentro de lo que llamamos las virtudes se pueden establecer dos grandes grupos de virtudes: 1) las éticas o morales y 2) las dianoéticas o intelectuales. Esto porque se relacionan con las dos partes que existen en el ser humano: la racional y la irracional. Las virtudes morales o éticas propiamente regulan la parte irracional y los sentimientos y deseos en ella contenida. En tanto que las virtudes dianoéticas o intelectuales regulan la parte racional.

Debemos subrayar que la virtud es un medio para conseguir la perfección. Los antiguos pensaban que el hombre que no era vir-



tuoso, era un ser esencialmente *indeterminado* porque podía tomar cualquier decisión y escoger cualquier medio. La virtud, en cambio, es una *determinación* porque implica un estado de carácter, que indica la elección de medios para conseguir determinados fines".⁶³ Por ello decimos que la virtud es un hábito que nos determina, y la perfección depende de nuestros hábitos.

La virtud, para Aristóteles implica un "*poder para obrar, para dominar las pasiones*".⁶⁴ Este poder se adquiere por el ejercicio y la repetición de actos. La adquisición de la virtud exige necesariamente un entrenamiento. Aristóteles en realidad no concebía al hombre sólo como un ser "racional", observaba que el hombre era un "animal racional" y no olvidaba ni confundía el adjetivo por el sustantivo.

Dejaremos para después la discusión de las virtudes intelectuales. Por ahora nos concentraremos en lo que son las virtudes éticas, en las diferentes virtudes éticas, en la importancia de la justicia, y finalmente, propondremos una serie de virtudes éticas para los magistrados.

1.1. Virtudes morales

Las virtudes éticas consisten para la tradición clásica en la sumisión constante —manifestada en el hábito— de las fuerzas y tendencias inferiores a los dictados superiores de la razón. La misión de estas virtudes es imponer el reino de la razón a la parte inferior. Las principales virtudes son: la fortaleza, la templanza, la liberalidad, la magnanimidad, la amistad y la justicia. Sobre éstas haremos una rápida presentación dejando para la última, la justicia, una reflexión más profunda porque la preocupación

por el tema de la magistratura nos obliga a una reflexión más acabada sobre ella.

1.1.1. Las virtudes clásicas

Sobre estas virtudes clásicas podemos decir lo siguiente:

a. Fortaleza o valentía

Es la virtud por la que el hombre hace frente al peligro. El motivo principal que inspira esta fortaleza es el sentido del honor.

b. Templanza o moderación

Es la que trata de dominar y de ordenar las tendencias hacia los placeres sensuales. La templanza no se refiere a los placeres espirituales del alma, tales como los derivados de la contemplación, de la investigación. La templanza se refiere, más bien, a los placeres del cuerpo, sobre todo aquellos en los que el hombre coincide con el animal: los placeres del gusto y tacto.

c. Liberalidad o generosidad

Es la virtud que regula el uso de las riquezas. Por riqueza se entiende toda cosa que sea valorada en términos monetarios. Los dos efectos defectuosos son la avaricia y la prodigalidad. El hombre liberal sabe usar de su dinero, gastando y dando rectamente, lo que implica: dar a quien rectamente se puede dar y darlo en tiempo oportuno.

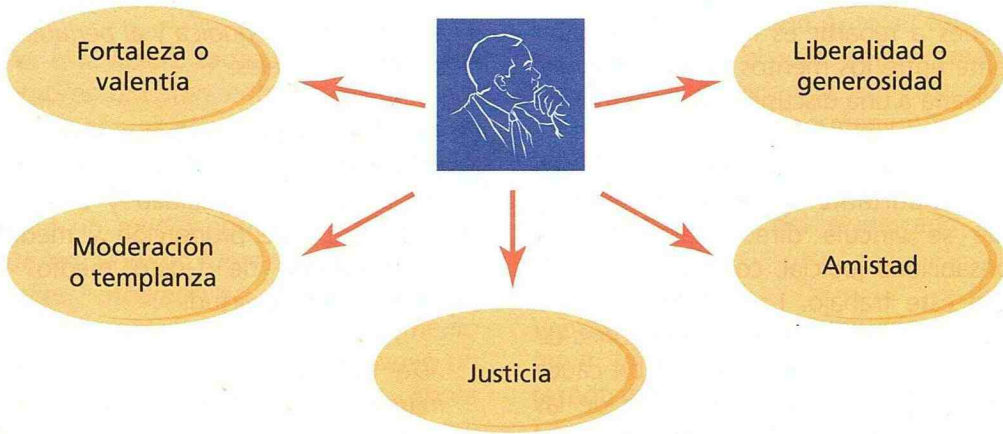
d. Amistad

Es una virtud necesaria porque sin amigos no se puede vivir. Es, además, una necesidad universal que afecta a ricos y pobres, a jóvenes y hombres de edad. La mejor

⁶³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985. 1106b. p. 25

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985. 1140b. p. 92-93

VIRTUDES CLÁSICAS



amistad es la que se funda en el bien y para el bien. En cambio, la amistad fundada en la utilidad no tiene vida permanente, porque la utilidad cambia continuamente y, por ello, tal amistad se disuelve fácilmente.

Lo importante de todas estas virtudes es que hacen posible la realización de los bienes comunales. Debe quedar claro que estas virtudes no se adquieren a través del estudio. No es posible adquirir la virtud de la valentía estudiando o asistiendo a cursos militares. Sólo la práctica y la disciplina pueden formar nuestro carácter y permiten que la virtud arraigue en él. Estas virtudes se adquieren por la costumbre y por la repetición. Suponen un tratamiento y un esfuerzo continuo. En realidad se busca crear una disposición que tienda al ideal.

e. **Justicia. El juez es "justicia animada"**

El término griego *dikaiosine* puede tener el sentido general de rectitud. De ahí que se utilice el vocablo en dos sentidos diferentes:

- El sentido de justicia en general para designar la rectitud o bondad de la conducta humana. En este caso no designa una virtud particular, distinta de las demás virtudes, sino un estado

de bondad que supone la existencia de múltiples virtudes. Algo similar ocurre con el término *justus* utilizado en la Sagrada Escritura y en la primitiva literatura cristiana, donde designa la santidad, es decir, el conjunto de todas las virtudes.

- El sentido de justicia como virtud particular y distinta de las demás virtudes. En tal caso, la justicia es una parte de la bondad y rectitud de la persona humana y trata de regular las relaciones de los hombres entre sí para dar a cada uno lo suyo. Esta es la justicia propiamente dicha. Esto está trabajado por Aristóteles en su famoso libro V de la *Ética a Nicómaco*.

Cuando Aristóteles trata el tema de la justicia hace referencia a múltiples problemas. Conviene dejar sentado que para él, la justicia está circunscrita al mundo de la ciudad y que siendo una virtud está también considerada un término medio entre extremos viciosos. No obstante, Aristóteles distingue dos tipos de justicia, la distributiva y la correctiva o reparadora.

La primera tiene el objetivo de distribuir cargos, honores y demás beneficios entre los miembros de la comunidad conforme a una



norma de proporción, que no es otra que los méritos de los ciudadanos. Dicho de otra manera, que la relación de participación en los bienes a repartir es igual a la relación existente entre los méritos de las personas. Esto llevaría a una discusión sobre el mérito.

No obstante, la segunda idea de justicia nos parece importante tenerla en cuenta, porque se vincula directamente con la responsabilidad judicial, cosa que nos interesa en este trabajo. La justicia correctiva tiene por objeto mantener las relaciones de los ciudadanos entre sí dentro de un cauce de justicia. Eso indica la regulación de las relaciones interpersonales fundadas en el contrato y también el castigo a los criminales y violadores de la ley restaurando el orden violado.

"La que nos queda por considerar es la correctiva, que tiene lugar en los modos de trato, tanto voluntarios como involuntarios. Esta forma de lo justo es distinta de la anterior. En efecto, la justicia distributiva de los bienes comunes es siempre conforme a la proporción que hemos dicho, pues incluso cuando se trata de la distribución de un fondo común, se hará conforme a la proporción en que estén, unas respecto de otras, las contribuciones aportadas; y la injusticia que se opone a esta clase de justicia es la que va contra la proporción. En cambio, la justicia de los modos de trato es, sí, una igualdad, y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción, sino según la proporción aritmética. Lo mismo da, en efecto, que un hombre bueno haya defraudado a uno malo que uno malo haya defraudado a uno bueno, o que el adulterio haya sido cometido por un

*hombre bueno o malo: la ley sólo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado", señala Aristóteles.*⁶⁵

En Aristóteles está muy claro el sentido de la justicia como igualdad y el sentido de injusticia como desigualdad y ello por el sentido básico de proporción y medida o como decíamos de "justo medio" que expresa la idea de virtud.

*"De modo que es esta clase de injusticia, que es una desigualdad, la que el juez procura igualar; y así, cuando uno recibe un golpe y otro lo da, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando del lado de la ganancia, pues en tales casos se usa en general el término ganancia aunque no es adecuado a algunos, por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe, y al de pérdida refiriéndose a la víctima; en todo caso, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno sale ganando y otro sale perdiendo. De suerte que lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos de manera contraria, porque la ganancia consiste en más bien y menos mal y la pérdida en lo contrario. El término medio de éstos era lo igual, que decimos que es lo justo; de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia".*⁶⁶

Como veremos a continuación, la importancia del juez para Aristóteles es decisiva para el comportamiento de la

⁶⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985. 1132a. p. 75.

⁶⁶ *Ibidem*. Ob. Cit. Pág. 76. 1132b.

justicia y para restaurar el daño. El juez es la justicia animada, viva y su ubicación es el centro, el medio.

*"Por esta razón, todas las veces que los hombres discuten entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada. Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas; y de aquí que en algunos lugares se llame a los jueces, mediadores, como dando a entender que cuando alcanzan el medio alcanzan la justicia. Lo justo es, pues, un medio, puesto que el juez lo es. Ahora bien, el juez restaura la igualdad y como si hubiese una línea dividida en partes desiguales, aquello en que el segmento más grande excede a la mitad lo separa el juez y lo añade al segmento más pequeño. Y cuando el todo ha sido dividido en dos mitades, se dice que cada uno tiene lo suyo, o sea, cuando reciben partes iguales. Lo igual es aquí el medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética. Y por esto lo justo se llama así (dikaion) porque indica la división en dos mitades (dixa), como si se dijera partido en dos (dixaion) y el juez (dikastês) fuera el que parte en dos (dixastês)".*⁶⁷

Es por estas razones que Aristóteles señala la importancia de la justicia sobre las otras virtudes. Ello se aprecia en sus palabras cuando se refiere a ella como *"la más excelente de las virtudes"*.⁶⁸ Obviamente la justicia aparece como la síntesis de todas las demás virtudes. Es curioso que el sentido particular de justicia al que aludimos acabe confundido con el de igualdad y se transforme en el sentido más global de justicia, como rectitud y como bondad. En este sentido justicia indica perfección.

1.1.2. Los hábitos de conducta para los jueces

Para poder realizar con éxito su función en la magistratura, el juez debe contar con virtudes. La experiencia advierte que es menester recordar permanentemente el sentido de la virtud y de los hábitos de conducta, razón por la cual hemos hecho esta presentación del significado de las virtudes.

Vamos a resaltar las virtudes que debe tener un magistrado para enfrentar sus responsabilidades profesionales y personales. Hemos considerado ocho virtudes más que todo magistrado debe poseer para la realización de su ministerio. La justicia ya ha sido tratada y por eso reflexionaremos sobre las restantes. No olvidemos que la justicia representa la síntesis de todas las otras.

Ser magistrado es un proceso de perfeccionamiento permanente, porque nunca se es lo suficientemente bueno o perfecto para el desempeño de una función. Las virtudes son actitudes y deben transformarse en hábitos de conducta y de acción. De tal manera que las virtudes de un magistrado se construyen y se forman; lo cual indica un proceso permanente de autoeducación, de reciclamiento y de reordenamiento en la función, a la luz de las situaciones y de los cambios que se viven en el país o en el mundo.

No puede ser un excelente magistrado quien no posee una conducta caracterizada por la lealtad, la verdad, la probidad, la independencia de criterio, la imparcialidad, la diligencia, el decoro y la rectitud o firmeza. La conjunción de estas virtudes en un magistrado será el gran objetivo a alcanzar.



⁶⁷ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. México, UNAM, 1972, V, 4, pp. 115 y 116.

⁶⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 4ª edición. 1985, p. 71. 1129b.

Señalamos en cada tema un conjunto de conductas y de prácticas viciosas contrarias a lo que consideramos los valores del magistrado y que representan el exceso y la desnaturalización del justo medio, y por ende, de la virtud:

a. Lealtad

La lealtad es una virtud que se deriva de la confianza. Existen muchos tipos de confianza: unas referidas a la relación entre amigos, otras a la familia y otras al país o a la comunidad. La lealtad refiere confianza y responsabilidad. En el caso de un magistrado, la lealtad deberá estar vinculada al ejercicio del derecho y por ende, a la justicia. Si alguna virtud le es inherente al magistrado, ésta es su lealtad para con la justicia. De la misma manera que el filósofo Aristóteles prefería su lealtad a la verdad que a la amistad de Platón.⁶⁹

La lealtad es la virtud del juez que consiste en actuar y cumplir las funciones encomendadas con honradez, en el proceder de acuerdo a lo dispuesto por las normas y la realidad.

Los vicios opuestos a la lealtad del juez son: la corrupción, el favoritismo y el nepotismo. Todos ellos surgen porque se pervierte el sentido de la lealtad para con la justicia y se buscan intereses subalternos como el dinero, el favorecer intereses políticos o familiares.

Adicionalmente a los conceptos vertidos sobre lealtad, tenemos las definiciones de la Real Academia Española, cuyo contenido interesa a las reflexiones éticas que venimos formulando:

- Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien.
- Legalidad, verdad, realidad.⁷⁰

b. Veracidad

El tema de la verdad representa para el magistrado el esfuerzo por describir los hechos, tanto morales como físicos, con la mayor precisión posible. Se trata de que su discurso refleje realmente los hechos. La opinión del magistrado será así la adecuada y expresará la verdad. El magistrado estará formado en la veracidad cuando tome permanentemente la actitud de referirse a los hechos con objetividad y precisión.

La veracidad es la virtud del magistrado que consiste en resolver los conflictos y basar sus decisiones de acuerdo a la verdad de hechos reales verificados.

Los vicios a los que se enfrenta el magistrado son: el negar la verdad por favorecer diversos intereses, la parcialidad en las opiniones, y la mala práctica jurisdiccional y fiscal.

Respecto de la veracidad tenemos algunos conceptos complementarios que contribuirán a comprender mejor los alcances de esta virtud:

- Cualidad de veraz.⁷¹
- Calidad de veraz. Que dice verdad en el caso o cosa de que se trata. Que procede siempre con veracidad.⁷²

⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. México: UNAM, 1972, cap. I, 6.

⁷⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe S.A. 1995. Vigésima Primera Edición. p.1237.

⁷¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe S.A. 1995. Vigésima Primera Edición.

⁷² Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª. Edición. T. VIII. p.343.

c. Probidad

La probidad es honestidad y rectitud en la vida. Probo es el hombre bueno. Diremos que en el caso del magistrado, ser probo equivaldría a ser honesto en el cumplimiento de funciones y a estar regido por la virtud de la justicia.

La palabra honesto tiene dos acepciones: Una es la de tener un compromiso con el Estado; en este sentido, por ejemplo, el *honestiorum* romano era el que pagaba impuestos y se preocupaba por el Estado. En otra acepción, la idea de honestidad se refiere a la idea de sin mácula, intachable.

De alguna manera, el magistrado probo es honesto tanto por su preocupación y contribución hacia el Estado, como porque no tiene otros intereses más que los de servir a su Estado cumpliendo con su tarea.

La probidad es la virtud del juez que consiste en actuar con integridad moral y honradez buscando que sus decisiones sean justas.

Los vicios opuestos a la probidad son la corrupción, la parcialidad y la mala práctica jurisdiccional que indican una búsqueda de intereses ajenos al servicio del Estado.

Esta virtud ha sido definida por diversos estudiosos:

- Rectitud del ánimo y el proceder. Integridad moral. Todo ello realza las cualidades morales y profesionales, y constituye aureola de jueces y administradores.⁷³

- Honradez.⁷⁴

d. Independencia

La independencia hace referencia a no tener dependencia de otro u otros en la toma de decisiones. Las decisiones del juez son independientes de las decisiones de otros poderes públicos. La propia naturaleza del trabajo del magistrado obliga a su independencia frente a influencias políticas, religiosas, amicales, etc. La única dependencia posible es con la justicia y con la ley.

La virtud de la independencia en un magistrado consiste en actuar de manera autónoma e imparcial, sosteniendo sus derechos y opiniones sin admitir intervención ajena.

De la misma manera, los vicios en este caso son el servilismo, el clientelismo, la parcialidad, la mala práctica jurisdiccional y fiscal.

Entre otras definiciones que ayudan a comprender el real significado de esta virtud están las siguientes:

- Cualidad o condición de independiente.⁷⁵
- Libertad o autonomía de gobierno y legislación de un Estado en relación con cualquier otro.⁷⁶

e. Imparcialidad

Se trata de una vieja característica de la práctica judicial. No hay posibilidad de hacer justicia sin ser imparcial. Si hay dos partes en conflicto y en disputa, el juez debe resolver

⁷³ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª. P. 430.

⁷⁴ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe S.A. 1995. Vigésima Primera Edición p. 1670

⁷⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1995. Vigésima Primera Edición. p. 1156.

⁷⁶ Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1998 P. 202.



el problema con imparcialidad, es decir, sin parcializarse, sin tomar partido por alguna de las partes. El partido del juez es la verdad y la justicia. El magistrado debe tomar permanentemente distancia frente a las partes y obrar de acuerdo a su conciencia y a la ley.

La imparcialidad es la virtud del juez que consiste en resolver y juzgar de manera desapasionada, sin prejuicios ni preveniciones, y de manera neutral frente a los intereses de las partes.

El magistrado yerra cuando cae en el favoritismo, en la parcialidad, en la mala práctica jurisdiccional y fiscal, y cuando no se aparta de un proceso en cuyo resultado ya tomó partido.

Otra definición consignada sobre esta virtud es la siguiente:

- Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. Esa definición, de la Academia de la lengua, ya nos da entender que la *imparcialidad* constituye la principal virtud de los jueces.⁷⁷

f. Diligencia

Aparentemente podría ser interpretada como una virtud menor, cuando en realidad se trata de una actitud muy importante.

Manifiesta la responsabilidad que debe poner el magistrado en su trabajo.

Un magistrado diligente es aquel que toma muy en serio su responsabilidad frente a la comunidad y frente a las partes, porque sabe que cuanto más responsable sea en tomar una decisión la posibilidad de resolver el conflicto estará más cercana.

La diligencia es una virtud que consiste en actuar con cuidado, esmero, rapidez y agilidad en el desempeño de las funciones.

Los vicios en este tema son la negligencia en la práctica jurisdiccional, y la omisión de la conducta debida.

Es necesario citar igualmente otras definiciones elaboradas sobre este valor:

- Cuidado y actividad en ejecutar una cosa.⁷⁸
- Cuidado, celo, solicitud, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en relación con otra persona. Prontitud, rapidez, ligereza, agilidad.⁷⁹

Por contrapuesto al negligente, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta. Una categórica ratificación sobre la diligencia se encuentra en el apotegma latino "las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados".

⁷⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1998. p. 195.
⁷⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1995. Vigésima Primera Edición. p. 751.
⁷⁹ Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1998.

g. Decoro

El decoro, en estos tiempos de imagen y de medios de comunicación, es muy importante. No se trata sólo de ser bueno, se trata también de ser formalmente bueno. No debería haber contradicción entre fondo y forma. No se trata de parecer lo que no se es. Se trata de manifestar lo que se es. Si un juez es justo y está guiado por la verdad y es independiente e imparcial, es razonable que su apariencia y su formalidad lo ratifiquen aún más. El decoro le exige una conducta pública y privada coherente, sintetizada en la idea que el magistrado debe predicar con el ejemplo.

El decoro es la virtud del juez que consiste en actuar con dignidad en el ejercicio de su cargo así como con honor, respeto y consideración en sus actos, proyectando ante su comunidad sus valores y cualidades morales.

Los vicios que atentan contra el decoro del juez son el descuido de su persona, la falta de coherencia entre su conducta y su imagen.

El decoro exige respeto a las personas no sólo por su cargo sino por ser tales, como es de observarse en la siguiente definición:

- Honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad.⁸⁰

h. Rectitud y firmeza

Cuando decimos rectitud y firmeza hablamos de una sólida formación moral y de criterios rectos y firmes para la argumentación en el ejercicio de la función judicial.

El magistrado no puede ser una caña que se la lleve el viento, sino un hombre firme por la rectitud y profundidad de sus palabras y sentencias, y moral por su intachable conducta.

La rectitud es la virtud del juez que consiste en actuar con exactitud y justificación de sus actos demostrando, además, la firmeza de sus decisiones.

Los vicios contrarios a la rectitud y la firmeza son la cobardía, la falta de carácter, el sometimiento, la pusilanimidad, y el ser influenciable.

La rectitud y la firmeza son definidas de manera similar en los siguientes términos:

- Exactitud y justificación de las operaciones.⁸¹
- Calidad de firme. Entereza, constancia, fuerza moral de quien no se deja dominar ni abatir.⁸²



⁸⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1995. p. 668.

⁸¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1995. p. 1745.

⁸² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1995. p. 972.

LAS VIRTUDES MORALES DE LOS MAGISTRADOS

LEALTAD	→	Responsabilidad hacia la justicia. Actuar con honradez y legalidad, de acuerdo a lo dispuesto por las normas y la realidad.
VERACIDAD	→	Actuar con objetividad y precisión de acuerdo a la realidad de los hechos verificados.
PROBIDAD	→	Actuar con integridad moral y honradez buscando la justicia en las decisiones.
INDEPENDENCIA	→	Actuar de manera autónoma e imparcial, sin admitir influencias externas en la toma de decisiones.
IMPARCIALIDAD	→	Resolver y juzgar sin parcialidad, de manera neutral frente a los intereses de las partes y en función a la verdad y justicia.
DILIGENCIA	→	Actuar con responsabilidad, esmero, rapidez y agilidad en la solución de los conflictos.
DECORO	→	Actuar con dignidad en el ejercicio de su cargo, proyectando ante la comunidad sus valores y cualidades morales.
RECTITUD Y FIRMEZA	→	Demostrar la firmeza de sus decisiones, actuando con exactitud y justificación.

1.2. Virtudes intelectuales

Acabada la presentación de las virtudes éticas o morales conviene que reflexionemos sobre las virtudes dianoéticas o intelectuales. Recordemos que la virtud implica también elementos intelectuales porque la

ciencia y el cultivo de la razón son indispensables para lograr la virtud. Los seres humanos no sólo son seres irracionales a los cuales hay que disciplinar y entrenar, sino que siendo seres racionales, su parte intelectual los puede ayudar a conseguir la perfección moral.



Debido a este factor intelectual la virtud puede tener, según la tradición clásica, un cierto carácter aristocrático y parecería reservada a minorías selectas. El vulgo, decían los antiguos, no se dirige por la razón, sino por la opinión y el sentimiento, por la costumbre y la pasión. Esta perspectiva selectiva de los antiguos hoy en día trata de ser modificada con la educación de todos los ciudadanos. Con ello se trata de evitar el elitismo y poder contar con sociedades modernas que se caractericen también por sus buenas costumbres y virtudes.

Debemos insistir que, en lo que tiene de intelectual, la virtud es enseñable y la ciencia colabora con su adquisición. Esto vale sobre todo para las virtudes intelectuales, las cuales son la consecuencia natural del cultivo de la razón. En las virtudes morales destacaba más el otro aspecto, el dominio de la voluntad sobre las pasiones y esto exigía ante todo un gran entrenamiento mediante el ejercicio continuado de la voluntad. Pero en el caso de las intelectuales supone un cultivo de la razón para la consecución de los ideales propuestos.

Entre las más importantes virtudes intelectuales están, en primer lugar, la ciencia o sabiduría que nos permite conocer la naturaleza real de las cosas; y, en segundo lugar, la prudencia, especie de sabiduría práctica o capacidad calculadora para poder deliberar con corrección. Ellas nos permiten apreciar el momento y hallar el término medio en las cuestiones personales y en las comunitarias. Ellas también apoyan a las virtudes éticas a la vez que proyectan un sentido al ejercicio de estas virtudes.

Hemos pensado que el magisterio necesita tres virtudes intelectuales para ejercer con corrección su función. Estas son: la deliberación prudencial, el razonamiento ético-jurídico y la hermenéutica jurídica.

1.2.1 Deliberación prudencial

El juez necesita, aparte de un conocimiento del derecho, una habilidad que le permita deliberar en cada caso concreto con éxito y hacer justicia de la mejor manera posible. Esta habilidad la conocemos con el nombre de prudencia. Es menester que el magistrado la desarrolle en el ejercicio de su función.

Recordemos que para Aristóteles la única manera de conocer qué es la prudencia se resuelve conociendo a las personas prudentes:

"Con relación a la prudencia, podremos comprenderla considerando cuáles son las personas que llamamos prudentes. Lo propio del prudente parece ser el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuáles son buenas para la salud o el vigor corporal, sino cuáles lo son para el vivir bien en general. La prueba de ello es que llamamos prudente con relación a alguna cosa a los que calculan bien lo conveniente a cierto fin que no es objeto del arte. Y así, podría decirse en general que el prudente es el que sabe deliberar".

El hombre prudente es el que sabe deliberar. Lo complejo de la deliberación es que no puede ser hecha sobre cosas determinadas por la ciencia, porque sería ya ocioso; ni por asuntos que uno sabe hacer y que constituyen un arte, una destreza, una técnica, de la misma manera que en la ciencia no podemos deliberar sobre lo que ya sabemos teóricamente o ya sabemos hacer.

Aristóteles escribe al respecto:

"Ahora bien, nadie delibera sobre cosas que no pueden ser de otra manera, ni sobre las que no puede él mismo ser. Por



consiguiente, toda vez que la ciencia va acompañada de demostración, y que no hay demostración de cosas cuyos principios pueden ser de otra manera (puesto que todo en ellas puede ser de otra manera) y que, en fin, no es posible deliberar sobre las cosas que son necesariamente, la prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte. No ciencia, porque lo que es materia del obrar puede ser de otra manera; no arte, porque son de género distinto el obrar y el hacer. Y lo son porque en tanto que el hacer tiene otro fin distinto de la misma operación, el obrar no lo tiene, ya que la misma buena acción es su fin. No queda, pues, sino que la prudencia sea un hábito práctico verdadero, acompañado de razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre.

Sin embargo, el sentido de la prudencia como virtud intelectual, es decir, hábito práctico verdadero acompañado de razón, es que recoge la perspectiva de los principios. Se trata de dar un juicio prudente teniendo sobre la mente los principios. En este sentido, el placer o el dolor pueden impedir que observemos adecuadamente los principios morales precisamente porque estamos sumidos en el placer o en el dolor. La virtud de la prudencia nos permite salir de la experiencia inmediata e ingresar a una reflexión que nos ayuda a mejorar nuestro comportamiento.

"De ahí que en el nombre de la templanza signifiquemos que ella salvaguarda la prudencia, porque es la templanza la que salva los juicios prácticos de la prudencia. El placer y la pena, en efecto, no corrompen ni deforman todos los juicios (como el de que el triángulo tiene o no tiene sus ángulos iguales a dos rectos) sino sólo los juicios concernientes a la acción moral. Porque los principios de los actos son el

fin por el cual se ejecutan los actos; y al que está estragado por el placer o la pena no le parece inmediatamente el principio, ni percibe que por motivo del principio ni por causa de él debe preferir y obrar en todas las circunstancias. El vicio es, de esta suerte, corruptor del principio. Así la prudencia es necesariamente un hábito práctico verdadero, acompañado de razón con relación a los bienes humanos", sostiene Aristóteles.

La prudencia –frónesis en griego–, expresa juicio justo, medida, límite. Es la virtud que mira a la naturaleza irracional del hombre y se esfuerza por racionalizarla. Frente a lo descabellado, a lo irracional, a lo que no parece tener límite en la naturaleza humana, la prudencia implica un límite y una medida. La prudencia no mira a la reflexión científica porque estando ligada a la naturaleza humana se esfuerza más bien en superarla. Por ello es una razón calculadora, deliberativa, práctica y que no pretende ser verdadera a la manera de la ciencia, pero resulta fundamental para encarar la diversidad de caminos y alternativas que el magistrado tiene que sortear.

"Siendo dos las partes del alma dotadas de razón, la prudencia podría ser la virtud de una de ellas, a saber, de la que es apta para opinar, ya que la opinión versa sobre lo que puede ser de otra manera, como también la prudencia. Sin embargo, la prudencia no es sólo un hábito acompañado de razón y la prueba de ello es que puede haber olvido de un hábito semejante, mientras que de la prudencia no lo hay".

1.2.2 Razonamiento ético-jurídico

El razonamiento jurídico es la capacidad de calificar hechos que generan controversias legales con la finalidad de resolverlas sobre bases jurídicas y objetivas con validez legal, lógica y racional.



Es necesario que el magistrado incorpore un nuevo elemento para la toma de sus decisiones, este nuevo elemento corresponde a la ética. Las decisiones de los jueces y fiscales no sólo comprenden un rigor intelectual y el razonamiento, en este caso, jurídico, sino que deben tener su fundamento en virtudes. La justicia es la virtud por excelencia que debe lograr el magistrado. Es por ello que al momento de resolver el juez debe preguntarse, primero, si la decisión que resuelve el conflicto tiene como fundamento los criterios de la lógica jurídica que en un perfecto ejercicio de silogismo jurídico debe adoptar; y, segundo, si se encuentra dentro del marco de los valores y, por tanto, conduce a una verdadera justicia.

Entonces, queda claro que la justicia no debe confundirse con la legalidad, pues existen leyes no justas en la medida en que, si bien han cumplido con el proceso establecido para su promulgación, no son equitativas por varios motivos: están dirigidas a un público específico, contienen disposiciones que contravienen la Constitución, o se oponen a los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, su aplicación deviene también en un acto de injusticia a pesar de la legalidad en su promulgación, en cuyo caso, el juez deberá preferir los derechos fundamentales inherentes a toda persona y el respeto irrestricto de la Constitución.

Razonar jurídicamente, pues, es construir soluciones o, mejor dicho, salidas a los conflictos que las personas no son capaces de resolver por ellas mismas, en aplicación de bases racionales sólidamente establecidas por el sistema legal.

Los métodos de razonamiento jurídico se basan en el poder persuasivo de los argumentos retóricos empleados, o en la aceptabilidad racional de la decisión que pone fin al conflicto, o en el procedimiento de argumentación y la forma en que se

hayan empleado los métodos de interpretación jurídica. En consecuencia el razonamiento jurídico correcto es aquel que muestra la decisión mejor justificada tanto en el ámbito interno como externo.

La justificación interna se refiere a la lógica interna del razonamiento, o, lo que es lo mismo, a que la decisión resultante en el razonamiento se derive de premisas coherentes.

La justificación externa se refiere a la corrección material de cada una de las premisas empleadas en el razonamiento.

Cuando un juez toma una decisión se enfrenta a una elección que deberá ser justificada con razones jurídicas. El razonamiento que conduce a tal toma de decisión es uno de carácter práctico general, especialmente orientado por reglas de aplicación e interpretación normativa y de valoración de las pruebas.

Razonamiento y cultura jurídica en el Perú

El razonamiento no se aplica de la misma manera en todos los contextos ni se basa en los mismos presupuestos, sino que adquiere peculiaridades teóricas y prácticas según la cultura jurídica de que se trate. Estos elementos son considerados y ponderados de diversa manera de acuerdo a la cultura jurídica imperante en cada país. Ello obedece a distintas experiencias y tradiciones que han conformado los sistemas legales, sus fuentes productoras de normas jurídicas y la relevancia práctica tomada en la judicatura.

Wroblesky identifica las diferentes maneras en que las culturas legales han asumido el rol de la judicatura, a partir de un concepto comprensivo de la ideología de la aplicación judicial del derecho que define de la siguiente manera:



"conjunto de postulados y estimaciones que determinan cómo el juez debe tomar sus decisiones (...) en su forma completa incluye el sistema de directivas de la aplicación del derecho con el cual puede uno decidir sobre cualquier caso en un sistema jurídico dado. Lo anterior implicaría un conjunto ideológico que abarque no sólo la exposición precisa de directivas de interpretación, directivas de prueba y directivas de elección de consecuencias sino también la creación de un sistema de valores que la respalde (...)".⁸³

Podemos afirmar que la ideología judicial que ha primado en la cultura jurídica imperante en el Perú corresponde a la decisión vinculante, es decir, al pensamiento del positivismo jurídico. La justificación política se basa en que la separación de poderes estatales garantiza la libertad de los ciudadanos y su voluntad se expresa a través del parlamento, que legitimado por la representación política que ejerce, crea el derecho y fija los límites de las libertades ciudadanas. A los jueces les corresponde aplicar las leyes mas no crearlas. Esto supone un fuerte formalismo y literalismo interpretativo que un buen sector de nuestra judicatura practica hasta nuestros días. Sin embargo, contemporáneamente puede observarse cierto desplazamiento de magistrados peruanos hacia una concepción teórica cercana al modelo de la decisión legal y racional.⁸⁴

El magistrado y la co-creación del derecho

La ideología de la decisión legal y racional distingue los momentos de creación y aplicación del derecho. Reconoce al legislador su rol de creador, y al juez, su rol de creador complementario, ponderado y razonable en el momento de la aplicación

de las leyes. Se insiste en que el juez no debe escapar al marco jurídico impuesto por el legislador, pero que tiene cierto ámbito discrecional para recrear o co-crear el derecho en casos concretos. Empero, es importante destacar siempre este rol garantista de los jueces y fiscales en el sentido de ser considerados fundamentalmente como guardianes del orden constitucional y defensor de los derechos humanos.

El razonamiento del juez tiene una perspectiva de imparcialidad, intenta fijar los problemas jurídicamente relevantes del caso, para analizarlos desapasionada y desinteresadamente. Su razonamiento requiere de la más fuerte dosis de imparcialidad, objetividad y discreción. Asimismo, implica una necesidad ostensible de argumentación o motivación de las decisiones que se toman en el marco del proceso judicial.

Así, el razonamiento jurídico requiere enjuiciar la verdad jurídica o la corrección material de los argumentos que emplea como premisas mayor y menor. Si satisfacemos ambos aspectos, el razonamiento lógico o justificación interna y razonamiento material —también llamado justificación externa—, el raciocinio será completo, seguro y plenamente motivado.

La virtud del magistrado en este caso debe ser el lograr un razonamiento ético jurídico. Este es un nuevo concepto que según se ha analizado, podemos ilustrarlo así, el juez al momento de resolver y firmar la sentencia pone de manifiesto dos valores:

- (i) **El cultural e intelectual**, que consiste en aplicar correctamente la

⁸³ WROBLEWSKY, Jerzy. "La ideología de la aplicación judicial del Derecho" En: *Crítica Jurídica*, N° 10. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp.19-35. Citado por LEÓN PASTOR, Ricardo. *Razonamiento jurídico: Lógica y argumentación*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, p 22. (Materiales de enseñanza).

⁸⁴ LEÓN PASTOR, Ricardo. Ob.cit., p.23

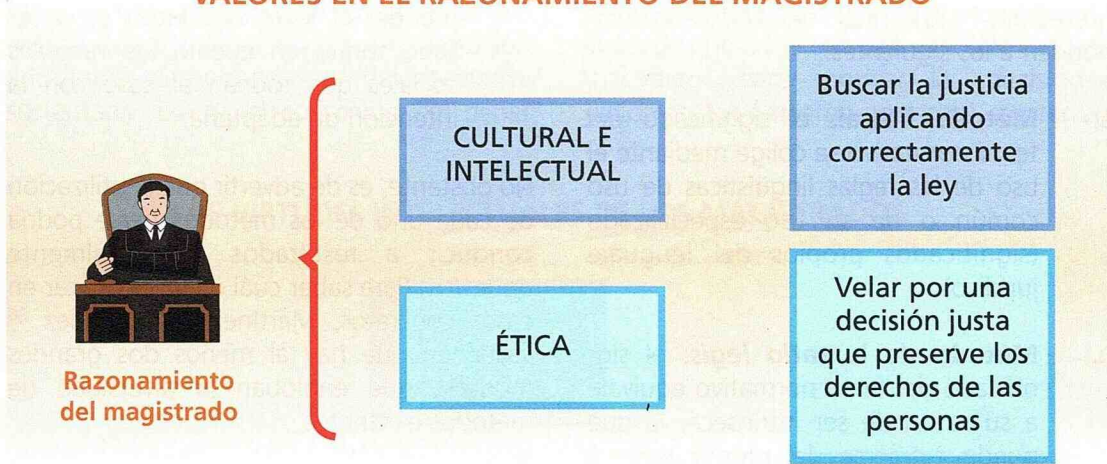
ley buscando la justicia, para lo cual emplea las herramientas de la interpretación e integración de las normas. De ese modo su resolución es consecuencia de una operación lógica y motivada que establece un sólido fallo que causa fundamento y que es efectivo (predictibilidad y legitimidad).

- (ii) **El de la ética**, pues de nada sirve una norma y resolución perfectamente

encausada dentro, los parámetros de la legalidad si contraviene los derechos de las personas y no persigue una justicia verdadera. Entonces, el primer razonamiento, el jurídico, debe estar de la mano de las virtudes y principios éticos.

La conjunción del razonamiento de las virtudes intelectuales y las morales, así como de los cánones, genera una excelencia en la gestión y labor del juez y del fiscal.

VALORES EN EL RAZONAMIENTO DEL MAGISTRADO



1.2.3 La hermenéutica jurídica

Unos de los constantes desafíos que enfrenta el magistrado corresponde a la interpretación de los textos jurídicos. En consecuencia la hermenéutica jurídica constituye una virtud intelectual a la que el magistrado debe habituarse.

Existen situaciones en las que las disposiciones legales a aplicar y calificar son incompletas o contradictorias, por lo que no se alcanza a comprender el exacto significado de una norma. Esto es debido a que no se le encuentra sentido, o porque tiene varios y se duda de su campo semántico y en consecuencia de su correcta interpretación. El magistrado debe com-

prender que la búsqueda del significado correcto y el más idóneo de un texto normativo en un caso concreto, implica el empleo de criterios y métodos que están más allá de la lectura del propio texto. Buscar una interpretación literal y textual resulta insuficiente. El deber del magistrado es la aplicación correcta de la norma y ello implica, por tanto, una interpretación correcta de la misma. Asimismo, se debe tener en cuenta que el magistrado no puede dejar de administrar justicia por la ausencia y falta de una norma legal.

Sobre este particular, cuando existen situaciones en las que la normatividad jurídica para resolver el caso es insuficiente, hay que apelar al razonamiento por



analogía —sí el sector normativo lo permite— o a los principios generales del derecho. Por el contrario, cuando existen situaciones en que la información jurídica resulta contradictoria, entonces se debe recurrir a los métodos de interpretación a fin de verificar cuál de las normas o de las interpretaciones posibles es la correcta o mejor argumentada.

Es en estas situaciones difíciles cuando el magistrado tiene mayor discrecionalidad en su rol de creador de Derecho.

De acuerdo con los métodos de interpretación,⁸⁵ los más recurridos corresponden a los siguientes:

- a. **Método literal:** el significado del texto normativo se colige mediante el uso de las reglas lingüísticas de uso común o de su uso especializado (significados propios del lenguaje jurídico).
- b. **Método de la *ratio legis*:** el significado del texto normativo equivale a su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse del propio texto y que no se confunde con la razón o intención del legislador.
- c. **Método sistemático:** el significado del texto normativo se obtiene a partir de la comparación de una norma con otras relacionadas conceptualmente con ésta. Podemos distinguir entre el método sistemático por ubicación de la norma, que implica una comparación próxima con otras normas de la misma clase o grupo o acápite normativo; y el método sistemático por comparación con

otras normas, en la que la comparación se hace con otras normas así no se ubiquen en el mismo acápite normativo.

- d. **Método histórico:** el significado del texto normativo equivale a descubrir la intención del legislador histórico, la misma que se encuentra plasmada en las exposiciones de motivos, declaraciones públicas, diarios de debates, artículos científicos, entre otros documentos históricos.
- e. **Método sociológico:** para comprender el texto normativo es necesario tomar en cuenta las variables sociales que rodean al caso con la intención de adaptarla.

No obstante, es de advertir que la utilización de cada uno de los métodos *per se* podría conducir a resultados diametralmente opuestos. Para saber cuál o cuáles aplicar en casos concretos, Martínez y Fernández⁸⁶ sostienen que hay al menos dos grandes modelos que engloban la diversidad de métodos existentes.

El primer modelo es el llamado de la **teoría subjetiva**, según el cual en la interpretación debe buscarse la intención del legislador. Este es un acto estático cerrado, que queda satisfecho con el hallazgo de la intención del legislador histórico. La teoría subjetiva corresponde a una corriente de pensamiento jurídico que deja muy escaso margen de creación jurídica al magistrado.

El otro modelo corresponde a la **teoría objetiva**, según la cual la interpretación debe buscar la voluntad o intención de la norma jurídica (no de su legislador

⁸⁵ RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico peruano*. Introducción al Derecho. Lima: PUCP, 1997.

⁸⁶ MARTÍNEZ, Luis y Jesús FERNÁNDEZ. *Introducción a la Teoría del Derecho y a la metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, p. 227. Citado por LEÓN PASTOR, Ricardo. *Razonamiento Jurídico: La interpretación de los textos jurídicos*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, p. 55. (Materiales de enseñanza).

concreto). En la medida que las normas y sistemas normativos cambian, su voluntad e intención debe ser reconstruida por el intérprete. Ello implica un proceso abierto y dinámico, completado por el propio intérprete que pasa a jugar un rol más activo en la creación y definición del derecho en casos concretos.

Cuando realizamos la interpretación de un texto normativo, sea cual fuere el resultado a que se llegue, no sólo basta satisfacer nuestra curiosidad de intérpretes y decidir por uno u otro sentido que ofrece el texto de la norma, sino que es de vital importancia para el sistema jurídico y las garantías del debido proceso legal que la interpretación adoptada se encuentre suficientemente sustentada. Ese es el contenido del deber

que tiene todo magistrado de motivar sus resoluciones en todas las instancias.

Para lograr una suficiente motivación tiene que existir un correcto razonamiento jurídico y una argumentación estableciendo los fundamentos de por qué se considera la elección interpretativa como la mejor.

Como advierte Ricardo León,⁸⁷ lo que ha venido sucediendo desde antiguo en la práctica jurídica en el Perú es que la motivación o argumentación no ha estado suficientemente presente en el razonamiento de quienes toman decisiones jurídicas. Una cultura de formalismo y de textualismo ha indicado que basta con citar artículos de leyes y códigos para motivar las decisiones judiciales. Sin embargo, una cosa es citar un

LAS VIRTUDES INTELLECTUALES DE LOS MAGISTRADOS



Deliberación prudencial



Capacidad para deliberar en cada caso concreto buscando emitir juicios prudentes sobre la base de los principios morales

Razonamiento ético - jurídico



Capacidad de calificar hechos que generan controversias y resolverlas sobre bases jurídicas y objetivas con validez legal, lógica y racional.

Hermenéutica jurídica



Capacidad para utilizar los diversos métodos de interpretación de la normatividad de manera correcta y argumentada a la solución de situaciones complejas



⁸⁷ LEÓN PASTOR, Ricardo. (2000) *Razonamiento jurídico, lógica y argumentación*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000.

texto normativo y otra escoger un determinado significado o sentido interpretativo del texto. En muchas ocasiones la discusión de un procedimiento legal radica, precisamente, en saber cuál es el sentido interpretativo correcto, para que éste sea o no aplicado a los hechos probados del caso.

En consecuencia, se hace necesaria y urgente una transformación de nuestro paradigma jurídico, para que se alimente de la exigencia que supone el dar razones legales convincentes y coherentes cada vez que se escoge determinada interpretación y, sobre la base de ella, se toma una decisión legal. De lo contrario, estaremos sometidos a una discrecionalidad del magistrado que, sin anunciar sus razones, puede caer en una arbitrariedad indeseable para el sistema legal.

2. PRINCIPIOS DEL MAGISTRADO.

Los cánones indiscutibles de la ética del magistrado

Las normas mínimas de la ética en cualquier profesión o función pública deben estar escritas fundamentalmente en la conciencia de cada persona. Así en la magistratura se espera que cada juez y cada fiscal tengan grabadas, internalizadas las normas de la ética que les permiten crear hábitos de conducta compatibles con la excelencia en la función y responder a los imperativos morales que la profesión día a día impone a los magistrados. No hay pues en realidad una ley o un solo documento que contenga punto por punto las reglas que hay que seguir para alcanzar los estándares éticos, aunque en nuestro caso, la Constitución y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial del Ministerio Público contienen los postulados fundamentales. Además, existe un mínimo, un conjunto de reglas o cánones

aplicables a todo juez y a todo fiscal en un régimen democrático, que establece lo esencial para que se pueda lograr una conducta ética reconocida por todos y capaz de sustentar la excelencia del magistrado.

Dentro de lo mucho que se ha escrito, se ha identificado la propuesta de un magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez Kennedy,⁸⁸ que contiene siete cánones simples —y por ello valiosos— capaces de ser universalizados para cualquier juez o fiscal en cualquier circunstancia, por lo que es posible adaptarlos a nuestra realidad.



El juez Anthony Kennedy de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su propuesta ética para la Magistratura.

2.1. El Poder Judicial y el Ministerio Público se sustentan en la persona de los magistrados

Lo primero que hay que destacar en términos de ética y de institucionalidad es el papel

⁸⁸ "La ética judicial y el imperio del derecho". Periódico electrónico de USIS. En teleconferencia con jueces de Eslovenia, Anthony Kennedy, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, habla sobre la forma en que la rama judicial del gobierno debe garantizar el delicado equilibrio entre la ética judicial y la independencia.

preponderante que le corresponde a las personas para el cumplimiento de una función tan importante en la vida democrática, como lo es la función jurisdiccional y fiscal. Si como se ha establecido anteriormente el Estado democrático de derecho se sustenta en la división de poderes y en consecuencia, en la autonomía de jueces y fiscales, aquí tenemos que subrayar que, en términos éticos, todo ello recae en primer lugar en la persona del juez o del fiscal. Es el desempeño profesional y la conducta personal de ellos y ellas lo que constituye la base del desempeño, prestigio y legitimidad que alcancen las instituciones básicas de la magistratura. De aquí que el primer canon se formule de la siguiente manera:

"Son los magistrados quienes deben mantener la integridad e independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público".

El desarrollo y fortalecimiento institucional debe estar centrado en la persona de los jueces y fiscales y en la excelencia de su actuación. Ello a su vez impone reconocer que las instituciones de la magistratura (el Poder Judicial y el Ministerio Público) se verán engrandecidas, prestigiadas, distinguidas como capaces de cumplir con su función esencial de resolver los conflictos y restaurar la paz social, sobre la base de la calidad de las sentencias, resoluciones, informes o dictámenes que los magistrados produzcan. Como se ha repetido a lo largo del presente módulo, la calidad que se busca no se logra automáticamente con la aplicación de la ley, sino con la valoración de su contenido a la luz de la Constitución y el conjunto de normas que nos rigen. Además, el trabajo del magistrado, como vamos a ver a continuación, tiene que ser íntegro —en el sentido de no corrupto— e imparcial —en el sentido de no contaminado de intereses personales y conveniencias propias—.

Se puede afirmar, en consecuencia que son los buenos jueces y los buenos fiscales los que a través de su trabajo generarán un buen

Poder Judicial y un buen Ministerio Público. Son en definitiva las personas las que hacen grandiosas o miserables las obras del hombre y no lo contrario. Por ello es imperativo destacar la labor del magistrado como la base de la excelencia institucional que es en última instancia el objetivo que busca la ética.

2.2. La integridad e independencia de las personas mantienen los atributos de las instituciones de la magistratura.

Se reconocen dos atributos indispensables para que las instituciones de la magistratura (el Poder Judicial y el Ministerio Público) cuenten con el reconocimiento y la legitimidad que les corresponde en un Estado democrático de derecho: integridad e independencia. Cabe, en consecuencia, reiterar que si el sustento de las instituciones son las personas, estos mismos atributos de integridad e independencia deben ser rigurosa e individualmente exigidos a los jueces y fiscales.

Se entiende por *integridad*, la honestidad comprobada, la probidad demostrada en el cumplimiento de la función, sin ninguna contaminación de corrupción, ni confusión con intereses subalternos a los deberes de función de los magistrados. Cada vez que se antepone el interés personal, que un juez o un fiscal utiliza su poder para obtener beneficio o conveniencia propios, se atenta contra las reglas de la integridad y se distorsionan los deberes de función que los magistrados deben cumplir en interés de la nación. Forma parte del atributo de la integridad, la responsabilidad y disciplina profesional del propio magistrado que debe hacer pleno y consciente uso de su criterio profesional en la aplicación e interpretación de la ley.

La *independencia* que se exige además a los jueces y fiscales tiene que ver con la obligación ética que se les impone de hacer valer la no interferencia, evitando que criterios, intereses o imposiciones ajenos a la magistratura o



extraños a sus atribuciones, puedan torcer la rectitud y justicia de las decisiones que tomen.

De lo anterior se deduce que son los jueces y los fiscales probos e independientes los que hacen un Poder Judicial y un Ministerio Público honestos y capaces de cumplir con autonomía las funciones tan importantes que les corresponde en una sociedad democrática.

Basta considerar que en muchas ocasiones decisiones trascendentales para las personas dependen en última instancia del criterio prudente, honesto e independiente de un juez o un fiscal. Así, las personas —por arte y parte de los magistrados— pueden recuperar o perder su libertad; determinar la filiación y los derechos de familia; acceder, mantener o perder su derecho de propiedad; definir los derechos hereditarios; hacer valer al reconocimiento de sus derechos fundamentales o verse frustrados por no hacerlo; confiar en la garantía del orden público que sustenta la seguridad ciudadana o desconfiar de las autoridades y del funcionamiento de las instituciones; recibir protección frente al abuso de autoridad o al deterioro del medio ambiente. Todo ello puede afectar, en esencia, la vida o el proyecto de vida de las personas. Por ser las decisiones de los magistrados de tal envergadura para éstas y de tal impacto en la sociedad, se exige que estén dotadas de la integridad e independencia. Ello es imprescindible para hacerlas legítimas, esto es, admisibles y respetadas por todos, incluido el perdedor que llega a admitir su derrota en un juicio porque es necesario que alguien imparcial diga la última palabra en aras de la convivencia en sociedad y el respeto por la paz social.

2.3. *Imparcialidad y diligencia de los magistrados*

Así como se ha establecido que la independencia institucional de la magistratura se basa en la no interferencia de autoridades o intereses ajenos al Ministerio

Público y el Poder Judicial, la actividad individual de los magistrados reclama los atributos indispensables de imparcialidad y diligencia. Por ello, el segundo canon se enuncia así:

"Los magistrados deben cumplir sus funciones en forma imparcial y con diligencia".

La *imparcialidad* es el atributo primigenio del juez y del fiscal. Consiste en la capacidad de tomar decisiones dejando de lado los sentimientos, simpatías e intereses propios del juez. La autonomía e independencia, de la que hemos hablado anteriormente es fundamentalmente la defensa de la magistratura frente a las influencias externas del poder. La imparcialidad evita la contaminación interna del juez y del fiscal frente a su propio ser interior y reclama la neutralidad del juzgador o acusador frente a las partes. En consecuencia, se espera justificadamente que el juez tome la decisión que corresponde en justicia, aun cuando en las mismas circunstancias una persona se vería doblegada por sus sentimientos hacia las partes o su interés vinculado a alguna de ellas. Se dan como ejemplos de imparcialidad, la fortaleza que debe tener un magistrado de aplicar e interpretar la ley, digamos, para embargar los bienes de una viuda deudora en los días previos a la Navidad; o para privar o no de la libertad a una persona acusada de un delito en contra de lo que expresen los medios de comunicación; o para resolver un caso judicial sin poder darle la razón al equipo de fútbol del cual el magistrado es hincha. Es pues la imparcialidad la que se expresa en el aforismo latino *dura lex set lex*, la ley aunque sea dura se cumple.

Y es que la imparcialidad del magistrado es, en definitiva, el atributo que brinda mayor legitimidad a sus decisiones. Los conflictos que se deslindan ante el Poder Judicial y el Ministerio Público, ya se ha referido, son de la máxima importancia para la vida cotidiana y





resultan de la controversia, de la confrontación de puntos de vista divergentes que un tercero imparcial debe zanjar de manera definitiva. Solamente si el magistrado es imparcial, si actúa con neutralidad, su decisión será definitiva, incuestionada, admitida por las partes, respetada y, en consecuencia, reconocida como válida por la sociedad.

De la imparcialidad del juez se deriva la función restauradora de la paz social que es inherente a la magistratura en el Estado democrático de derecho. La paz social se entiende no solamente como el reconocimiento del fin de la controversia entre las partes, sino también como la aceptación de la sociedad de que una autoridad creíble por imparcial ha dado su última palabra que es aceptada por todos. La imparcialidad es por ello garantía de la confianza pública que la nación deposita en manos de jueces y fiscales. Es, además, sustento de la paz social. Esta es en definitiva la institucionalidad que fundamenta la convivencia social y el orden democrático, la que admite el fin de los conflictos y los admite porque surge de una decisión imparcial y en la que el magistrado ha aplicado prudentemente la búsqueda del justo medio. Ello concluyentemente es la materialización de la justicia, el fin último de la función del magistrado.

Por ello cuando se reclama la estabilidad jurídica para sustentar la convivencia en sociedad, en un gobierno de leyes y no de personas, se está exigiendo que las decisiones del magistrado en función del juzgador o del fiscal sean imparciales, apegadas al criterio de justicia que las sustente y no al interés personal que las haría arbitrarias o caprichosas, inseguras en consecuencia e incapaces de restaurar la paz por convertirse irremediabilmente en foco de cuestionamiento. Más aún, las decisiones imparciales de los magistrados están destinadas a resolver los conflictos y garantizar la estabilidad jurídica de hoy y de mañana.

Lo hacen hoy —como ya se dijo— restaurando la paz social, siendo admitidas sus decisiones como definitivas. Y lo hacen también mirando a mañana, al futuro, en la medida en que por imparciales estos precedentes permiten predecir cómo más adelante, en situaciones similares, las controversias se van a resolver razonablemente de manera similar. Esta predictibilidad, esta posibilidad de adelantar razonable y saludablemente el sentido de las decisiones futuras de la magistratura sólo es posible en la medida en que los jueces resuelvan de manera imparcial.

Sin embargo, con todo lo importante que es ello, en realidad no basta, pues lógicamente al magistrado se le exige *diligencia*. Esta es la atención y el cuidado con el que se llevan a cabo las cosas, especialmente en el campo profesional y del cumplimiento de los deberes de función, para que el magistrado no cometa errores, no caiga en el abuso, para que no incurra en defectos que, aparte de consagrar injusticias, pueden tener resultados irreversibles con respecto a la confiabilidad de sus decisiones.

El magistrado no solamente debe empeñarse en atender cuidadosamente las actuaciones que debe llevar a cabo y el horario en que deben realizarse, sino que también debe ser especialmente estudioso y preocupado por el contenido y la calidad de sus resoluciones, informes, dictámenes y sentencias. Es la calidad en la sustentación jurídica, en la aplicación que hace de las reglas de la hermenéutica, en la argumentación en la que fundamenta sus decisiones, en la forma en la que las presenta y comunica a las partes y a la sociedad en su conjunto, lo que sustenta en definitiva la excelencia de la función que cumple.

Se ha desarrollado anteriormente las virtudes de la ética y las virtudes del intelecto que deben inspirar la actuación de los magistrados. La diligencia que se exige a



jueces y fiscales consiste en el esfuerzo cuidadoso y reiterado de aplicar tales virtudes al ejercicio diario de la función para el logro tanto de la excelencia personal, como de la calidad de su trabajo.

En realidad los magistrados al ser diligentes en su trabajo deberían apuntar no solamente a resolver el caso concreto, sino a producir resultados de tan buena calidad que sus sentencias y dictámenes sean objeto de estudio en las universidades, de comentario en revistas especializadas y de consideración por parte de la opinión pública. Pero no solamente esto. Deben aspirar a que sus sentencias y dictámenes sean citados como antecedentes por parte de juristas especializados o como precedentes por parte de los más altos tribunales del Perú y del extranjero. Se dice que un magistrado de Corte Suprema se consagra cuando la Corte Suprema de otro país lo cita y considera su voto como precedente o referente en los fundamentos de una nueva sentencia. Hoy en día, esto queda extendido ya no únicamente a las Cortes Supremas de otros países, sino a los Tribunales Constitucionales y a los organismos de protección de los derechos humanos, como la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana de esta materia. Así, con la diligencia debida, jueces y fiscales deben cumplir su función "diciendo el derecho", haciendo justicia en el caso concreto con tal cuidado y atención que sean ejemplo para otros en su distrito judicial, en su país y también en el exterior.

2.4. *Incorrección y apariencia de incorrección*

Los magistrados son personas que cumplen una función profesional en el servicio público y en consecuencia son depositarios de la confianza de la nación para cumplir con ella. Se deben a la nación, a las altas responsabilidades que se les encomienda y ello exige los más altos estándares éticos. A causa de ello se ha establecido que

"Los magistrados deben evitar tanto la incorrección cuanto la apariencia de incorrección en todas las actividades de su vida".

En este contexto, es muy importante destacar que la conducta ética —que no es otra cosa que la conducta correcta— no se ciñe exclusivamente al campo de la legalidad. Este punto de partida es de especial relevancia entre nosotros, que muchas veces confundimos innecesariamente legalidad con literalidad en la aplicación de la ley. Es frecuente —en un país donde se dice "para mis amigos todo, para mis enemigos la ley"— que se considere correcto y supuestamente admisible todo aquello que no es delito o que no está expresamente prohibido por la ley. En términos de ética y de estándares de conducta exigidos a funcionarios con responsabilidades tan altas como los magistrados, el límite no lo impone la ley sino el decoro. Hay cosas que aún no estando prohibidas por la ley, aún no siendo faltas ni contravenciones ni delitos, no pueden ni deben hacerse, porque no pasan el examen de lo correcto en proporción a la confianza pública depositada en los magistrados.

Porque, si se hacen, siembran dudas sobre la independencia del juez o del fiscal, o sobre la imparcialidad de su decisión o sobre la diligencia en el cumplimiento de la función. Y esas dudas erosionan la confiabilidad del juez como persona y de las instituciones en su conjunto, privándole a la sociedad del mecanismo de indiscutible confianza en la solución de conflictos y en la restauración de la paz social que es la magistratura. Por eso la exigencia del magistrado no es cumplir solamente con lo que exige la ley, sino ir más allá evitando lo que razonablemente puede considerarse incorrecto o, aún más lejos, la apariencia de lo incorrecto.

Así como en el campo de la convivencia social decimos "mis derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás",



debemos decir en el ámbito de la ética de la magistratura "los límites de mis acciones personales están en donde comienza la incorrección o la apariencia de incorrección en función de la confianza pública depositada en nuestras manos". Y este examen diario (¿afecta esto o aquello la imparcialidad de mis decisiones?, ¿afecta o parece afectar a la confianza que debe merecer en todo momento la magistratura?, ¿se condice con la diligencia debida?) es el que debe guiar la actuación de los magistrados en relación con las partes, los abogados de las partes, los medios de comunicación, etc.

Los dilemas que enfrenta el magistrado diariamente en este campo pueden ser innumerables. Pero con frecuencia tiene que ver con los obsequios, regalos, invitaciones, que de ser aceptados comprometen real o aparentemente la acción de quien lo recibe. No hay costumbre de rechazar de plano —como se hace en otros países— este tipo de atenciones pero debería hacerse; o, cuando menos, debería imponerse reglas de objetividad y transparencia para evitar las consecuencias perniciosas de cualquier favor oculto que más adelante puede ser de conocimiento público y poner en compromiso a los magistrados y a la magistratura.

Es importante subrayar que el canon que se comenta también nos habla de la corrección en todas las actividades que llevan a cabo los magistrados, no solamente en el cumplimiento de la función pública sino en todas las esferas de su vida personal. Ello es así —valga la pena repetirlo— para garantizar la confianza en las funciones de trascendencia tan importantes que se ha depositado en sus manos. Y es fácilmente comprensible que así sea en toda actuación fuera de sus funciones que llegue a ser de conocimiento público.

Aparte del respeto con que debe tratar un magistrado su lugar de trabajo y a sus

compañeros de trabajo, es perfectamente lógico pensar que ese mismo magistrado debe guardar corrección en la calle, en los lugares públicos, en el cumplimiento de las reglas de tránsito, en la autolimitación de los privilegios que puedan corresponder a su investidura al cumplimiento estricto de sus funciones. Socavaría su autoridad —y la confianza depositada en sus manos— el magistrado que aprovecha su cargo para evitar la multa a la que pueda haberse hecho acreedor por no respetar la luz roja de un semáforo; o el magistrado que siendo al mismo tiempo profesor universitario es capaz de cometer acoso sexual o de aparentar hacerlo; o aquel que aprovechando de su cargo exige rebajas o condiciones especiales en la adquisición de bienes en un almacén. Y así, sucesivamente, el sentido común nos llevaría a exigir corrección del juez o del fiscal en los actos privados que sean de dominio público, excluyéndose la vida íntima que está protegida por el derecho a la privacidad personal.

Sin embargo, aun en este ámbito íntimo sería éticamente cuestionable admitir que un magistrado pueda seguir cumpliendo su función con corrección si siendo juez o fiscal, por ejemplo, no cumple con atender las obligaciones de alimentos con sus hijos; o si cumpliendo cualquier función en la magistratura fuese acusado de delitos cometidos en su hogar pero perseguibles de oficio como el maltrato familiar o los delitos contra la libertad sexual. Simplemente porque ello, aun siendo parte de su vida privada, tiene evidente trascendencia pública, afectando la corrección y la apariencia de corrección del magistrado y, en última instancia, de la magistratura.

La relación de confianza depositada en los magistrados para resolver en última y en definitiva instancia problemas esenciales para las personas y para la comunidad reduce en cierta medida los márgenes de



privacidad y amplía, consecuentemente, el compromiso de los jueces y fiscales con la corrección y con la apariencia de corrección. Ello en la medida en que la sentencia de un juez o el dictamen de un fiscal que puedan ser tachados de incorrectos, así como cualquiera de sus decisiones, se pueden prestar a dudas. La incorrección de la calle contamina la legitimidad de una decisión judicial o fiscal y, al hacerla menos confiable, la hace más difícil de poner en práctica mellando la integridad de la persona implicada y de la institución para la que cumple funciones.

2.5. Conflicto de intereses

Hablar de corrección en la conducta de los magistrados y de la apariencia de corrección a la que también están obligados, conduce a tratar directamente el tema del conflicto de intereses que no está definido en ninguna ley pero es cada vez más relevante en la función pública y aun en la actividad privada.

En principio, el conflicto de intereses es una situación a evitar, pues, de presentarse en la realidad, compromete la imparcialidad del juicio del magistrado en la toma de decisiones y socava la confiabilidad en los resultados de la magistratura. Se define el conflicto de intereses como aquella situación en que una persona —en nuestro caso juez o fiscal— tiene un interés privado o personal suficiente como para dar la impresión a un observador imparcial de que puede verse influenciado en la toma de decisiones o en el ejercicio objetivo de su función.

Ejemplos de conflicto de intereses se pueden presentar muchos. De hecho, se presenta cada vez que un juez tiene que decidir sobre un tema de familia o de patrimonio y tiene parientes involucrados en el litigio. La pregunta es: ¿tendrá la independencia de

criterio para resolver imparcialmente? En todo caso, la apariencia indica que no la tendrá y por ello debe inhibirse indefectiblemente. Igual situación se le puede presentar a un fiscal que tiene en sus manos la decisión de acusar por el delito de estafa en agravio de una empresa en la que su cónyuge es accionista y puede haberse visto en situación de perjuicio. ¿Podrá decidir sin tomar en consideración ese interés personal? El hecho objetivo es que cualquier observador imparcial concluiría que su decisión va a estar influenciada por esa relación patrimonial.

De aquí que como no se le puede prohibir a nadie que tenga intereses personales o individuales, la ética obliga a que el magistrado evite que éstos puedan afectar la imparcialidad de sus decisiones y, en definitiva, la excelencia de su actuación como funcionario.

Veremos más adelante cómo el tema del conflicto de intereses tiene especial vigencia en la función de los magistrados, no solamente con relación a la corrección o apariencia de corrección en todos los ámbitos de su vida, sino también en relación con la compatibilidad entre el cumplimiento de los deberes de función y las actividades que desarrolle fuera de su trabajo.

2.6. Actividades extrajudiciales de los magistrados

Si bien los jueces y los fiscales deben dedicarse con la diligencia debida a las funciones propias de la magistratura, el mundo moderno concibe que, adicionalmente, puedan llevar a cabo actividades ajenas pero complementarias a ellas. En este sentido el canon ético admite que

"Los magistrados pueden y deben realizar actividades extra magistratura con el propósito de ampliar sus horizontes, perfeccionar el derecho, enriquecer el régimen jurídico y dar



mayor valor a la administración de justicia".

Se hace referencia en este caso a lo que puede enriquecer al magistrado como profesional y como persona para el mejor cumplimiento de su función. Esto incluye principalmente las actividades de carácter académico que le permitan al juez en las horas fuera del servicio capacitarse mejor en el derecho o en disciplinas afines que contribuyan a su formación profesional y al mejoramiento de la calidad de las sentencias, resoluciones, informes y dictámenes. Pero el juez no solamente puede participar en actividades académicas como alumno, sino también como profesor puesto que ello le obligará a aprender más para enseñar mejor.

Apuntando hacia la excelencia de la magistratura, este canon implica un doble compromiso: de parte del magistrado y de parte de la institución a la que sirve. Compromete al magistrado a hacer de su actividad extra-función un complemento que enriquezca sus perspectivas profesionales y engrandezca la labor de la magistratura. Lo obliga a participar con diligencia en actividades académicas y a aplicar sus conocimientos a favor de la función fiscal y jurisdiccional. Lo que supone que cuando obtiene licencia para seguir cursos de perfeccionamiento tiene una mayor deuda para aplicar los conocimientos adquiridos a sus tareas como magistrado, por el doble del beneficio concedido, con mayor razón si este último le permitió viajar al extranjero.

Pero la institución a la que el magistrado sirve debe también favorecer conforme al canon ético que comentamos a la participación del magistrado en tales labores complementarias, concediendo las licencias y facilidades compatibles con el cumplimiento de deberes y la carga procesal. En principio a mayores facilidades concedidas al magistrado para ampliar sus horizontes profesionales, mayores exigencias puede hacerle la

institución en favor a la excelencia en el cumplimiento de sus deberes de función.

Ciertamente las actividades académicas no son las únicas que pueden concebirse en favor del complemento enriquecedor que busca este canon. También se admiten las comisiones de trabajo, que puedan integrar los jueces y los fiscales para el mejoramiento de la magistratura o del régimen jurídico aplicable o del régimen profesional o de trabajo de la magistratura.

Pero el precepto que comentamos llega a admitir y promover la participación individual del juez o fiscal, como ciudadano privado, en tareas cívicas comunitarias en asociaciones privadas u organizaciones no gubernamentales. Ello no está vedado a los magistrados en el ámbito de su vida privada, pero se les pide que lo hagan para ampliar sus horizontes, enriquecer el derecho y engrandecer la función. Inclusive, la práctica sería de deportes y hobbies debe ser considerada una extensión complementaria de la vida profesional del magistrado.

No obstante lo anterior, los estándares éticos obligan a formular un canon adicional en esta materia:

"Pero al llevar a cabo actividades extra-magistratura deberán cuidar los magistrados de evitar todo conflicto con sus deberes de función".

Se ha hecho referencia al conflicto de interés en el acápite anterior. Lo dicho se aplica a las actividades extra-magistratura de jueces y fiscales. Las actividades de capacitación como alumnos o profesores, la integración de comisiones relacionadas con la función jurisdiccional o fiscal, la participación como ciudadano en grupos cívicos exigen éticamente que se evite incurrir real o aparentemente en conflicto con la función de magistrado. Recuérdese a este efecto que en un sonado caso de derechos humanos en Inglaterra se



objetó la intervención de un magistrado del más alto nivel simplemente porque su esposa estaba inscrita como voluntaria en una de las organizaciones no gubernamentales patrocinadora de la denuncia.

2.7. *Transparencia en el patrimonio de los magistrados*

Como todo funcionario público de nivel, el juez está obligado a hacer pública su declaración jurada de bienes y rentas. Este es un requisito de transparencia destinado a que el patrimonio de quienes administran el dinero público —que es de todos los contribuyentes— o toman decisiones definitivas sobre temas de envergadura patrimonial, como los jueces y los fiscales, pueda ser objeto de escrutinio público para evitar la corrupción y el desbalance patrimonial. Es pues una medida preventiva que se considera un imperativo ineludible para los magistrados, precisamente para que éstos al cumplir con este acto de transparencia den ejemplo de la confianza que la sociedad deposita en la función que les corresponde.

El cumplir con la declaración jurada de bienes y rentas es el mínimo legal que obliga al magistrado. El estándar ético —como se ha advertido— va más allá y se enuncia de la siguiente manera

"Los magistrados deberán ser especialmente rigurosos al momento de elaborar sus declaraciones juradas de bienes y rentas, distinguiendo los ingresos que perciben en cumplimiento de su función de otros que legítimamente puedan percibir por actividades académicas u otras permitidas por la ley".

Nuevamente aquí hay un llamado a la diligencia de los magistrados para que sean especialmente rigurosos en presentar sus ingresos y el origen de sus bienes, para que la transparencia en las cuentas cumpla con su función y se conozca el origen del

patrimonio de los magistrados. Exige este canon, en consecuencia, distinguir entre los ingresos como juez o fiscal, lo que reciba por actividades académicas que son compatibles por la magistratura y otros que legítimamente pueda percibir conforme a ley. Dentro de estos últimos está el producto de las inversiones, ahorros o patrimonio propio de origen legítimo que pueda tener el magistrado, que debe ser declarado y diferenciado de lo anterior. Nadie puede prohibir ni limitar a un magistrado por mantener e incrementar su patrimonio, eso es parte de la diligencia en sus asuntos personales. Lo que se le exige es que ello se muestre transparentemente como medida de previsión de corrupción o de detección de actos de este mismo origen.

En este contexto, el cuidado riguroso que se exige al magistrado en la declaración patrimonial le obliga a incluir bienes, ingresos y evidentemente los créditos que haya adquirido y estén pendientes de pago pues ello contribuirá a una mayor transparencia y a un más alto estándar ético de cumplimiento.

2.8. *Abstinencia en la política*

Es universalmente aceptada en un Estado democrático de derecho que la magistratura por imparcial e independiente excluye la política y la influencia de los intereses políticos contingentes. Por ello, la Constitución restringe los derechos políticos de los magistrados, quienes como ciudadanos tienen el derecho y la obligación de votar, pero no pueden participar en política, sindicalizarse ni declararse en huelga. En este sentido la ley reitera con claridad la prohibición en la participación política en general de jueces y fiscales.

No obstante, lo anterior no implica que los magistrados no tengan ideas o preferencias políticas, inherentes a la persona y a su vida en sociedad, por lo cual más allá de lo que señala la ley, la ética obliga a que:



"En todo momento, los magistrados deben abstenerse de imponer sus ideas políticas en el cumplimiento de sus funciones y, especialmente, de involucrarse en actividades proselitistas".

Una vez más, nadie puede prohibir a un magistrado tener ideas políticas. Lo que veda la ética es la militancia, y lo hace como

sustento de la exigencia ética de imparcialidad. Las ideas políticas que tenga un juez o un fiscal no pueden ser impuestas en el ejercicio de las funciones del magistrado. En realidad deben permanecer fuera del ámbito de la función como garantía de imparcialidad de la persona del magistrado y de la autonomía e independencia de la magistratura como institución.

LOS CÁNONES DE LA ÉTICA DEL MAGISTRADO



1

El Poder Judicial y el Ministerio Público se sustentan en la persona de los magistrados.

2

La integridad e independencia de las personas mantiene los atributos de las instituciones de la magistratura.

3

Los magistrados deben cumplir su función en forma imparcial y con diligencia.

4

Evitar la incorrección y la apariencia de incorrección en la función pública y en la vida personal de los magistrados.

5

Evitar el conflicto de interés que comprometa la imparcialidad y confiabilidad de los magistrados.

6

Los magistrados pueden realizar actividades extrajudiciales con el propósito de ampliar horizontes, perfeccionar el derecho y enriquecer el régimen jurídico.

7

Transparencia y rigurosidad en la declaración patrimonial de los magistrados.

8

Los magistrados deben abstenerse de realizar proselitismo político y de imponer sus ideas políticas.



RESUMEN DE LA TERCERA PARTE

EXCELENCIA Y LIDERAZGO ÉTICO DE LA MAGISTRATURA

1. Estamos en una época marcada por una economía global que se caracteriza por una creación incesante de riqueza y por una explosión de la innovación tecnológica, que produce desconcierto y una aguda alienación cuando golpea al individuo común y corriente. La patología de esta nueva economía está determinada muchas veces por demandas y expectativas imposibles, las que generan formas de estrés sin precedentes.

La dinámica del mundo presiona a la gente para que alcance objetivos cada vez más altos, en todos los campos del trabajo, riqueza y estilo de vida. Las personas tienen que aprender a luchar con esa presión permanentemente. Pero a pesar de las dificultades de la nueva economía y la globalización, los pueblos aspiran a la excelencia en el comportamiento moral y político y al mejoramiento material y económico.

2. La formación en la excelencia ha sido y es el ideal de cualquier formación humana. La excelencia exige formar a los hombres como los mejores. Pero ser los mejores equivale a serlo intelectual y moralmente. Equivale a ser los más responsables, justos y buenos y a su vez ser los más capaces

y sabios. Desde la mirada global, el papel y el rol del magistrado son importantes. Los pueblos que han intentado el desarrollo humano y el económico prescindiendo de la educación y calificación de sus magistrados y que, además, los relegaron a un papel secundario de la vida social y política, como es el caso nuestro, sólo han cosechado miserias, corrupción y tragedia. Por ello, sobre la formación humana, la mejor propuesta nacional es aquella que coloca el punto de desarrollo en la educación y la que, dentro de ella, se preocupa centralmente por la formación de la conciencia cívica del magistrado, que permite contar con mujeres y hombres conscientes de sí mismos, de sus derechos y de sus deberes.

3. El magistrado debe propiciar la creación de una cultura de valores en el entorno en el cual se desenvuelve, tanto en la familia, en el trabajo y en el juzgado. De esta manera contagiará con su actitud a los demás compañeros de trabajo y personas allegadas y convertirá su centro de trabajo en un centro de tolerancia, respeto y justicia. Crear una cultura de valores supone que el magistrado tenga varios objetivos centrales:



- Comprender que su propio sentido de justicia implica la impostergable necesidad de integrar valores morales objetivos entre los criterios que deben usarse en su desempeño diario.
 - Vencer las resistencias más comunes para con la ética, en especial aquella sensación de que la ética no aporta nada y no pertenece al mundo de lo práctico y de lo real.
 - Entender el sentido de los valores morales, por qué deben ser respetados y cómo convertirlos en normas de conducta que permitan solucionar situaciones concretas.
4. El liderazgo ético de la magistratura consiste en comprender que el líder verdadero es la persona que sirve a los demás y no espera servirse de ellos. En consecuencia implica un compromiso y un comportamiento que no espera otra recompensa que la de saber que se actúa conforme a principios y valores. La razón de la excelencia de la magistratura radica en adecuarse a principios éticos. Ahí está el sentido profundo del liderazgo del magistrado.

La verdadera riqueza está en la conciencia de servir. El valor de la entrega y del servicio constituye el gran valor necesario en nuestra sociedad.

5. El magistrado tiene una vocación de servicio fundamental para la sociedad. Su papel como garante de la ley, como restaurador de la paz, lo coloca como defensor del sistema democrático y como una especie de poder no político que tiene la virtud de controlar el apetito desmedido de poder y, a la vez, la responsabilidad de administrar justicia entre los hombres. Probablemente la función del magis-

trado, de cara a la sociedad, sea una de las más nobles, graves y profundas vocaciones de servicio entre las diversas actividades humanas.

La característica más importante de una persona que busca ser líder, sobre todo en el caso del magistrado, es la integridad. El magistrado debe reorientar su actividad buscando convertirse en un líder. Para ello debe comenzar consigo mismo, ordenando su vida y definiendo claramente sus fines y propósitos en la vida, y de esta manera empezar a trascender a los demás. El líder es un personaje cuyos seguidores, inspirados en su aptitud y capacidad, buscan imitarlo.

6. La virtud consiste en un punto de equilibrio entre dos extremos opuestos que constituyen los polos viciosos. Pero el punto de equilibrio entre los vicios y las virtudes, que son dos extremos, no es un punto exacto, matemático, ni es un punto universal y abstracto, ni es igual para todos los individuos y en todas las circunstancias. Se trata más bien de un término relativo a la naturaleza de los seres y a las condiciones del hombre. Es toda una tarea para la razón y para la vida humana encontrar ese término medio virtuoso. El vicio está representado en esta concepción por los extremos. Representa, además, el abandono del término medio, del equilibrio y de la armonía de la vida humana. Naturalmente que el vicio expresa la corrupción y la degeneración del principio subyacente a una ética que está basada en la armonía de las partes.
7. Dentro de las virtudes se establecen dos grandes grupos: las virtudes éticas o morales y las intelectuales. Esto porque se relacionan con las dos



partes que existen en el ser humano: lo racional y lo irracional. Las virtudes morales o éticas regulan la parte irracional y los sentimientos y deseos en ella contenidos. Por tanto, las virtudes intelectuales regulan la parte racional.

Las virtudes éticas son: la fortaleza, la templanza, la liberalidad, la magnanimidad, la amistad y justicia. La justicia aparece como la síntesis de todas las demás virtudes e indica perfección.

Las virtudes morales son actitudes y deben transformarse en hábitos de conducta y de acción. Por lo tanto, las virtudes de un magistrado se construyen y se forman. Esto exige un proceso permanente de autoeducación, de reciclamiento y de reordenamiento en la función, a la luz de las situaciones y de los cambios que se viven en el país o en el mundo. Los seres humanos no sólo son seres irracionales a los cuales hay que disciplinar y entrenar. Al ser también racionales su parte intelectual puede ayudar a conseguir la perfección moral. Entre las más importantes virtudes intelectuales están, en primer lugar, la ciencia o sabiduría, que nos permite conocer la naturaleza real de las cosas; y, en segundo lugar, la prudencia, especie de sabiduría práctica o capacidad calculadora para poder deliberar con corrección. Estas virtudes permiten apreciar el momento y hallar el término medio en las cuestiones personales y en las comunitarias. Asimismo, apoyan a las virtudes éticas.

El magistrado necesita tres virtudes intelectuales para ejercer con corrección su función: la deliberación

prudencial, el razonamiento ético-jurídico y la hermenéutica jurídica.

8. ¿Por qué es necesaria una propuesta ética para la magistratura?

En razón de los graves niveles de corrupción y de vicio en que ha vivido y vive nuestra sociedad. No es un secreto para nadie que hoy en día estamos profundamente preocupados por el fenómeno de la corrupción y su nivel de generalización en el mundo y en el país. La corrupción es el obstáculo más devastador que se opone al desarrollo económico social y político en países que carecen de sistemas políticos abiertos.

9. Las normas mínimas de la ética en cualquier profesión o función pública deben estar escritas fundamentalmente en la conciencia de cada persona. Así, en la magistratura se espera que cada juez y cada fiscal tengan grabadas, internalizadas, las normas de la ética que les permitan practicar hábitos de conducta compatibles con la excelencia de la función y responder a los imperativos morales que la profesión día a día les impone. No hay pues en realidad una ley o un solo documento que contenga punto por punto las reglas que hay que seguir para alcanzar los estándares éticos. Sin embargo, en nuestro caso, la Constitución y las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público contienen los postulados fundamentales. Además, existe un conjunto de reglas o cánones aplicables a todo juez y a todo fiscal en un régimen democrático, que establece lo esencial para que se pueda lograr una conducta ética reconocida por todos y capaz de sustentar la excelencia del magistrado.



10. Entre los cánones que se han identificado proponemos siete de ellos, capaces de ser universalizados para cualquier juez o fiscal en cualquier circunstancia, por lo que es posible adaptarlos a nuestra realidad:
- Los magistrados deben mantener la integridad e independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público, porque la integridad e independencia de las personas mantienen los atributos de las instituciones de la magistratura.
 - Los magistrados deben cumplir sus funciones en forma imparcial y con diligencia.
 - Los magistrados deben evitar tanto la incorrección cuanto la apariencia de incorrección en todas las actividades de su vida.
 - Los magistrados deben evitar el conflicto de interés.
 - Los magistrados pueden y deben realizar actividades extramagistratura con el propósito de ampliar sus horizontes, perfeccionar el derecho, enriquecer el régimen jurídico y dar mayor valor a la administración de justicia.
 - Los magistrados deberán ser especialmente rigurosos al momento de elaborar sus declaraciones juradas de bienes y rentas, distinguiendo los ingresos que perciben en cumplimiento de su función de otros que legítimamente puedan percibir por actividades académicas u otras permitidas por la ley.
 - En todo momento los magistrados deben abstenerse de imponer sus ideas políticas en el cumplimiento de sus funciones y, especialmente, de involucrarse en actividades proselitistas.



ANEXOS

“A”

ABUSO DE AUTORIDAD

Mal uso que hace un funcionario público de la autoridad o de las facultades que la ley le atribuye.⁸⁹ Exceso o desviación de mando, jefatura o potestad, ya sea en su ejercicio público o en sus manifestaciones privadas. Se denomina también abuso de poder y abuso de las funciones públicas.⁹⁰

ACTOS DE CORRUPCIÓN

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de

cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.⁹¹

AUTORIDAD

Carácter o representación de una persona por su empleo, mérito o nacimiento. Persona revestida de algún poder, mando o magistratura.⁹² Facultad de poder imponer obediencia. La autoridad puede expresarse de muchas formas. Existen variaciones legales, militares, familiares y organizativas en cuanto a reglas, sanciones y símbolos de autoridad. La toga del juez, el bastón del general o la gran mesa del director de una empresa son imágenes bien conocidas que transmiten el mensaje de que la autoridad es el poder legítimo.



⁸⁹ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires. Editorial Claridad S.A. 1987. P. 12

⁹⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 21ª edición, revisada, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R.L., 1989, t. I, p. 52.

⁹¹ Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo VI

⁹² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa Calpe S.A. 1995. p. 234

Max Weber distinguía tres tipos fundamentales de autoridad: tradicional, racional-legal y carismática. En el primer caso, las fuentes tradicionales cuando alcanzan rango de ley dan lugar normalmente al derecho consuetudinario. La autoridad tradicional se basa en el principio de la costumbre y suele reflejarse en instituciones políticas con cargos hereditarios. Puesto que quienes ostentan la autoridad están legitimados por la fuerza de la costumbre, los cambios sólo pueden producirse si una porción de la población los desea.

El segundo caso (la autoridad racional-legal) está basado en el derecho positivo. Es característica del Derecho Civil o administrativo, destinado por lo general a restituir una condición o relación alterada más que a vengar o castigar. Refleja un reparto complejo de trabajo político-administrativo y se basa en el principio de legalidad, que supone la regulación de las relaciones de autoridad por medio de leyes confeccionadas de forma racional.

El tercer caso (la autoridad carismática) suele ser residual. Aquí, un dirigente se presenta como guía o representante de la revelación divina. El caso típico es Jesucristo. El Vaticano, el Papa, los cardenales y los obispos son ejemplos de carisma rutinario de la sucesión apostólica. Weber indicó que la autoridad carismática, con el tiempo, tiende a convertirse en autoridad tradicional.

La autoridad difiere del poder en que no es una fuerza sin más, sino que va revestida de una combinación de los tres tipos de valores citados anteriormente. Además, la auto-

ridad es conferida de algún modo por el pueblo, mientras que el poder es ejercido por los dirigentes, a veces en condiciones de coerción física. La autoridad de un rey puede encontrarse a sólo un paso del usurpador o de quien no hacía mucho era considerado un terrorista. Siempre se tiende a establecer una rutina y a santificar el poder y convertirlo en la autoridad a fuerza de ritual, y ceremonia.⁹³

“B”

BIEN

Para la Moral, la Religión, la Filosofía, la Ética, el Derecho, lo perfecto, en especial, en la conducta humana.⁹⁴

“C”

CONCIENCIA

En lo ético, facultad moral que distingue el bien y el mal.⁹⁵

CONDUCTA

Comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente.⁹⁶

Porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones.⁹⁷

⁹³ “Autoridad”. En: MICROSOFT CORPORATION. *Enciclopedia Microsoft Encarta 99*.

⁹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 447.

⁹⁵ Ibidem, t. II, p. 254.

⁹⁶ Ibidem, t. II, p. 275.

⁹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo I. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid. 1995. Página 535.



CONFIANZA

Esperanza firme en una persona, causa o cosa. ⁹⁸

CORROMPER

Sobornar, cohechar. Dañar, echar a perder. Pervertir, viciar. ⁹⁹

En español tiene las siguientes acepciones: Alterar y trastocar la forma de alguna cosa. Echar a perder, depravar, dañar, podrir. Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera. Pervertir o seducir a una persona. ¹⁰⁰

CORRUPCIÓN

Garzón Valdez anota: "La corrupción es un delito o una infracción que implica la violación de alguna obligación por parte de un decisor. Por ello, no tiene sentido decir, por ejemplo que se corrompe a un criminal para que mate a alguien y viole así el deber natural de no matar. Se puede, en cambio, corromper a un arquero de un equipo de fútbol para que no cumpla su obligación de defender el arco, a un juez para que viole su obligación de fallar imparcialmente y al guardián de un campo de concentración para que no cumpla las instrucciones de sus jefes". ¹⁰¹

La corrupción se entiende también como la simple violación de la norma institucional, en ese sentido se expresa López Presa: "Por

otra parte, la corrupción tiene importantes efectos indirectos sobre la sociedad cuando se violan sistemáticamente las normas que debieran regir el comportamiento de las instituciones. En este caso no sólo se dificulta la realización de inversiones o actividades productivas, sino que también se complica el llevar adelante cualquier acción colectiva que involucre a la comunidad, o al menos a grupos dentro de ella. En el extremo, la corrupción acaba por paralizar a la sociedad". ¹⁰²

"D"**DEBER**

La Academia define el deber como aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. Y en efecto el deber penetra en el ámbito de lo moral y de la religión, como en el fuero de la conciencia sobre el destino final del hombre, y se esparce asimismo por cauces de muy diversa índole, donde no existe coerción apreciable, sino el impulso del respeto, la gratitud o el simple juicio humano. ¹⁰³

DECORO

Circunspección en el lenguaje y en la conducta. ¹⁰⁴



⁹⁸ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. II, p. 282.

⁹⁹ OSSORIO Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires. Editorial Claridad S.A. 1987. p.179

¹⁰⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Ob. cit., (v. Término corromper).

¹⁰¹ Acerca del concepto de corrupción, véase GARZÓN VALDÉS. *La Corrupción Política*. Madrid. Alianza Editorial, 1997, p. 44.

¹⁰² LÓPEZ PRESA, José Octavio y otros. *Corrupción y cambio*. México. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 26.

¹⁰³ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. III, p. 18.

¹⁰⁴ Ibidem, t. III, p. 38.

DELIBERACIÓN

Examen detenido de las ventajas e inconvenientes de un asunto o decisión. ¹⁰⁵

DEMOCRACIA

Del griego *demos*, pueblo, y *kratein*, gobernar. Es el sistema político por el que el pueblo de un Estado ejerce su soberanía mediante cualquier forma de gobierno que haya decidido establecer. En las democracias modernas, la autoridad suprema la ejercen en su mayor parte los representantes elegidos por sufragio popular en reconocimiento de la soberanía nacional. Dichos representantes pueden ser sustituidos por el electorado de acuerdo con los procedimientos legales de destitución y referéndum y son, al menos en principio, responsables de su gestión de los asuntos públicos ante el electorado. En muchos sistemas democráticos, éste elige tanto al jefe del poder ejecutivo como al cuerpo responsable del legislativo. En las monarquías constitucionales típicas, como puede ser el caso de Gran Bretaña, España y Noruega, sólo se eligen a los parlamentarios, de cuyas filas saldrá el primer ministro, quien a su vez nombrará un gabinete.

La esencia del sistema democrático supone, pues, la participación de la población en el nombramiento de representantes para el ejercicio de los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, independientemente

de que éste se rija por un régimen monárquico o republicano. ¹⁰⁶

DEONTOLOGÍA

La ciencia del estudio de los deberes. ¹⁰⁷

DILIGENCIA

Cuidado y actividad en ejecutar una cosa ¹⁰⁸.

DURA LEX SET LEX

"Aun dura, la ley es la ley". Se indica con ello que ha de ser respetada en todo caso, por severa que se estime en su letra o en sus consecuencias, para no socavar su autoridad ni orden legal todo. ¹⁰⁹

"E"

EFICIENCIA

Capacidad y aptitud para obtener determinado efecto. ¹¹⁰

ERROR DE DERECHO

Ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria. Y tanto lo constituye el desconocimiento de la existencia de la norma, es decir, de la letra exacta de la ley, como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deducen. ¹¹¹

¹⁰⁵ Ibidem, t. III, p. 55.

¹⁰⁶ "Democracia". En: MICROSOFT CORPORATION. *Enciclopedia Microsoft Encarta 99*.

¹⁰⁷ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit. t. III, p. 86.

¹⁰⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo I. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid. 1995. Página 751.

¹⁰⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico. Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1976, p. 176.

¹¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. III, p. 380.

¹¹¹ Ibidem, t. III, p. 501.



ESTADO DE DERECHO

No configura un Estado de Derecho todo aquel en que el poder judicial no es independiente y donde jueces soberbios quieren erigirse en legisladores o desprecian la letra inequívoca de la ley; tampoco aquellos donde el Parlamento juega a derribar gobiernos y torna estéril toda gestión pública superior; ni aquellos otros donde el poder ejecutivo legisla y juzga a la par, para satisfacer una posición personal o partidista, dispuesto a perpetuarse mientras sean eficaces los medios represivos o la sumisión de los súbditos.¹¹²

ESTADO CONSTITUCIONAL

Es la manera más contemporánea de entender el Estado de Derecho, la diferencia radica en que el Estado Constitucional apela a fundamentos sustantivos o valorativos referidos a la democracia y los derechos individuales.

ETHIKE

Significa costumbre. No obstante, conviene aclarar que se trata de costumbre en el sentido de lo consuetudinario. No refiere a la idea moderna de costumbre como cultura. En buena cuenta, refiere a lo acostumbrado, a lo habitual, a lo que se acostumbra hacer en tal o cual caso. Está, por la tanto, asociado a comportamiento y a conducta.

Los romanos tradujeron el término griego *êthicos* por "morais" o "moris", que significa uso y que explica el mismo sentido de lo acostumbrado. Lo que se usa, lo usual.

ÉTICA

Ética proviene del griego *ethos*, que significa costumbre y en español se refiere a la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.¹¹³

ETICIDAD

No es una palabra castellana, proviene del alemán "sittlichkeit", del cual también se derivarían etimológicamente etizar y etización, y significa estrictamente costumbridad.

Significa para nosotros la relación de convergencia entre la acción particular y los fines sociales o institucionales; la eticidad es el efecto o resultado de la etización, y significa su plena realización.

Representa la culminación de la teoría ética.¹¹⁴

Es el término específico que utiliza Hegel para designar a la ética, es decir, a la teoría aristotélico-hegeliana de las "costumbres"; en consecuencia, ética y eticidad, con la diferencia anotada en su significación, también resultan sinónimos para designar la reflexión aristotélico-hegeliana sobre el buen y mal actuar en oposición al proyecto planteado por la moralidad.¹¹⁵

EXCELENCIA

La suprema calidad. Por excelencia. Por antonomasia; como caso, cosa, situación o persona más caracterizada al respecto.¹¹⁶

¹¹² CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. III, p. 571.

¹¹³ Real Academia de la Lengua Española. Ob. cit. Véase Ética.

¹¹⁴ Ibidem, p. 16.

¹¹⁵ Ibidem, p. 17.

¹¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. III, p. 616.



“F”

FACTICIDAD

Término vinculado a la eficacia y la legitimidad, se emplea usualmente para distinguirse del plano de validez del derecho.

“G”

GOBIERNO

En una primera aproximación, y de acuerdo con uno de los significados que tiene el término en el lenguaje político corriente, se puede definir el gobierno como el conjunto de las personas que ejercen el poder político, o sea, que determinan la orientación política de una cierta sociedad. Es necesario añadir, sin embargo, que el poder de gobernar, estando ordinariamente institucionalizado, sobre todo en la sociedad moderna, está asociado normalmente a la noción de Estado. En consecuencia, con la expresión gobernantes, se entiende el conjunto de las personas que gobiernan el Estado; y con la de gobernados, el grupo de personas que están sujetas al poder de gobierno en un área estatal. Sólo en casos excepcionales, o sea, cuando las instituciones están en crisis, el gobierno tiene carácter carismático y su eficacia depende del prestigio, del ascendiente y de las cualidades personales del jefe de gobierno. Existe por lo tanto una segunda acepción del término gobierno que se apega más a la realidad del Estado moderno, y que ya no

indica solamente el conjunto de las personas que detentan el poder de gobernar sino el conjunto de los órganos a los que institucionalmente les está confiado el ejercicio del poder. En este sentido, el gobierno constituye un aspecto del Estado. En efecto, entre las instituciones estatales que llevan a cabo la organización política de la sociedad y que, en su conjunto, constituyen lo que de ordinario se define como régimen político, las que tienen la tarea de manifestar la orientación política del Estado son los órganos de gobierno¹¹⁷.

- a) Conjunto de los órganos encargados del ejercicio del poder público, o, como dice Orlando, conjunto de medios en virtud de los cuales la soberanía se traduce en acto.
- b) Conjunto de instituciones o individuos que están por encima de los demás, o sea, que ocupan el vértice dentro de la estructura jerárquica total.¹¹⁸

“H”

HERMENÉUTICA JURÍDICA

Arte, ciencia de interpretar los textos legales¹¹⁹.

“I”

INDEPENDENCIA

Cualidad o condición de independiente.¹²⁰

¹¹⁷ BOBBIO, N. y otros. Ob.cit., pp. 710-712.

¹¹⁸ CASTAGNO, Antonio. 1991, t. XIII, p. 310. Cita a HERAS, Xifra. *Formas y fuerzas políticas*. Barcelona: Ed. Bosch, 1958, p. 129.

¹¹⁹ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit. t. IV, p. 267.

¹²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid. 1995. Página 1157.



INDEPENDIENTE

Soberano. Emancipado. Autónomo. Imparcial. No afiliado a bando ni partido alguno. Quien mantiene sus convicciones contra viento y marea. Refractario al yugo extranjero. Aislado; sin enlace. Soltero mayor de edad y que vive solo. ¹²¹

IMPARCIALIDAD

Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud. ¹²²

IMPERATIVO CATEGÓRICO

Se designa así la obligación moral que no es eludible, como el simple consejo; pero que tampoco es ineluctable, como la ley física. Kant define el deber como la necesidad de obedecer a la ley, por la ley misma; y enuncia su fórmula con las siguientes palabras: "Obra de tal manera que la máxima de tus actos pueda valer como principio de legislación universal". ¹²³

"J"**JUDICIAL REVIEW**

Revisión Judicial ¹²⁴.

JUSTICIA

Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: "*Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*". ¹²⁵

Que obra según justicia, derecho o razón. ¹²⁶

JUZGAR

Administrar justicia. Decidir un proceso judicial. Ejercer funciones de juez o magistrado. ¹²⁷

"L"**LEALTAD**

Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. ¹²⁸

LEADING CASE

Causa determinante. ¹²⁹

LEY

Término que posee una gama plural de significados, como lo demuestra su frecuente uso en las ciencias experimentales



¹²¹ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. IV. Véase Independiente.

¹²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid. 1995. Página 1144.

¹²³ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. IV, p. 343.

¹²⁴ *Diccionario Terminológico de Derecho, Inglés-Español*. Madrid: Distribuciones La Ley, 1992, p. 179

¹²⁵ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit. t. V, p. 65.

¹²⁶ Ibidem, t. V, p. 71.

¹²⁷ Ibidem, t. V, p. 74.

¹²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid. 1995. Página 1237.

¹²⁹ *Diccionario Terminológico de Derecho, Inglés-Español*. Madrid: Distribuciones La Ley, 1992, p. 188.

(ley de la gravedad, leyes químicas, entre otros ejemplos) y en tantos otros órdenes (leyes religiosas o morales, leyes económicas) para designar toda norma o regla a la que deben someterse o ajustarse los hechos de que trata su objeto.

En sentido material, ley significa norma jurídica escrita emanada de aquellos órganos a los que el Estado atribuye fuerza normativa creadora. Desde este punto de vista, es también ley la norma que dicta desde un determinado ministerio u órgano del gobierno o del poder ejecutivo, hasta un ayuntamiento o municipalidad (a través de los reglamentos u ordenanzas municipales). No lo es en cambio la costumbre, que emana de forma directa y con un impulso espontáneo del pueblo.

En sentido estricto y formal, sólo es ley la norma jurídica escrita que emana del poder legislativo. De esta forma, no son leyes todas y cada una de las normas que se dictan en un Estado, sino sólo las promulgadas por los órganos a los que cada Constitución otorga la competencia para crearlas, que, en los sistemas democráticos, no son otros que los Parlamentos.

Como características generales de la ley, se puede decir que son normas de carácter general y abstracto que regulan una serie de supuestos o relaciones indefinidas, conteniendo un efecto jurídico concreto para todos y cada uno de los supuestos a los que la propia ley se refiere; son normas escritas que para tener eficacia deben ser promulgadas, publicadas en el boletín diario, gaceta o periódico oficial que existe al efecto (Boletín Oficial del Estado, Gaceta Oficial), y aprobadas con arreglo al procedimiento formal de elaboración previsto para ello (principio de legalidad).

Según la tradición se entendía que un requisito de la ley, para que pueda cumplir su finalidad de ir dirigida al bien común es el de su justicia interna, pero se trata más de una tendencia deseable que de un requisito inexcusable, pues de lo contrario las leyes justas no serían leyes.

En la tipología o conjunto de leyes de un Estado debe observarse el principio de jerarquía normativa: así, una ley no puede oponerse a lo que dice la Constitución, entendida ésta como ley suprema, ni un reglamento debe contradecir lo que dispone una ley, por tener ésta un rango superior.¹³⁰

LIDERAZGO

En sicología social, rol de la personalidad en el análisis de grupos pequeños. En sociología, influencia que se puede ejercer sobre una colectividad.

La corriente seguidora del alemán Max Weber, considerado el fundador de la sociología moderna, distingue tres tipos de liderazgo que se refieren a otras tantas formas de autoridad: el líder carismático, al que sus seguidores le atribuyen condiciones y poderes superiores a los de otros dirigentes; el líder tradicional, que hereda el poder, ya sea por la costumbre de que ocupe un cargo destacado o porque pertenece a un grupo familiar que ha ostentado el poder desde hace mucho tiempo; y el líder legal, que asciende al poder por los métodos oficiales, ya sean las elecciones o votaciones, o porque demuestra su calidad de experto sobre los demás. Esta figura se reconoce comúnmente en el campo de la política y de la empresa privada.¹³¹

Según Gerth y Mills, se puede calificar como relación de liderazgo a toda relación "entre

¹³⁰ "Ley". En: MICROSOFT CORPORATION. *Enciclopedia Microsoft Encarta 99*.

¹³¹ "Liderazgo". En: MICROSOFT CORPORATION. *Enciclopedia Microsoft Encarta 99*.



uno que guía y uno que es guiado", o sea toda situación en que "a causa del que guía los que son guiados actúan y sienten en una forma diversa de lo que lo harían en un caso distinto". Como una característica específica de la figura del líder respecto de la del "jefe", algunos autores señalan precisamente este aspecto de la espontaneidad de los seguidores en cuanto tales. En conclusión, se puede decir que son líderes los que: a) dentro de un grupo, b) detentan tal posición de poder que influyen en forma determinante en las decisiones de carácter estratégico, c) poder que se ejerce activamente, y d) que encuentra una legitimación en su correspondencia con las expectativas del grupo.¹³²

"M"

MODELO

Ejemplo para la conducta. Guía u original que ha de seguirse o imitarse en la ejecución de algo.¹³³

MORAL

Etimológicamente moral proviene del latín "moralis" que significa "lo que pertenece a las costumbres",¹³⁴ que a su vez se deriva de "mos", "moris" que significa costumbre.¹³⁵

En español existen varios significados de la palabra moral, así por ejemplo: Como "lo

*perteneciente o lo relativo a las acciones y caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia", "lo no concerniente al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano; y, como ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.*¹³⁶

MORALIZAR

Etimológicamente proviene de dos palabras latinas: "moralis", que significa "lo que pertenece a las costumbres"; e "izare", que como sufijo latino se refiere a la "acción que implica el significado del sustantivo", en este caso de "moralis". En su totalidad etimológica moralizar significa acostumbrar.¹³⁷

En este mismo sentido Cabanellas define moralizar como: "Imponer o restablecer el imperio de las buenas costumbres allí donde la incultura o degeneración hayan implantado el abuso de los de arriba, la insubordinación de los de abajo, el vicio, la desbordada sensualidad, la mala fe o la cínica delincuencia".¹³⁸

Por su parte moralizar proviene de "moralis" y "tio", "-onis" y significa acción y efecto de moralizar,¹³⁹ es decir, describe la acción misma del verbo.

MORALIDAD

Proviene del latín "moralitas", "-atis" y significa carácter.¹⁴⁰ En español significa

¹³² BOBBIO, N. y otros. Ob.cit., pp. 914-917

¹³³ CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., t. V, p. 436.

¹³⁴ *Diccionario Latino - Español de Valbuena*. 6ª edición. París: Librería de Rosa y Bouret, 1860, p. 549.

¹³⁵ MONLAU, Pedro Felipe. *Diccionario etimológico de la lengua castellana*. 3ª edición. Buenos Aires, 1946, p. 870.

¹³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª Edición. Editorial Espasa Calpe S.A., 1995. p. 1400.

¹³⁷ Ibidem, véase Moralizar.

¹³⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 16ª edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R., 1981, t. V, p. 459.

¹³⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ob. cit., l. cit.

¹⁴⁰ *Diccionario Latino - Español de Valbuena*, l. cit.



"conformidad de una acción o doctrina con los preceptos de la sana moral".¹⁴¹ Siguiendo este significado, Cabanellas define moralidad como: "Cualidad de las acciones humanas inspiradas en el bien. Adecuación entre la conducta y la ética".¹⁴²

".. fue Hegel quien atribuyó la designación latina —"moralidad"—, usual entre sus antecesores, a la interpretación moderna del problema, reservando la designación griega —"eticidad"— para la reactualización (aunque modificada) de la concepción aristotélica".¹⁴³

“P”

PARADIGMA

Modelo, ejemplo.¹⁴⁴

POSITIVISMO JURÍDICO

Para Walter Eckstein, el positivismo en lo jurídico es el estudio de la legislación positiva en una interpretación filosófica, que tiende a determinar la ley válida en cierto país y en tiempo cierto. Excluye toda ley superior, como la natural, e incluso la valoración de la ley positiva. Sus expresiones son la teoría germánica general de la ley, la jurisprudencia analítica inglesa y el realismo legalista norteamericano.¹⁴⁵

PROBIDAD

Rectitud del ánimo y el proceder. Integridad, moral. Honradez. Hombría de

bien. Todo ello realza las cualidades morales y profesionales, y constituye aureola de jueces y administradores. Rectitud y honestidad con que debe actuar un juez para que sus decisiones sean justas.¹⁴⁶

PRAXIS

Helenismo arcaico por práctica.¹⁴⁷

“R”

RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

Aquella que sirve para adecuar los medios que poseemos a los fines que escogamos

RACIONALIDAD ESTRATÉGICA

Elección que se realiza empleando la racionalidad instrumental pero tomando en cuenta que mientras uno elige existirán otras personas que también podrán estar eligiendo y afectar así nuestra elección.

RATIO LEGIS

Razón de la ley o legal. Espíritu del texto de la ley en que deben inspirarse sus intérpretes, tanto para aclarar algún oscuro precepto como para ampliar su aplicación a un caso no regulado expresamente.¹⁴⁸

RECTITUD

Conducta sin doblez, disimulo ni favoritismo.¹⁴⁹

¹⁴¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ob. cit., I. cit.

¹⁴² CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit, p. 458.

¹⁴³ GIUSTI, Miguel. "Moralidad o Eticidad, una vieja disputa filosófica". En: *Alas y Raíces, Ensayos sobre Ética y Modernidad*. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 1999, p. 179.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 77.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 331.

¹⁴⁶ Ibidem, ver término.

¹⁴⁷ Ibidem, t. VI, p. 343.

¹⁴⁸ Ibidem, t. VII, p. 17.

¹⁴⁹ Ibidem, t. VII, p. 51.



"S"

SUPERYÓ

Una de las diferenciaciones de la conciencia o de sus estados en las sutilezas del psicoanálisis. El "superyó" impone al "yo" su ideal, su imperativo categórico. Constituye así expresión de valores positivos: de la autoridad, de la virtud, de la razón, del orden, de los impulsos superiores.¹⁵⁰

"V"

VALIDEZ

Se refiere a la identificación de ciertos enunciados normativos como pertenecientes a un sistema jurídico.

VALORES

En Filosofía, Moral, Ética y demás ciencias abstractas, los grandes principios de la conducta individual y colectiva de los hombres.¹⁵¹

VERACIDAD

Calidad de veraz. Índole del que proclama siempre la verdad. La veracidad se erige en el primero de los requisitos para deponer un testigo sin incurrir en el delito de falso testimonio; y que el juez ha de descubrir a través de la observación psicofisiológica, por el contenido de las respuestas y la perspectiva general que de la causa posea.¹⁵²

VICIOS

Mala conducta con probables o seguros perjuicios para el cuerpo o el espíritu.¹⁵³ En el *Diccionario de Sociología* de H. Rat Fairchild se estima al vicio como conducta personal de cierta índole que el código moral desapueba, debido en particular a su tendencia a lesionar la propia persona física, mental o social, a producir lesiones análogas.

VIRTUD

La práctica de los valores abstractos. En apunte de G. R. Morrow, la virtud, en la filosofía aristotélica, es aquel estado de una cosa que constituye su esencia peculiar y la torna apta para su adecuada función.¹⁵⁴



¹⁵⁰ Ibidem, t. VII, p. 574.

¹⁵¹ Ibidem, t. VIII, p. 312.

¹⁵² Ibidem, t. VIII, p. 312.

¹⁵³ Ibidem, t. VIII, p. 363.

¹⁵⁴ Ibidem, t. VIII, p. 394.

CASUÍSTICA DE SITUACIONES ÉTICAS

a. El coraje de Elva Greta Minaya Calle

Durante el gobierno de Alberto Fujimori, a la doctora Elva Greta Minaya Calle le tocó una destacada actuación en dos sonados casos de derechos humanos: el del estudiante Ernesto Castillo Páez y el del general retirado Rodolfo Robles.

En ambos, a pesar de las presiones del régimen autoritario, la entonces jueza penal hizo prevalecer su independencia y la defensa de la legalidad.

El 21 de octubre de 1990 el estudiante Castillo Páez fue detenido por una patrulla policial en Villa El Salvador, que lo intervino luego de un atentado dinamitero ocurrido en ese distrito. Como la policía negara su arresto, el padre del joven presentó una acción de hábeas corpus, que la magistrada amparó.

Sin embargo, la Corte Suprema la declaró improcedente, lo que motivó una acusación constitucional contra cuatro vocales de la misma, que se frustró con el autogolpe del 5 de abril de 1992 protagonizado por el propio Fujimori.

Posteriormente el caso fue llevado por los familiares del desaparecido hasta la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, hasta donde la jueza Minaya —a pesar de la oposición de sus superiores y del gobierno— acudió como testigo. En 1998 esa institución sancionó al Estado peruano. Actualmente el 13° Juzgado Penal Provincial de Lima procesa a los policías responsables de su plagio y desaparición.

Unos años después, el 12 de diciembre de 1996, la doctora Minaya —en ese entonces jueza provisional del 33° Juzgado Penal Provincial de Lima— acogió el hábeas corpus presentado a favor del general retirado Rodolfo Robles Espinoza, secuestrado por elementos del SIN y recluso ilegalmente en los calabozos de la prisión militar del Real Felipe.

En 1993 el general Robles denunció el secuestro y asesinato de un profesor y nueve alumnos de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), perpetrado por el denominado Grupo Colina, organizado al interior del Ejército. A raíz de esa denuncia el militar fue dado de baja y el gobierno de Fujimori inició una persecución contra él que lo obligó a refugiarse en Argentina.

Desde allí retornó un tiempo después luego de una amnistía decretada por el mismo gobierno. De regreso en el Perú el general continuó con sus críticas al régimen autoritario y a sus violaciones a los derechos humanos, por lo que fue objeto del plagio que motivó la intervención de la doctora Minaya.

Tras acoger el hábeas corpus, la jueza se apersonó hasta el Real Felipe, donde se le impidió ingresar y ver al general Robles, contra quien no existía orden judicial de detención. La magistrada declaró entonces la procedencia del recurso y ordenó la inmediata libertad del detenido, mandato al que se resistió el Consejo Supremo de Justicia Militar y, además, la denunció por supuesto delito de prevaricato.

En ese momento el escándalo había adquirido repercusión internacional. En vista de ello, unos días después el gobierno de Fuji-



mori decretó la amnistía del general Robles y de otros militares, así como el fin de cualquier proceso a los magistrados que intervinieron en el caso. Esto último no era tanto para librar a la jueza de la acusación castrense, sino para impedir el procesamiento de las autoridades del fuero militar por su ilegal actuación. Independientemente de la decisión del Ejecutivo, la apelación castrense fue rechazada por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, presidida por el doctor Sergio Salas, que confirmó el hábeas corpus dispuesto por la doctora Minaya.

Durante el conflicto la valiente actuación de la magistrada se vio entorpecida por su intempestivo cambio a un Juzgado de Reserva. Sin embargo, el cambio no prosperó debido a la firme determinación de la jueza de permanecer en su cargo.

Un tiempo después, en agosto de 1997, quienes se sentían perjudicados por la actuación independiente de esa magistrada pretendieron tomar venganza acusándola falsamente de terrorismo.

En ese entonces, cuando el general José Villanueva Ruesta ya se encontraba a cargo del Ministerio del Interior, apareció una resolución ministerial firmada por su antecesor, el general César Saucedo, quien pedía que se encausara a la jueza.

El pretexto fue una intervención suya, realizada unos meses atrás cuando estaba a cargo del 37° Juzgado Penal, en favor de la libertad de la señora Carmen Cáceres, detenida en los calabozos de la DINCOTE sin que hubiera cargo alguno contra ella.

La magistrada recibió el inmediato respaldo del Colegio de Abogados de Lima, de algunos congresistas y de diversos sectores de la opinión pública, por lo que el gobierno tuvo que rápidamente dar marcha atrás en su despropósito.

Su coraje ha sido objeto de reconocimiento público. Instantes después de conocerse la acusación hecha desde el Ministerio del Interior, recibió el respaldo del vocal superior de Lima, doctor Máximo Lagos Abril, quien se acercó hasta su despacho para solidarizarse con ella y la llamó "la jueza más valiente del Poder Judicial". Igualmente, en 1996 el Colegio de Abogados de Lima la nombró la Jueza del Año. Al año siguiente fue galardonada con el premio Flora Tristán por su defensa de los derechos humanos.

La doctora Elva Greta Minaya Calle egresó de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1973. Ese mismo año se incorporó al Poder Judicial, donde permaneció hasta 1998. Ha sido directora de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima y de la Asociación de Mujeres de Carreras Jurídicas.

b. Dos magistradas contra el SIN: Antonia Saquicuray y Ana Cecilia Magallanes

En noviembre de 1991 los integrantes del denominado Grupo Colina —un grupo de militares bajo mando del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que realizaban operaciones contrasubversivas ilegales, incluyendo torturas y asesinatos— acabaron con la vida de 16 personas que realizaban una fiesta en una vieja quinta de la Plaza Italia, en Barrios Altos. Los criminales las habían confundido con activistas de Sendero Luminoso.

La versión oficial de los hechos atribuía el crimen a esta organización. El encubrimiento se hizo más cerrado tras el autogolpe del 5 de abril, protagonizado por el entonces presidente Alberto Fujimori. Sin embargo, numerosas evidencias de la participación castrense en el crimen se fueron acumulando, hasta que en abril de 1995 la fiscal Ana Cecilia Magallanes, de la 47° Fiscalía Provincial Penal, acusó a los autores



ante el 16° Juzgado Penal de Lima, a cargo de la doctora Antonia Saquicuray.

Esta última acogió la denuncia y abrió la respectiva instrucción contra el general de división Julio Salazar Monroe, jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, el mayor Santiago Martín Rivas, y los suboficiales Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea.

Pero un mes después de iniciadas las investigaciones judiciales el régimen promulgó la denominada Ley de Amnistía (Ley N° 26479), a la que los inculcados solicitaron acogerse.

En mayo de 1995 Fujimori había conseguido reelegirse para un segundo período y su gobierno se encontraba en pleno apogeo. Por entonces el Poder Judicial se encontraba mayoritariamente sometido al Ejecutivo. Este último practicaba una política sistemática de violación de los derechos humanos —pretendiendo ampararla en la lucha contra el terrorismo— y procuraba la impunidad para sus autores. El SIN, un organismo tenebroso e intimidante, cuyo jefe real era el asesor presidencial Vladimiro Montesinos, constituía una pieza clave del régimen autoritario.

No obstante, ese escenario adverso no amilanó a la fiscal Magallanes, quien opinó que esa ley no era aplicable al caso. A su vez, el 16 de junio de ese año, la jueza Saquicuray resolvió que el artículo 1° de la ley 26479 transgredía normas consagradas en la Constitución Política, se pronunció por su inaplicabilidad y resolvió proseguir con las investigaciones.

La decisión de la jueza dejó desairado al gobierno y sin amparo legal a los procesados. Ante ello, en medio del escándalo nacional e internacional, la administración de Fujimori promulgó el 1° de julio la Ley 26492, denominada Ley Interpretativa, que dispuso que la amnistía concedida no era "revisable

en sede judicial" (artículo 2°), y que era "de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales".

Amparándose en el nuevo dispositivo los inculcados apelaron la resolución de la jueza Saquicuray. El expediente pasó a la 11° Sala Penal de Lima —presidida por el vocal William Paco Castillo Dávila—, que el 14 de julio emitió una resolución en mayoría anulando la resolución de la magistrada y declarando aplicable el artículo 1° de la Ley 26479 al caso Barrios Altos.

Los familiares y las víctimas de Barrios Altos acudieron ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el 13 de octubre de 1995 acordó archivar el proceso.

En vista de ello, en 1996, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos llevó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En marzo del 2000 ese organismo recomendó al Estado peruano derogar la Ley de Amnistía para reiniciar la investigación judicial. Como el gobierno de Fujimori hizo caso omiso, el 15 de junio de ese año el expediente pasó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que falló a favor de los familiares de la matanza y ordenó al Estado peruano reiniciar el proceso penal contra los implicados y pagar una indemnización a los deudos.

Actualmente hay 20 procesados, 13 de ellos con mandato de detención. Entre los encausados, además de los antes señalados, figuran el propio Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos, y el general de división Nicolás Hermoza Ríos, quien era jefe del Comando Conjunto de la Fuerza Armada. Se les acusa de asesinato, lesiones graves y asociación ilícita.

c. Una cantuta para Víctor Cubas Villanueva

El 18 de julio de 1992 tuvo lugar uno de los más sonados episodios de violación a los



derechos humanos cometidos durante el régimen de Alberto Fujimori: un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle, más conocida como La Cantuta, fueron secuestrados y asesinados por un comando militar denominado Grupo Colina, que recibía órdenes del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

Desde el primer momento la actitud del gobierno como del alto mando castrense se encaminó a encubrir a los criminales, así como a los autores intelectuales del homicidio. Esa actitud obedecía a que las responsabilidades alcanzaban a la cúpula militar de entonces y a que los hechos habrían sido de conocimiento del propio Fujimori.

Diversos recursos de hábeas corpus de los familiares de las víctimas, así como su exigencia de una investigación exhaustiva de los hechos, se estrellaban contra la voluntad oficial de dejar el crimen en la impunidad.

En abril de 1993, a partir de un informe anónimo de origen castrense que detallaba las circunstancias y la identificación de los autores de la masacre, el Congreso de la República constituyó una comisión investigadora de los hechos. El 8 de julio de ese año la revista *Sí* alertó al fiscal de turno, Víctor Cubas Villanueva, titular de la 16ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, del hallazgo de restos humanos en la quebrada Chavilca, distrito de Cieneguilla.

La información con la que contaba esa publicación, también de fuente castrense anónima, establecía relación entre aquellos restos y el crimen de La Cantuta. El fiscal Cubas Villanueva procedió inmediatamente a la investigación, que le permitió determinar la identidad de las víctimas en un proceso que creó gran expectativa en la opinión pública.

La prolijidad y carácter profesional con los que llevó adelante la investigación le

permitieron superar la desconfianza inicial que manifestaban los familiares de las víctimas, cansados de sucesivas frustraciones en su gestión ante las autoridades, y llegar a establecer la relación entre el hallazgo de Cieneguilla y los luctuosos hechos de La Cantuta. Asimismo, pudo individualizar a los autores materiales e intelectuales del crimen, contra quienes formuló la respectiva acusación penal.

La investigación no estuvo exenta de obstáculos y amenazas contra la integridad del magistrado, quien, sin embargo, no cejó en su decisión de llevarla hasta las últimas consecuencias.

En un par de ocasiones el fiscal recibió insinuaciones de soborno que pretendían apartarlo del caso o por lo menos ablandarlo. Como no aceptara fue objeto de extraño seguimiento, elementos del Grupo Colina merodearon alguna vez amenazadoramente su casa y fue objeto de amenazas telefónicas contra su vida. A pesar de estos hechos y de sus reiterados pedidos para que se le brindara seguridad, durante los siete meses en los que estuvo al frente de la misma nunca la recibió.

Su equipo de investigación tuvo que trabajar en condiciones precarias, incluso carecía de movilidad y de avituallamiento, indispensable en jornadas prolongadas e ininterrumpidas.

El Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a atender su pedido de identificación de los militares involucrados, a los que —en vista de los descubrimientos de la investigación fiscal y del escándalo público— el fuero castrense había abierto instrucción, no con el propósito de esclarecer los hechos y sancionar debidamente a los culpables sino de protegerlos.

Ya en el tramo final de su actuar fue presionado por la Fiscal de la Nación, Blanca



Nélida Colán, y por el Presidente de la Corte Suprema, Luis Serpa Segura, para que apurara la acusación fiscal. El propósito de ese pedido era conseguir que el trámite de la contienda de competencia planteada por el fuero militar fuese visto por un tribunal favorable a la misma, antes del cambio de la sala penal correspondiente a producirse el 1 de enero de 1994.

Asimismo, el fiscal fue objeto de una deleznable acusación por prevaricato, elevada a la Fiscal de la Nación por el juez Carlo Magno Chacón Flores, quien actuaba parcializado con el fuero militar y finalmente fue destituido por el Poder Judicial debido a su falta de idoneidad. Ante la posibilidad de que la Sala Penal de la Corte Suprema decidiera la contienda de competencia a favor del fuero común, el gobierno promulgó el 9 de febrero de 1994 la denominada Ley Cantuta, mediante la cual forzó el traslado del caso al fuero castrense.

Una vez allí, los jueces militares rápidamente eximieron de penas carcelarias a los oficiales generales implicados y, el 21 de febrero de 1994, condenaron a penas privativas de la libertad, entre 2 y 20 años, a los mayores Santiago Martín Rivas y Carlos Pichilingüe Guevara y a otros integrantes del Grupo Colina. Sin embargo, el 15 de junio de 1995, el régimen amnistió y liberó a los condenados.

Esta amnistía, decretada de modo inconstitucional, fue recientemente anulada atendiendo una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se ha abierto proceso a los implicados en el múltiple crimen. La causa involucra también al ex presidente Fujimori, a su asesor Vladimiro Montesinos, al general Nicolás de Bari Hermoza Ríos, quien se desempeñaba como jefe del Comando Conjunto de la Fuerza Armada en el momento en que ocurrieron los hechos, así como a diversos oficiales generales que participaron en la

planificación del operativo que acabó con la vida de los universitarios.

En la investigación del caso La Cantuta destacan la tenacidad, el profesionalismo y el espíritu de independencia del fiscal Cubas, quien llevó las pesquisas hasta su consecuencia lógica: la identificación de las víctimas y la acusación contra sus victimarios, sin importar que estos últimos contaban con todo el apoyo del régimen autoritario y eran parte del tenebroso aparato del SIN.

d. El azote de la corrupción: Inés Villa Bonilla.

Una vez un ministro del Interior del régimen de Alberto Fujimori le dijo zalameramente: "Si usted quisiera, podría ser alguien importante". Su respuesta fue: "No estoy aquí para ser importante, sino para ejercer justicia". Pero, aunque la doctora Inés Villa Bonilla nunca se propuso ser una personalidad pública destacada, las palabras de aquel general han resultado, muy a su pesar —está incluido en las investigaciones judiciales sobre la corrupción en la dictadura fujimorista—, premonitorias. La doctora Inés Villa Bonilla es actualmente uno de los puntales de la lucha contra la decadencia moral en la función pública en el Perú: preside la Sala Penal Especial para casos de Corrupción.

El cargo que ocupa es la continuación de una carrera profesional y una línea de vida en la que ha demostrado en reiteradas oportunidades su intransigencia con el delito y el uso del poder público en provecho personal.

Pisqueña de nacimiento, hizo sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional Federico Villarreal, los que culminó en 1979. Poco después se incorporó al Poder Judicial, como relatora en la 11ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima. En 1984 ganó un concurso



para juez y fue asignada al 47° Juzgado Penal de Lima, donde vio varios casos de terrorismo. Posteriormente asumió como vocal provisional en una Sala Penal que veía especialmente procesos de terrorismo. A inicios de la década del 90, integró la Oficina de Control Interno del Poder Judicial, presidida en ese entonces por el vocal Guillermo Cabala. Luego trabajaría en esa misma dependencia con el desaparecido vocal Miguel Giusti Acuña. Tuvo ocasión entonces de investigar una denuncia sobre corrupción que pesaba sobre magistrados de los diversos distritos judiciales del país.

Habiendo ya ascendido a vocal provisional y cuando todavía se encontraba trabajando en la Oficina de Control Interno, fue convocada en junio de 1996 para presidir la Corte Antidrogas. Dispuso entonces la realización de un estudio nacional que permitiera decidir la manera en que se tratarían los casos de narcotráfico, que concluyó en la necesidad de descentralizar la investigación y juzgamiento de los mismos.

Aquella Corte contaba con una Sala en Lima y cuatro juzgados. Asimismo, implementó una Sala en Chiclayo, que era el primer paso en la descentralización. (Incluía además otras tres sedes que quedaron solo en proyecto: Puno, Cusco y Pucallpa). La idea era facilitar el juzgamiento de los inculcados llevando la justicia hasta las zonas donde se había cometido el delito.

Los magistrados que integraban las distintas instancias fueron escrupulosamente seleccionados. Se los proveyó de celulares para facilitar la comunicación entre ellos, y, por primera vez, para agilizar los procesos, se trasladaban a los penales. El estudio realizado permitió organizar una base de datos nacional de los casos de narcotráfico existentes en el Poder Judicial, que permitía saber cuántos casos pendientes de juzgamiento existían en todo el país. Las oficinas contaban con tecnología de punta,

el sistema estaba informatizado. Los casos les eran asignados aleatoriamente, de modo que ni los jueces podían saber de antemano qué caso les tocaría, ni los inculcados podían conocer anticipadamente a qué juzgado o tribunal iría su proceso.

Pero cuando todo estaba listo para que la descentralización entrara en funciones, fue boicoteada por quienes tenían interés y nunca llegó a implementarse. A la inauguración de la Corte de Chiclayo, realizada por la doctora Villa, no asistió ninguna autoridad del Poder Judicial ni del Ministerio Público. Luego de ello, con diversos pretextos de tipo administrativo, tanto la Fiscalía de la Nación, como la Policía Nacional, comenzaron a poner trabas en su funcionamiento.

La Fiscalía de la Nación, en ese entonces en manos de la doctora Blanca Nélide Colán, argüía que carecía de suficientes fiscales, que no tenía dinero para sus sueldos y movilización, etc. A su vez, la Policía Nacional — dependiente del Ministerio del Interior, a cargo del general EP Juan Briones— se negaba a trasladar a los detenidos a las sedes pretextando que carecía de efectivos, de movilidad y de dinero para hacerlo.

Quienes se oponían a la descentralización querían que los casos de narcotráfico se concentrasen en Lima, de modo tal de poder disponer de los mismos según su conveniencia.

Empezaron entonces a presionar a la doctora Villa. Le pidieron que cambiase su decisión de descentralizar el juzgamiento de estos casos arguyendo que no había recursos materiales y de personal para ello. El propio presidente de la Corte Suprema de esa época, el doctor Castillo Castillo, conversó con ella para tratar de convencerla. La respuesta de la magistrada fue una negativa. Señaló además que, en todo caso,



a quien tocaba desdecirse era a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, que había aprobado la descentralización.

En vista de que las sugerencias de sus superiores no le hacían torcer el brazo, optaron por ofrecerle una beca de un año en el CAEM a cambio de que renunciara a la presidencia de la Corte Antidrogas. Ella les dijo que no podía aceptar porque había asumido una responsabilidad que estaba dispuesta a cumplir hasta el final.

Agotado este recurso optaron entonces por hurgar en sus antecedentes profesionales y personales en busca de alguno que sirviera para desacreditarla. Ese empeño estaba condenado de antemano al fracaso, por lo que se decidieron por el amedrentamiento: fue sometida a seguimiento más o menos abierto y hasta sufrió un sospechoso accidente automovilístico luego de que las tuercas de una de las llantas de su vehículo fueran aflojadas.

Como a pesar de todas estas malas artes la vocal Villa se mantuviera tenazmente en su decisión, no les quedó otro recurso que desarticular la Corte Antidrogas y retornarla a la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA, antes Oficina de Control Interno).

El acuerdo de la Suprema se precipitó luego de que la presidenta de la Corte Antidrogas dispusiera que uno de los tribunales de ésta viera los casos del avión presidencial y de un barco de la Armada, en los que se había hecho contrabando de drogas hacia el exterior.

La decisión correspondió a la Corte Suprema, que pretendió justificarse en razones administrativas: falta de recursos. En el mismo acto el máximo órgano del Poder Judicial acordó que los casos de narcotráfico serían vistos por salas y juzgados constituidos especialmente para ello, cuyos magistrados serían digitados por

la Corte Suprema. Fue así como se organizó entre otras la Sala Penal Provisional, presidida por el ahora detenido vocal Alejandro Rodríguez Medrano.

Se retornó así a la vieja práctica de asignar determinados procesos a ciertos jueces según el acomodo a los intereses de la corrupción. Se pasó del sistema informatizado para la asignación y registro de los casos, al anacrónico método de los libros toma razón. Y la base de datos, que tanto trabajo costó elaborar, sospechosamente desapareció.

De regreso a la OCMA, la doctora Villa asumió la jefatura de la Unidad Operativa Móvil, encargada de viajar por todo el país para investigar denuncias contra magistrados acusados de corrupción.

Uno de los casos investigados por esa oficina fue el del vocal superior Sixto Muñoz Sarmiento, quien hasta en dos oportunidades había emitido sentencia en un proceso en el que uno de sus hijos era abogado de una de las partes, naturalmente fallando a favor de la patrocinada por éste.

El magistrado aducía que en la segunda resolución —luego que el primer proceso fuera anulado debido a la anomalía antes indicada—, su firma había sido falsificada. Pero una pericia policial encargada por la dependencia a cargo de la vocal Villa determinó que la firma correspondía al denunciado.

Cuando el documento correspondiente había sido incorporado al expediente, la oficina de la policía encargada de las pericias grafotécnicas pretendió que les sea devuelto porque, supuestamente, se habían transgredido normas reglamentarias. La jefa de la Unidad Operativa Móvil se negó, demandó a la policía que, en todo caso, amplíe su investigación y remita un nuevo dictamen, y



les respondió que la pericia practicada constituía una prueba dentro del proceso.

Comenzaron entonces a observarse a una serie de personas extrañas en torno a la oficina de Unidad Operativa Móvil, por lo que en previsión la doctora Villa dispuso que se sacara una copia del expediente, la misma que quedó en su oficina, y que el original se guardara en una caja fuerte fuera de aquel ambiente.

Esto resultó providencial, ya que aprovechando el fin de semana que siguió a esa acción preventiva, la oficina de la magistrada fue registrada subrepticamente en busca del expediente original, de donde los asaltantes esperaban sustraer la pericia que ratificaba la culpabilidad del magistrado.

¿A qué se debía tanto interés? A que el vocal Muñoz Sarmiento era nada menos que presidente de la Sala de Derecho Público, que se encargaba de aprobar judicialmente todos los despropósitos y abusos del régimen fujimorista de los que tomaba conocimiento.

A la doctora Villa no la arredraron ni las presiones policiales, ni las acciones violentas contra su oficina, ni el oscuro poder político que estaba detrás del doctor Muñoz. Por el

contrario, recomendó su destitución. Una vez en manos de la justicia digitada por el Ejecutivo que presidía Alberto Fujimori, la decisión fue largamente postergada. Solo tras la caída de Fujimori y con los cambios en el Poder Judicial, se produjo la destitución.

Luego de esta resolución la vocal fue trasladada a una Sala Penal, de cuya presidencia se hizo cargo. Allí, por sorteo, le tocó ver el caso de Luis Vargas Prada, en ese entonces jefe de RENIEC —organismo que fue parte del aparato electoral montado por el gobierno de Fujimori—, acusado por el negociado con el documento único de identidad. Ella dispuso su detención. Sin embargo, cuando retornó de vacaciones se encontró con que sorpresiva —y sospechosamente— había sido trasladada a la sala penal que veía delitos cometidos por bandas.

Recién durante el Gobierno de Transición y tras los cambios ocurridos en el Poder Judicial, la doctora Villa Bonilla retornó a un tema que ha sido una constante en su carrera: la lucha contra la corrupción. Debido a sus méritos preside ahora la instancia judicial que se encarga de juzgar a los implicados en actos de corrupción cometidos en el gobierno fujimorista. Le espera bastante trabajo.



SENTENCIAS

a. Dictamen del Fiscal Seoane sobre la solicitud de Luis Pardo a fin de que se le ampare en el goce de la garantía constitucional de residir en el territorio de la república.

Dictamen fiscal

Señor Presidente:

El 10 de setiembre último, doña Cecilia Althaus de Pardo se presentó ante la Corte Superior de Lima manifestando que la policía había detenido en la vía pública a su esposo don Luis Pardo; y por haber transcurrido más de veinticuatro horas sin que se le pusiera a disposición del Poder Judicial; pedía, invocando la ley de hábeas corpus, que ordenara la inmediata excarcelación del preso a la vez que a la apertura del juicio respectivo contra el funcionario responsable.

En su informe de fojas 4 vuelta emitido el 15 del mismo mes, el Prefecto del departamento expuso, reproduciendo el del Subprefecto, "que el señor Luis Pardo, que fue capturado por haberse comprobado su participación en el abortado movimiento revolucionario, se había dirigido al extranjero".

Basándose en el mérito de tal informe, la Corte, a fojas 5, declaró sin objeto el recurso de hábeas corpus.

El Dr. Ernesto De la Jara Ureta, personero de la quejosa, expresó entonces que no había puesto en libertad al detenido, sino que del Panóptico en que se hallaba, se le condujo entre guardias al vapor "Santa Luisa" consumando así su deportación al

extranjero. Y por este motivo, solicitaba nueva resolución, señalando como objetos del recurso la deportación mencionada, la sanción de las autoridades culpables y el mandato de enjuiciamiento por el delito imputado relativo a la perturbación del orden público.

La Corte, a fojas 11, también desestimó la solicitud.

En su decisión del 3 de Noviembre, el Supremo Tribunal declaró insubsistentes los indicados autos de fojas 5 y 11 y ordenó que el Superior cumpliera con resolver acerca de las dos gestiones declarándolas fundadas o infundadas.

El día siguiente, fue promulgada la ley N° 4007 según cuyo texto los jueces y tribunales deben cortar inmediatamente todos los juicios y procedimientos judiciales que tiendan, ya sea a acusar a las autoridades políticas por actos practicados para conservar el orden público que aprobó la N° 4001, ya sea a desvirtuar los efectos de las medidas tomadas para prevenir una rebelión contra la soberanía nacional; y asimismo todos los iniciados o que puedan iniciarse contra las autoridades por usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones realizadas durante el Gobierno Provisional.

Vuelto el asunto a la Corte Superior, el Dr. De la Jara Ureta se desistió de sus pedimentos en lo concerniente a la penalidad de los funcionarios culpables; y mantuvo el hábeas corpus en lo relativo al amparo de las garantías constitucionales en pro de la libertad y el honor, pidiendo la declaración de que don Luis Pardo tiene el



derecho de residir en el territorio nacional mientras no recaiga contra él una sentencia ejecutoriada que le condene a la pena de expatriación, y además la instauración del procedimiento referente al delito que se le imputa a fin de que quede en claro su irresponsabilidad.

La Corte, en la resolución traída al conocimiento del Supremo Tribunal, declara sin lugar la gestión.

Se funda en que "por ley N° 4007, dada especialmente para la situación a que se refiere este expediente, se manda cortar de modo absoluto y definitivo todos los juicios iniciados con motivo de esa situación".

El error es evidente.

Conforme al art. 30 de la Constitución recién promulgada, concordante con el 20 de la de 1860, nadie puede ser separado de la República, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería.

Las garantías individuales, declara el art. 35, no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.

Prescribe a su vez el art. 36, que el Congreso dictaminará en casos extraordinarios en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa.

Y el mismo número estatuye en su parte final que esas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el 35.

Es de notoriedad que don Luis Pardo se dirigió al extranjero, no por propia voluntad, como lo induce a suponer el citado informe del Prefecto; sino deportado, dándose así término a su detención en el panóptico, por que se le reputaba partícipe de una conspiración contra el orden público.

Este mandato del Gobierno Provisional expedido y hecho efectivo en Setiembre de 1919, se halla en consecuencia incluso en la ley N° 3083 (no 4001) del 25 de dicho mes, aprobatoria de todos sus actos, inclusive los relativos a la conservación del orden.

La Ley N° 4007 ordena que se corten los juicios contra las autoridades responsables de aquellos actos; así como los que tiendan a desvirtuar los efectos de las medidas para prevenir la rebelión.

Acerca del primer punto, nada hay por resolver, ya que el Dr. De la Jara Ureta se desistió de su solicitud en lo concerniente a la penalidad.

El segundo no ahoga, dentro del recinto de los tribunales, la voz de quienes reclaman justicia, ni impide que se la administre, cual lo ha entendido la Corte Suprema al desestimar la gestión y dar por terminado el proceso, o sea al desoir la alzada por la esposa en el recurso de hábeas corpus que demanda la libertad, en tal forma sin examen denegada.

Si para conjurar aquel levantamiento, la autoridad se hubiera limitado a la captura de los culpables sindicados ¿continuarían éstos, mientras el Gobierno lo tuviere a bien, indefinidamente entre rejas?

Con tal propósito, fue deportado, entre otras personas conspicuas, el presunto conspirador don Luis Pardo.

La proscripción impuesta sin previo juzgamiento, constituye una de las violaciones más intensa del derecho.

La vindicta pública exige que se imponga pena al delincuente; pero no a discreción, sin probanzas, por la autoridad política.

¿Continuará subsistiendo ese forzoso alejamiento de la patria y de los intereses,



sin que los jueces lo sancionen señalándole plazo, mientras el Gobierno lo tenga a bien?

No ciertamente, por aquella y las demás medidas extremas adoptadas en los primeros tiempos de toda revolución triunfante, tienen carácter precario, no permanente.

A no ser así, dependería sólo del criterio sin pauta prescrita, del mandatario ya legalmente en el ejercicio de sus altas funciones, el mantenimiento en todo orden de las precauciones de fuerza que para su estabilidad consideró necesarias a raíz de su victoria.

Y entonces quedaría entronizada, infringiendo los principios cardinales que preconiza nuestra democracia libérrima, una dictadura de excepción para los réprobos del régimen derrocado.

Tal no puede ser el objetivo de la ley N° 4007.

Se explica que depuesto violentamente el Presidente Pardo, su inmediato sucesor previera una posible tentativa de reacción; y al adquirir datos reveladores, actuara enérgicamente contra los descontentos delatados.

Pero transcurrido el tiempo, hecha la proclamación por la Asamblea soberana del mandatario a quien eligieron los pueblos, promulgada la nueva Constitución, y vuelta con la normalidad la calma, de los espíritus, cesan racionalmente, por falta de causa, los efectos de todo lo transitorio incorrecto.

Es para legalizar la situación política, como en su considerando único lo expresa la Ley N° 3083, que aprueba los actos del Gobierno Provisional, es decir que le releva de responsabilidades; no para dejar fatalmente conculcados sin posible reivindicación, a la sombra de ese Gobierno ya constitucional, los derechos de la libertad o

sea los que constituyen su credo de absoluta incommutabilidad.

El art. 8 de las reformas plebiscitarias propuestas el 10 de julio de 1919 consigna en efecto la declaración de que "las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad".

La N° 4007 completa aquella amplia aprobación así como la consiguiente indemnidad a favor de los funcionarios sujetos a enjuiciamiento; y al ordenar la suspensión inmediata de las gestiones forenses que tiendan a desvirtuar los efectos de las medidas en pro del orden, es obvio que sólo puede tener en mira las de coexistencia compatible con las prescripciones de la Constitución.

Si se refiriese a la actuación en defensa de la libertad del proscrito para su regreso a la patria, es obvio que de hecho mantendría —durante el período de paz interna— el atropello de un derecho de ejercicio así irrecuperable, o sea lo que ni aun en épocas de crisis intestina puede ordenar el Poder Legislativo, conforme al dogma de la intangibilidad de las garantías individuales —timbre de honra para quienes lo propusieron y aceptaron— inscrito en el proyecto de reformas plebiscitarias, aceptado por los pueblos y declarado por la Asamblea Constituyente.

No han incurrido en tan flagrante antinomia los legisladores que acordaron la mencionada ley N° 4007 del 4 de noviembre de 1919, a la vez que discutían acerca de las innovaciones de la Carta solamente promulgada en enero de 1920.

Si suscitara dudas la redacción en verdad deficiente de la dicha ley, daría margen al administrar justicia, a la observancia de lo dispuesto por el Código Civil en el art. IX de su título preliminar según cuyo texto debe interpretársela atendiendo al espíritu, a



otras disposiciones análogas y a los principios generales del derecho.

En tal emergencia, bastan para desvanecerlas no sólo las anteriores observaciones; sino principalmente los art. 30 y 35 transcritos, según cuyo texto figura entre las garantías individuales la de no ser separado de la República sino a mérito de una ejecutoria, y la de no ser susceptibles de suspensión las mencionadas garantías, en caso alguno.

Cumple el fiscal con agregar que en la hipótesis de la inadmisibile contradicción, quedaría ésta desvirtuada, no a causa de la fecha posterior de la nueva constitución, sino por que, con arreglo a los principios de la ciencia jurídica, ésta es la *lex legum*.

A la indicada ley suprema, fundamental, se encuentran fatalmente subordinadas todas las demás, siempre secundarias.

Aun la soberanía del Congreso, para el ejercicio de sus funciones legislativa, está sujeta a sus preceptos cuyas reformas requiere la intervención de dos Legislaturas. La Corte Suprema no tiene, como en otras naciones, la facultad de observar las leyes anticonstitucionales, a fin de que sean materia de reconsideración.

Pero al ejercer jurisdicción en asuntos contenciosos, no puede menos de apreciar, lo mismo que los tribunales inferiores, el alcance infractorio de las declaraciones de la Carta que, si no explícitamente, en sus consecuencias lógicas, impusiere alguna ley común o de excepción nacida al calor sugiriente de la política; y en presencia del conflicto antinómico de legislación, ya que son inaplazables los fallos, como también lo estatuye el citado artículo IX del título preliminar del Código Civil, dar preferente aplicación al mandato primordial de aquellas declaraciones.

De allí que en la administración de justicia, carecen de aplicación en su punto de vicio ingénito, las leyes anticonstitucionales.

Luego, si la N° 4007 mantuviera, cual lo ha interpretado la Corte Superior de Lima, la suspensión de garantías individuales, estaría en flagrante desacuerdo con el art. 35 que en forma absoluta ampara las mencionadas garantías, o sea infringiría abiertamente lo prescrito en el 36 de la Constitución; y por lo tanto, neutralizada en el dicho punto írrito la fuerza de aquella, prevalecería la imperante institución que protege con égida inamovible la libertad de don Luis Pardo para su regreso al territorio nacional.

Prescribe la ley N° 2228 en su art. 7 que son aplicables a los recursos en defensa de las garantías contenidas en el título IV(hoy III) de la tantas veces invocada Constitución, las disposiciones de las de habeas corpus.

Ratifica el mandato el art. 353 del nuevo Código de procedimientos en materia criminal.

La gestión está por consiguiente bien interpuesta.

Su rechazo importa denegación de justicia.

Es posible que, por corresponder a un presunto conspirador, despierte hostil indignación el reconocimiento de su derecho conculcado.

Pero dentro de la atmósfera serena del solio forense, los jueces resuelven, prescindiendo de sinsabores o peligros, sin complacencias para los gobernantes ni sentimentalismos para los gobernados.

Bástales su tranquilidad de conciencia, y la satisfacción, inspirando siempre la íntima fe de todos en su rectitud austera, de conservar incólume el prestigio de la magistratura.



Cuanto a la instauración de la instrucción relativa al delito imputado a su cliente, el Dr. De la Jara Ureta la impetra para dejar a salvo la honra también garantizada por el art. 21 del Carta, porque, según lo asevera, tal imputación es calumniosa.

Para el procedimiento por calumnia, dispone el art. 288 del citado código novísimo procesal, es indispensable la querrela de la parte agraviada, ante el Juez Instructor; y por lo tanto, esa solicitud es inadmisibles ante la Corte Superior.

Cabría considerar aquella imputación referente a un abortado movimiento revolucionario, para la acción penal pública de oficio, conforme al art. 2 del mismo libro. Pero la denuncia no se encuentra formalizada, ni posee datos el Ministerio Fiscal para iniciar esa acción.

El pedimento en su parte última es en consecuencia también inadmisibles, con tanta mayor razón cuanto que no encuadra dentro del concepto característico de la institución del hábeas corpus.

En resumen, el Fiscal dice que puede la Suprema Corte revocar la resolución denegatoria apelada tan sólo en lo que a la primera parte del recurso concierne, y declarar que legalmente han cesado los efectos de la deportación de don Luis Pardo, quien en consecuencia tiene el derecho de residir en la república, mientras no resuelva en contrario una ejecutoria judicial.

Lima, a 12 de marzo de 1920.

SEOANE

Lima, 26 de agosto de 1920

Visto de conformidad con el dictamen del señor fiscal cuyos fundamentos se

reproducen: declararon haber nulidad en el auto superior de fojas 19 su fecha 29 de enero último en la parte que declara sin lugar la solicitud de fojas 16 del doctor Ernesto De La Jara y Ureta, en nombre de don Luis Pardo, a fin de que se le ampare en el goce de la garantía constitucional de residir en el territorio de la República, reformándolo, depuesto por el mencionado don Luis Pardo, quien tiene el derecho de residir en el territorio nacional mientras de él no sea privado por ejecutoria judicial que tal pena le impone, declararon no haber nulidad en el ya citado auto recurrido en lo demás que contiene y los devolvieron.

ALMENARA- PÉREZ-VALCÁRCEL-CORREA Y VEVAN-MORÁN

b. Fallo del Tribunal contra el recurso de J. L. Bustamante y el voto de Domingo García Rada ¹⁵⁵

Lima, veinticinco de Noviembre de mil novecientos cincuenticinco. AUTOS Y VISTOS: y Considerando que el Recurso de hábeas corpus, interpuesto por el doctor Luis Bedoya Reyes, Apoderado del doctor José Luis Bustamante y Rivero, se funda en el hecho de que el Gobierno Peruano se niega a autorizar el ingreso del recurrente al país, lo que entraña una violación de los artículos sesentisiete y sesentiocho de la Constitución del Estado; que frente a esa afirmación, el señor Ministro de Gobierno ha manifestado que no se permite el ingreso del doctor Bustamante como una medida preventiva necesaria para garantizar la tranquilidad social y evitar la consumación de otros delitos, invocando como antecedente que justifica esa medida la propia conducta del doctor Bustamante y Rivero al haber publicado un Mensaje en el que atacaba al Gobierno legalmente constituido haciendo declaraciones dañosas al prestigio



del País, y al reclamar, mediante el hábeas corpus, la imperativa concesión de un permiso que aún no le había sido denegado; que planteado así el problema, corresponde al juzgador examinar si la medida tomada al impedir el ingreso al País del doctor Bustamante por tiempo indefinido, y como medio de prevenir una nueva alteración del orden público está comprendida dentro del artículo treintiuno de la Ley oncemil cuarentinueve, o sobrepasa los alcances de esta disposición; que conforme al artículo treintiuno de la Ley oncemil cuarentinueve: "Para los fines de esta Ley y por la conveniencia de prevenir la consumación de los delitos de que trata, queda facultado el Ministerio de Gobierno para adoptar las medidas preventivas que crea necesarias a fin de garantizar la tranquilidad política y social de la República", que de acuerdo con esa facultad y no obstante el carácter especial y restrictivo de la Ley, se confiere al Ministerio de Gobierno una facultad amplia para aplicar, sin determinación ni especificación alguna, las medidas que según su criterio y la gravedad de la situación juzgue necesarias para los fines que la Ley contempla; que, dado el carácter penal de la Ley once mil cuarentinueve, puede considerarse que el derecho a entrar y salir del País, amparado por el artículo sesentisiete de la Constitución, es susceptible de una limitación preventiva, ya que esa ley restringe, mientras dura su vigencia, los derechos que la garantía constitucional consagra; que, en cuanto al artículo sesentiocho de la Constitución, no es de aplicación a este caso, porque la medida adoptada constituye una limitación al derecho que protege el artículo sesentisiete, pero no la imposición de la expatriación, como pena sin juicio previo; que, ante estas disposiciones legales, amplias y terminantes, no estando el Tribunal facultado para derogar leyes vigentes ni para discutir la constitucionalidad de sus disposiciones, tienen la obligación ineludible de aplicarlas; que, en

estas circunstancias, siendo el recurso de hábeas corpus, un medio destinado a sancionar el imperio de la Ley, cuando esta ha sido violada, no puede ser admitido para desautorizar actos practicados con las facultades que la misma ley establece; por estas consideraciones POR MAYORÍA DE VOTOS, declararon IMPROCEDENTE EL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS, interpuesto a favor del doctor José Luis Bustamante y Rivero; y mandaron archivar definitivamente este cuaderno.-

Firma de los señores Vocales García Rada, Santa Gadea Arana y Pagador Blondet.
(Fdo.) Francisco Ayala Noriega. Secretario

Voto singular del Señor Vocal Doctor

Domingo García Rada: Es como sigue: Certifico: Que el voto del señor Vocal, doctor García Rada es como sigue: CONSIDERANDO: Que el recurso de hábeas corpus es una institución reconocida en el Derecho Universal y se encuentra considerada en el artículo sesenta y nueve de la Constitución Nacional y en el Título Noveno del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Penales, como el medio legal concedido para hacer cesar las violaciones de los derechos esenciales de la persona humana; que los casos especiales en que no procede el uso de este Recurso, están expresamente señalados por la Ley de Seguridad Interior de la República, ley de excepción al Derecho Común peruano y que, como tal, debe ser aplicado en forma restringida, es decir, solamente cuando de manera indubitable el hecho controvertido se encuentre dentro de la esfera de su ordenamiento; que el artículo sesentisiete de la Constitución del estado garantiza el derecho de entrar, transitar y salir del territorio de la República.

En consecuencia es del caso examinar si el doctor Bustamante y Rivero a cuyo favor se interpone el presente recurso de hábeas corpus se encuentra amparado por la



Constitución del Estado o se halla comprendido dentro de las situaciones que contempla la ley de Seguridad Interior de la República, examinando la ley once mil cuarentinueve aparece lo siguiente: que el artículo 31° concede amplias facultades al Ministerio de Gobierno y Policía para prevenir la comisión de los delitos contemplados en los artículos primero y segundo, para cuyo juzgamiento crea organismos judiciales, que constituyen fuero privativo, y establece un procedimiento especial que es material del capítulo quinto. De lo anterior resulta, que el conocimiento y el juzgamiento de los delitos contra la seguridad y tranquilidad de la República y contra la Organización y Paz interna de la República corresponden a un fuero privativo, cuya existencia autoriza la Constitución en el artículo doscientos veintinueve.

Pero para estar sometido a fuero privativo se requiere proceso y habiendo declarado el señor Ministro de Gobierno que el doctor Bustamante y Rivero no se encuentra procesado es del caso deducir, que faltando el emplazamiento ante la autoridad respectiva el referido doctor Bustamante no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la Ley especial denominada de seguridad interior de la República: Aunque el mismo artículo treintiuno autoriza al Ministerio de Gobierno, a dictar las medidas que crea oportunas a fin de prevenir la realización de hechos delictuosos, como el señor Ministro de Gobierno sostiene que el doctor Bustamante al publicar su mensaje ha cometido el delito previsto en el inciso B del artículo primero la ley es inoperante ya que aplicar medidas preventivas puesto que, según esa afirmación se trata de delito consumado en lo que no hay nada que prevenir.

Por consiguiente, no habiendo sido enjuiciado el doctor Bustamante por ese hecho no puede considerársele incurso

dentro de los preceptos que contiene la ley oncemil cuarentinueve.

No estando comprendido el caso *sub-júdice*, dentro de los alcances precisos de la Ley Especial de Seguridad Interior de la República, debe entenderse que los preceptos constitucionales que garantizan el derecho al libre tránsito en el territorio de la República tienen pleno vigor.

Por estas consideraciones: MI VOTO es por que se declare FUNDADO EL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS, interpuesto a fojas once, por el doctor Luis Bedoya Reyes, procediéndose en la forma de Ley.- (Fdo.) Francisco Ayala Noriega.- SECRETARIO.-

c. Fallo de la Corte Suprema que deniega el hábeas corpus a J. L. Bustamante ¹⁵⁶

Causa N° 1038-55

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, siete de enero de mil novecientos cincuentiséis.

Visto; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal; y considerando; que la resolución judicial que se pronuncie en el recurso de hábeas corpus, planteado a nombre del doctor José Luis Bustamante y Rivero, con motivos de haberse negado la visa de su pasaporte para ingresar al país, tiene que definir como cuestión sustancial, si la ley número oncemil cuarentinueve, llamada Ley de Seguridad Interior de la República, en que se justifica dicha negativa, es una ley inconstitucional, por violar el artículo sesentisiete de la Constitución del Estado, y si el Poder Judicial tiene la facultad necesaria para formular tal declaración, anulando la



vigencia de la mencionada ley; que, por tanto, procede dilucidar primero, si existe el invocado conflicto de leyes, en que se fundamenta el hábeas corpus y que se pretende encontrar entre el artículo sesentisiete de la Constitución del Estado, que declara libre el derecho de entrar, transitar y salir del territorio de la República, y la ley número oncemil cuarentinueve en cuyo artículo treintiuno, se apoya el Poder Ejecutivo para negar la visa del pasaporte del recurrente, medida en la cual incide expresamente el presente hábeas corpus, sin hacer referencia a que se haya impuesto pena de extrañamiento, dictada en aplicación de la misma ley; que el referido artículo sesentisiete de la Constitución que garantiza el libre ingreso al territorio nacional, lo hace según su propio texto "... con las limitaciones que establezcan las leyes penales, sanitarias y de extranjería", limitación expresa que admite por norma de la misma Constitución, la coexistencia legal del mencionado precepto sesentisiete con la ley oncemil cuarentinueve, que es de orden penal, porque define los llamados delitos político-sociales, porque fija las penas correspondientes, y porque establece los Tribunales y personas a quienes compete su aplicación, facultando, por su mencionado artículo treintiuno, al Ministerio de Gobierno, con el fin de prevenir la consumación de los delitos de que se trata "a adoptar las disposiciones preventivas que crea conveniente, a fin de garantizar la tranquilidad política y social y la organización y paz interna de la República", que la mencionada ley, que fue sancionada por el Congreso de la República, está vigente y como tal de pleno derecho, con eficacia legal incontestable, vigencia que ha sido reconocida recientemente, tanto por distintos sectores políticos, como por ambas ramas del Parlamento, al reclamar su derogatoria por otra ley o al presentar diversas iniciativas con este fin, o con el de modificar algunas de sus disposiciones; que el artículo veintidós del Título Preliminar del

Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas controversias cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición legal posterior haya extendido su aplicación a otros órdenes del campo jurídico en que aquel actúa como sujeto de derecho público; que para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca en precepto de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa; que nuestra Constitución Política crea y organiza los Poderes Públicos, señala sus atribuciones y delimita su funcionamiento, con el fin de que, actuando cada cual dentro de su propia órbita, concurren a realizar los fines superiores del Estado, estructura en la que no se consagra la facultad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una ley, que es la forma más amplia de participar en la función legislativa, la que, en cuanto a este Poder se refiere, está restringida por el artículo ciento veinticuatro de la Constitución, a la iniciativa de sus miembros en materia judicial ejercitada por intermedio de la Corte Suprema: Declararon NO HABER NULIDAD en la resolución recurrida de fojas treinta, su fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenticinco, que declara IMPROCEDENTE el recurso de Hábeas Corpus interpuesto a favor del doctor José Luis Bustamante y Rivero; y manda archivar definitivamente el expediente; y los devolvieron SAYÁN ÁLVAREZ.- LENGUA.- TELLO VÉLEZ.- PONCE SOBREVILLA.- GAZATS.- Se publicó conforme a ley. Walter Ortiz Acha.- Secretario.-



d. Sentencia de la Jueza Antonia Saquicuray que declara inaplicable el artículo primero de la Ley n° 26479, denominada "Ley de amnistía"

DÉCIMO SEXTO JUZGADO PENAL DE LIMA EXP. N° 93-95

AUTOS Y VISTOS: de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Provincial y con el recurso presentado por la parte civil; teniendo a la vista la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve, que concede la Amnistía a Personal Policial, Militar y Civil para diversos casos dictados por el Congreso Constituyente Democrático, y promulgado por el señor Presidente de la República, con fecha catorce de junio de mil novecientos noventaicinco, y publicada en el Diario Oficial El Peruano el jueves quince del mes y año en curso, cuyo ejemplar precede la resolución; y ATENDIENDO: que, esta judicatura en virtud del artículo séptimo de dicha ley, que indica que su vigencia se producirá al día siguiente de su publicación, es decir, el día de hoy, dieciséis de los corrientes, por lo que encontrándose en giro la instrucción signada con el número noventitrés guión noventaicinco seguida contra Julio Salazar Monroe, Santiago Martin Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goicochea por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud – Asesinato y otros; la Juez que suscribe debe proceder a emitir el pronunciamiento correspondiente con relación a la aplicación de dicha ley; que en el presente caso se tiene que el artículo primero de la ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve, concede Amnistía General al personal militar, policial y civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes o militares en los fueros común o privativo militar por todos los hechos derivados y originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido

cometidos en forma individual, o en grupo desde mayo de mil novecientos ochenta hasta la fecha de la promulgación de la presente ley; que, de las investigaciones preliminares efectuadas a nivel policial y con la participación del Ministerio Público, así como de las publicaciones de los medios periodísticos *La República*, revistas *Si y Caretas* y de las declaraciones del suboficial de primera José Bazán Adrianzén y del coronel del Ejército Peruano Robles Espinoza se desprende la existencia de indicios razonables que los hechos denunciados habrían sido efectuados por personal del Servicio de Inteligencia del Ejército quienes habrían desarrollado una estrategia propia de la lucha contra la subversión terrorista y aplicada el día tres de noviembre de mil novecientos noventauno, por lo que, por resolución de fecha dieciocho de abril del año en curso, la judicatura a mi cargo procedió a aperturar instrucción. Que, conforme a la Constitución Política del Estado en su artículo primero señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; que seguidamente, en el inciso primero del artículo segundo del propio texto se consagra que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, en tal sentido nuestro texto constitucional garantiza, con estas dos primeras disposiciones el reconocimiento, entre otros, a los principales derechos de la persona y al sitial que le corresponde dentro de la estructura del Estado —es consecuencia fin y no medio—, en tal sentido el Estado está en la obligación de asegurarle jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos que le asiste por su propia naturaleza y que la misma Constitución le reconoce; tanto más que al respecto ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, los mismos que



forman parte del derecho nacional, conforme el numeral cincuenticinco del mismo cuerpo de leyes, normas que al versar sobre derechos y libertades se interpretan de conformidad con la citada Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados ya nombrados, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, normas que constituyen mandato imperativo; que, atendiendo a la aplicación de la ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada es necesario advertir que esta resulta incompatible con las Normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero de la Convención Americana se establece que los Estados partes —entre ellos el Perú— tienen la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos y de castigar a los responsables, principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que se contravienen con el citado dispositivo legal al desconocer derechos que el propio texto constitucional consagra —como el citado al inicio del presente considerando—, cual es la defensa de la persona humana, es además violatorio del inciso tercero del artículo ciento treintinueve de nuestra Carta Política que consagra como garantía de la función jurisdiccional nacional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, garantía constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo, inciso primero y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona, en consecuencia el dispositivo legal In Comendo, al suprimir la protección judicial de estos derechos fundamentales viola las normas constitucionales y las glosadas, que, en tal sentido estando a que

la función se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes como reza el artículo ciento treintiocho de la Constitución y que en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces preferirán la primera, como se anota en el segundo párrafo de dicho numeral, encontrándose en su función sólo sujeta a la Constitución y a la ley como contempla el artículo ciento cuarentiséis inciso primero del mismo cuerpo de leyes, concordante con el numeral decimocuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por todo lo expuesto la Juez que suscribe resuelve DECLARAR INAPLICABLE el artículo primero de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve al proceso seguido contra Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goicochea por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud —Asesinato y Lesiones Graves— en agravio de los occisos Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Astovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Filomeno León León, Odar Mender Sifuentes Núñez, Teobaldo Ríos Lira, Máximo León León, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Lucio Quispe Huanaco, Manuel Isaías Pérez, Benedicta Llanche Churri, Plasentina Marcela Cumbipuma Aguirre, Nely Mará Rubina Arquíñigo, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Javier Díaz Borja y de los lesionados Natividad Condorcahuana Chicana, Felipe León León, Tomas Livias Ortega, Alfonso Rodas Alvitres; que, siendo así, prosígase con la tramitación del presente proceso y estése a lo dispuesto en la resolución de fecha veintinueve de mayo, OFICIÁNDOSE Y NOTIFICÁNDOSE las partes intervinientes de la relación procesal, conforme a ley, con citación.

Firmado: Antonia Saquicuray Sánchez – Juez Penal

José Camacho Paredes – Secretario



e. Sentencia en el caso Marbury contra Madison, según proyecto del Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall

En la sesión anterior, con vista de promociones que fueron presentadas al Secretario y leídas por él, se dictó un acuerdo en este caso, requiriendo al Secretario de Estado para que expresara las razones por las cuales no procede una orden de *mandamus*, que le ordenara a entregar a William Marbury su nombramiento como juez de paz al Condado de Washington en el Distrito de Columbia.

Ninguna razón ha sido expresada, y la promoción bajo consideración es una petición de *mandamus*. Lo muy delicado del presente caso, la novedad de algunas de sus circunstancias y la verdadera dificultad que rodea a los puntos que en él se sostienen requiere una exposición completa de los principios sobre los cuales se basa esta sentencia de la Corte.

Estos principios han sido muy hábilmente expuestos en estrados por el peticionario. Al expresar la Corte su parecer, habrá algunos cambios de forma, aunque no de fondo, de los puntos señalados en dicha exposición.

En el orden en que esta Corte ha estudiado el caso, las siguientes cuestiones han sido consideradas y resueltas:

- 1º- ¿Tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?
- 2º- Si tiene tal derecho y ese derecho le ha sido negado ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?
- 3º- Si le ofrecen tal remedio, ¿ese remedio es un *mandamus* que expida esta Corte?

El primer objeto de nuestro estudio es: ¿tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?

Su derecho emana de una ley del Congreso expedida en febrero de 1801, con relación al Distrito de Columbia.

Después de dividir al Distrito en dos Condados, el artículo 11 de esta ley ordena que "se nombrarán dentro de cada Condado, un número de personas de discreción, para que sean jueces de paz, número que deberá ser fijado de vez en cuando por el Presidente de los Estados Unidos, según él estime útil, y quienes han de permanecer en sus puestos por un período de cinco años".

Aparece de las declaraciones juramentadas, que en cumplimiento de esta ley, se firmó, por John Adams, entonces Presidente de los Estados Unidos, el nombramiento en favor de William Marbury como juez de paz para el Condado de Washington, después de lo cual se fijó a dicho nombramiento el sello de los Estados Unidos, pero tal nombramiento nunca se entregó a la persona en favor de quien fue expedido.

Para dictaminar si tiene derecho a este documento, es necesario averiguar si verdaderamente ha sido nombrado para el puesto. Pues si se considera nombrado, la ley ordena que siga en funciones durante cinco años y tiene derecho a poseer las pruebas de su derecho al puesto, las cuales, desde que quedan perfeccionadas, se convierten en bienes de su propiedad.

La fracción N del artículo 21º de la Constitución, declara que "El Presidente postulará, y previo consejo y consentimiento del Senado, nombrará Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules y todos los demás empleados de los Estados Unidos, cuyos nombramientos no estén sujetos a reglas especiales".



La fracción M ordena que el Presidente "extenderá los nombramientos de todos los empleados de los Estados Unidos".

Una ley del Congreso ordena al Secretario de Estado que "guarde el sello de los Estados Unidos; que redacte, registre y fije dicho sello a todos los nombramientos de empleados de los Estados Unidos, que sean nombrados por el Presidente con consentimiento del Senado o por el Presidente solo; estipulándose que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento antes de que éste no haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos".

Estos son los preceptos de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos que afectan a este aspecto del asunto. Aparentemente prevén tres actos distintos:

- 1º- La postulación. Este es un acto exclusivo del Presidente y completamente voluntario para él.
- 2º- El nombramiento. Este también es acto del Presidente y también es acto de su voluntad, pero no puede ejecutarse sin el consejo y consentimiento del Senado.
- 3º- El nombramiento escrito. El extender un nombramiento escrito a la persona nombrada podría, quizás, estimarse como una obligación impuesta por la Constitución. "Deberá —dice dicha Ley— extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos".

Este acto de nombrar a un puesto y de extender el nombramiento a la persona nombrada, no puede considerarse como un sólo acto; pues la potestad para ejecutarlos se da en dos preceptos distintos de la Constitución. La distinción entre el nombramiento y el documento que lo acredita, se hace más clara al estudiar las palabras de

la fracción N del artículo 21º de la Constitución, que autorizan al Congreso "para otorgar mediante leyes, el derecho de nombrar a los empleados inferiores que juzgue conveniente, en manos del Presidente, de los Tribunales y de los jefes de Departamento"; así previendo los casos en que la ley puede ordenar al Presidente que expida el nombramiento de un empleado nombrado por los tribunales o por los jefes de departamento. En tales casos, el expedir el nombramiento es patentemente un deber distinto del acto de nombrar, cuya ejecución quizás no podría ser legalmente exigible.

Aunque la cláusula de la Constitución que ordena al Presidente a extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos nunca haya sido aplicada a empleados nombrados por personas otras que el Presidente mismo, sin embargo sería muy difícil negar al Poder Legislativo el derecho de imponer tal obligación. En consecuencia, la distinción constitucional entre el nombramiento de un puesto y el documento que acredita que un empleado ha sido nombrado, sigue existiendo como si en la práctica el Presidente hubiera extendido los nombramientos a empleados nombrados por una autoridad distinta que la suya propia.

Es consecuencia también de la existencia de esta distinción, que si un nombramiento ha de ser comprobado por un documento público distinto del expedido por el Presidente, el otorgamiento mismo de ese documento daría su carácter de tal al funcionario; y si éste no fuere de los que el Presidente puede remover libremente, tal documento le daría derecho a su nombramiento escrito o lo habilitaría para desempeñar sus funciones aún sin él.

Estas observaciones se hacen únicamente con el objeto de hacer más inteligibles las consideraciones que son más directamente aplicables al caso particular bajo consideración.



Este es un nombramiento hecho por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado y no está comprobado por ningún otro documento que aquél en que se hace constar el nombramiento mismo. En tal caso se ve que el nombramiento por escrito y el acto de nombrar, aparecen inseparables; siendo casi imposible comprobar el hecho del nombramiento en forma distinta que mediante la comprobación de la existencia del nombramiento escrito. Sin embargo, el nombramiento escrito no es el nombramiento mismo, aunque es prueba plena de él. Pero, ¿en qué momento llega a constituirse esta prueba plena? La contestación a esta pregunta aparece patente. El acto mismo del nombramiento, siendo un acto del Presidente, queda plenamente comprobado cuando se demuestra que ha hecho todo aquello que debió haber sido ejecutado por él.

El último acto que debería hacer el Presidente es la firma del consentimiento escrito. Entonces es cuando ya ha obrado bajo el consejo y con el consentimiento del Senado después de la postulación.

El momento de deliberación ha pasado. El Presidente ya ha decidido. Su juicio, una vez que el consejo y el consentimiento del Senado han aprobado a su candidato, ha sido rendido y el empleado ya está nombrado. Este nombramiento queda patentizado por un acto abierto e inequívoco, y siendo este el último acto que se requiere de la persona que hace el nombramiento, necesariamente excluye la idea de que dicho nombramiento sea un negocio aún no terminado.

Tiene que haber un punto en el tiempo, que marque el momento en que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio, cesa. Este momento tiene que ser aquel en que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado

cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito. Esta idea parece haber prevalecido en el Congreso, cuando aprobó el decreto que convirtió al Departamento de Asuntos Exteriores, en Departamento de Estado. Mediante ese decreto, se estableció que el Secretario de Estado guardará el sello de los Estados Unidos, "y redactará y registrará y fijará dicho sello a todos los nombramientos de empleados civiles de los Estados Unidos nombrados por el Presidente"; "Se ordena que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento, antes de que éste haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos; ni se fijará en ningún otro instrumento o documento sin una orden expresa del Presidente para ello".

La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté completo. Da fe, por un acto que se supone que es de notoriedad pública, de la autenticidad de la firma presidencial.

Nunca deberá ser fijado a un nombramiento que no esté firmado, porque la firma que da fuerza y efecto legal al nombramiento escrito, es la prueba contundente de que el nombramiento ha sido hecho.

La obligación inmediata del Secretario de Estado queda fijada por la ley y no puede ser derogada por el arbitrio del Presidente. El Secretario debe fijar el sello de los Estados Unidos al nombramiento escrito y lo debe registrar. Este no es un procedimiento que pueda variarse a juicio del ejecutivo, sino que es un acontecimiento preciso, establecido por la ley en forma indubitable y que debe ser cumplido estrictamente. Es deber del Secretario de Estado, ajustarse a la ley y a este respecto es un empleado de los Estados Unidos obligado a obedecer a las leyes. Obra, en este respecto, como muy propiamente se ha dicho en los estrados,



bajo la autoridad de la ley y no por instrucciones del Presidente. Este es un acto ministerial que la ley ordena a determinado funcionario público, con una finalidad determinada.

Si se supusiera que la solemnidad de la fijación del sello es necesaria no sólo para la validez del nombramiento escrito, sino para completar el hecho del nombramiento mismo, aun entonces, cuando el sello se fija, el nombramiento está hecho y el nombramiento escrito es válido. Ninguna otra solemnidad se requiere por la ley; ningún otro acto debe ser ejecutado por parte del Gobierno. Todo lo que el Ejecutivo puede hacer, para investir a la persona con su puesto, ha sido hecho. Y si para entonces no ha quedado perfecto el nombramiento, nunca podrá llegar el Ejecutivo a nombrar a nadie.

Después de una búsqueda minuciosa de principios sobre los cuales se podría basar una opinión en contrario, no se ha encontrado ninguno que aparezca de suficiente validez para sostener una doctrina opuesta.

Todos aquellos que la imaginación de la Corte pudo sugerir, han sido examinados puntualmente y después de permitirles todo el peso que aparece posible darles, no han logrado alterar la opinión formada.

Al considerar esta cuestión se ha hecho la conjetura de que el nombramiento escrito puede asemejarse a un título de propiedad raíz, para la validez del cual el acto de entrega es esencial. (Principio del *Common Law*). Esta idea se funda en la suposición de que el nombramiento escrito no es únicamente prueba de la existencia del nombramiento, sino que es, en sí mismo, el nombramiento mismo; una suposición que no es del todo incuestionable. Pero para examinar esta objeción equitativamente, concedámos que el principio en que se basa para sostenerla ha quedado establecido.

Ya que el nombramiento, según la Constitución, ha de ser hecho por el Presidente, personalmente, entonces la entrega de la escritura de nombramiento, si ésta es necesaria para que el nombramiento quede completo, también tiene que ser hecha por el Presidente. No es necesario que la entrega del documento se haga personalmente al nombrado para el puesto; nunca se hace así. La ley, al parecer, supone que la entrega se hará al Secretario de Estado, pues ordena a éste que fije el sello al nombramiento escrito después de que ha sido firmado por el Presidente. Si, pues, el acto de entrega es necesario para darle validez al nombramiento escrito, éste ha sido entregado cuando se ha firmado y se ha entregado al Secretario para su sello, registro y envío a la persona interesada.

Pero en todos los casos la ley requiere ciertas solemnidades que son prueba de la validez del instrumento. Una entrega formal a la persona no está entre tales solemnidades. En el caso de nombramientos, la firma autógrafa del Presidente y el sello de los Estados Unidos, constituyen esas solemnidades. La objeción bajo estudio, no afecta, pues, al caso.

También se nos ha ocurrido como posible, aunque muy poco probable, que la entrega del nombramiento escrito y la aceptación del mismo, puede estimarse necesaria para completar los derechos del actor en este caso.

La entrega del nombramiento escrito es una práctica derivada de la conveniencia, mas no fundada en ley. No puede, pues, ser parte esencial del nombramiento, el cual tiene que ser su antecedente y es un acto exclusivo del Presidente. Si el Ejecutivo insiste en que toda persona nombrada para un puesto público, tuviere que gestionar la expedición de su nombramiento escrito, el nombramiento no dejaría de ser válido por esa razón. El nombramiento es un acto



exclusivo del Presidente; la entrega del nombramiento escrito es un acto de aquel empleado a quien dicha obligación ha sido asignada y puede ser acelerada o retardada por circunstancias que no pueden tener nada que ver con el nombramiento mismo. Un nombramiento escrito se le entrega a una persona que ya ha sido nombrada y nunca a una persona que puede llegar a ser nombrada o no, pues si el nombramiento escrito se depositara en el correo, podría llegarle o perderse.

Podría ser útil para la claridad de este punto, el preguntarse si la posesión del nombramiento escrito original, es indispensablemente necesaria para autorizar a una persona nombrada a un puesto público, para que ejecute las labores de su puesto. Si fuere necesaria, entonces la pérdida del nombramiento escrito equivaldría a pérdida de puesto. No sólo por negligencia, sino por accidente o por fraude, por incendio o por robo, se podría privar a una persona, de su puesto público. En un caso de esta naturaleza yo creo que no puede dudarse que una copia del registro expedida por el Secretario de Estado, sería desde cualquier punto de vista, igual al original. El decreto del Congreso lo estableció así expresamente. Para darle a esa copia validez, no sería necesario comprobar que el original había sido entregado y después perdido. La copia sería prueba de que el original había existido y de que el nombramiento se había hecho, pero no de que el nombramiento escrito original se hubiere entregado al nombrado. Aun mas si apareciese que el original se hubiere traspapelado en la oficina del Departamento de Estado, esa circunstancia no operaría sobre la validez de la copia. Cuando todos los requisitos que autorizan a un empleado registrador a registrar un documento de cualquier naturaleza, han sido cumplidos y cuando se ha expedido la orden con ese fin, el instrumento, de acuerdo con la ley, se considera como registrado, aun si la labor manual de su

inscripción en un libro que se guarda para ese efecto, no se hubiese hecho.

En el caso de nombramientos escritos, la ley ordena que el Secretario de Estado los registre. Así, pues, cuando quedan firmados y sellados, la orden de que se registre ya fue dada, o insértese o no en el libro, legalmente ha quedado hecho el registro.

Una copia de este registro se declara igual al original y los derechos que debe pagar la persona que solicita la copia, están fijados por la ley. ¿Puede acaso el encargado de un registro público, borrar de él un nombramiento que ha sido registrado? o ¿puede rehusar una copia a la persona que la pide, fundando su petición en ley? Una copia de esta naturaleza, al igual que el original autorizaría al juez de paz para proceder al cumplimiento de sus deberes, puesto que al igual que el original, daría fe de su nombramiento.

Si la transmisión del nombramiento escrito no se considera necesaria para darle validez al nombramiento, mucho menos puede considerarse la aceptación. El nombramiento es un acto exclusivo del Presidente; la aceptación es un acto exclusivo del empleado y el sentido común indica que tiene que ser posterior al documento. Como puede renunciar, puede rehusarse a aceptar, pero ni la renuncia ni el hecho de rehusarse a aceptar, son capaces de hacer inexistente el nombramiento.

Que el Gobierno entienda así las cosas, es aparente, por su conducta misma.

Un nombramiento escrito tiene fecha y el sueldo del empleado comienza desde el momento de su nombramiento, no desde el momento en que se le haga entrega o en el que él haya aceptado el nombramiento escrito. Cuando una persona nombrada para un puesto, se rehúsa a aceptarlo, se designa un sucesor en lugar de la persona



que se rehusó a aceptar y no en lugar de la persona que desempeñaba con anterioridad el puesto y que creó la vacante original.

Así pues, es decididamente la opinión de esta Corte que cuando un nombramiento escrito ha sido firmado por el Presidente, el nombramiento ha quedado perfeccionado; y que el nombramiento escrito es perfecto cuando el sello de los Estados Unidos queda fijado al documento por el Secretario de Estado.

Cuando un empleado puede ser removido al arbitrio del Ejecutivo el hecho de que su nombramiento quede perfeccionado no tiene importancia; pues el acto es revocable en cualquier tiempo; y el nombramiento escrito puede ser detenido si todavía está en la oficina. Pero cuando el empleado no es removible al arbitrio del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Ha conferido derechos legales que no pueden ser retirados. La discreción del Ejecutivo se ejercita hasta el momento en que se hace el nombramiento; pero una vez hecho el nombramiento, su poder con relación al puesto ha terminado en todos los casos en que, por ley, el empleado no es removible a su arbitrio. El derecho al puesto desde entonces, pertenece a la persona nombrada y él mantiene el poder absoluto e incondicional de aceptarlo o de rehusarlo.

El señor Marbury, pues, desde que su nombramiento fue firmado por el Presidente y sellado por el Secretario de Estado, quedó nombrado: y como la ley que creó el puesto, le da al empleado el derecho a permanecer en funciones durante cinco años, independientemente del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable, sino que dio derechos legales al empleado, que están protegidos por la ley de su país.

El retener su nombramiento escrito es, pues, un acto que esta Corte estima que no está fundado en ley, sino que es violatorio de derechos legales adquiridos.

Esto nos trae a la segunda pregunta que es: Si tiene tal derecho y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?

La quinta esencia de la libertad civil de seguro consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes siempre que recibe una injuria. Uno de los deberes primordiales del gobierno es el otorgarle tal protección. En la Gran Bretaña el Rey mismo es demandado en forma respetuosa de una petición, y nunca deja de cumplir con la sentencia del tribunal.

En el tomo III de sus *Comentarios*, pág. 23, Blackstone cita dos casos en que se da el recurso *ipso jure*.

"En todos los otros casos", dice, "es regla general e indisputable, que donde quiera que hay un derecho legal, también hay defensa de ese derecho mediante juicio o acción siempre que el derecho es invadido".

Y posteriormente, en la pág. 109 del mismo tomo, dice: "Entro en la consideración de cuáles son las injurias que dan acción ante los tribunales del *Common Law*. Y en esto, por lo pronto sólo apuntaré que toda clase de injurias posibles, que no caen dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos, militares o marítimos, quedan, por esa misma razón, dentro de la jurisdicción de los tribunales de justicia de *Common Law*, pues es un principio fijo e invariable de las leyes de Inglaterra, que todo derecho cuando se veja, tiene que tener un recurso y que toda injuria debe tener su remedio".

Al Gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado enfáticamente, un Gobierno de derecho y no un gobierno de hombres. Indudablemente dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran un remedio contra la violación de todo derecho legal adquirido.



Si este baldón ha de ser arrojado sobre la jurisprudencia de nuestra patria, tendría necesariamente que surgir de una característica peculiar del caso.

Nos es pues necesario indagar si en el caso a estudio hay algún ingrediente que dé motivo a eximirlo de que sea investigado judicialmente, o que prive a la parte dañada del remedio legal. Al perseguir esta investigación, la primera cuestión que se presenta es la de si este caso puede ser clasificado entre aquellos que caen bajo la descripción de *damnum absque injuria*, de un juicio sin violación de ley. Esta clase de casos nunca se ha considerado que incluya, y nunca podrá ser considerado que incluya puestos de confianza, de honra ni de provecho. El puesto de juez de paz en el Distrito de Columbia, es un puesto de esta naturaleza; es pues digno de la protección y de la vigilancia de las leyes. Ha recibido tal atención y vigilancia. Ha sido creado por una ley del Congreso y su desempeño ha sido asegurado, en tanto cuanto las leyes pueden dar seguridad a la persona nombrado para desempeñarlo, por un término de cinco años. No es pues por falta de valor de la cosa, que se persigue, que la persona injuriada en este caso, pueda decirse que queda sin recurso legal.

¿Estará en la naturaleza del acto la razón por la cual se puede negar el remedio? ¿Acaso el hecho de entregar o no entregar el nombramiento escrito, debe ser considerado como un acto de política que pertenezca exclusivamente al Ejecutivo y para el cumplimiento del cual plena confianza ha sido otorgada por nuestra Constitución en el Jefe del Ejecutivo? ¿Con relación a su incumplimiento el perjudicado no tiene recurso? Que existan casos de esta naturaleza, no está sujeto a dudas; pero que todo acto o deber que debe ser cumplido por cualquiera de los grandes Departamentos del Gobierno, está revestido de esta naturaleza, no puede ser admitido.

Conforme a la ley sobre inválidos, aprobada en julio de 1794 (Torno III, pág. 112) al Secretario de Guerra se le ordena que ponga en la lista de pensiones a todas las personas cuyos nombres se encuentran incluidos en una lista que con anterioridad fue presentada por dicho funcionario al Congreso.

Si se rehusare a cumplir ¿quedaría sin recurso el veterano mutilado? ¿Se va a sostener que cuando la ley en términos precisos ordena la ejecución de un acto en que un individuo está interesado, la misma ley es incapaz de asegurar la obediencia a su propio mandato? ¿Acaso se debe esto al puesto que desempeña la persona contra la cual se endereza la queja? ¿Se va a sostener que los jefes de Departamento quedan fuera de las leyes de su propio país? Cualquiera que haya sido la práctica en casos especiales, en teoría este principio nunca podrá ser sostenido. Ninguna ley del Congreso se confiere privilegio tan extraordinario ni podrá encontrarse su base en las doctrinas del *Common Law*. Después de afirmar que la injuria personal cometida por el Rey contra un sujeto se presume imposible, Blackstone (Tomo III Pág. 275), dice: "Pero las injurias a los derechos de propiedad es casi imposible que puedan ser cometidas por la Corona sin la intervención de sus funcionarios, con relación a quienes la ley, en materia de derecho no tienen ningún respeto ni delicadeza, sino que más bien al contrario, otorga varias medidas para esclarecer los errores y los incumplimientos de deberes de aquellas personas por conducto de las cuales el Rey ha sido engañado o inducido a cometer una injuria transitoria".

Por Ley aprobada en 1796, que autoriza la venta de los terrenos situados arriba de la desembocadura del Río Kentucky (Tomo III pág. 299), el comprador, mediante el pago del precio, adquiere pleno dominio sobre la propiedad comprada y con mostrarle al Secretario de Estado el recibo del Tesoro y



conseguida la certificación de aquél, según lo requiere la ley, se autoriza al Presidente de los Estados Unidos a que le extienda su título. Además se prevé que todos los títulos llevarán la contrafirma del Secretario de Estado y se registrarán en su oficina. Si el Secretario de Estado se negare a entregar este título, o si dicho título llegare a perderse, ¿el Secretario podría rehusarse a expedir una copia de él? ¿Puede imaginarse que la ley no da recurso a la parte perjudicada? No creemos que haya persona alguna que pudiera sostener tal absurdo. Se sigue, pues, que la cuestión de si la legalidad de un acto del titular de una Secretaría, puede ser motivo de controversia ante los tribunales o no, tiene que resolverse siempre según la naturaleza del acto. Si algunos actos pueden ser revisados por los tribunales y otros no, tiene que haber alguna regla de derecho que guíe al tribunal en el ejercicio de su jurisdicción. En algunos casos, puede haber dificultad al aplicar una regla al caso particular; pero no se crea que se tropieza con grandes dificultades para establecer la regla.

Según la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente queda investido con ciertos poderes políticos de importancia, en el ejercicio de los cuales ha de usar su propia discreción y sólo es responsable ante su pueblo en su carácter político y ante su propia conciencia. Para auxiliarle en el cumplimiento de estos deberes, se le ha autorizado que nombre ciertos funcionarios que obren bajo su autoridad y conforme a sus instrucciones.

En tales casos, los actos de ellos son actos de él, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el modo que se ha utilizado la discreción ejecutiva, no existe ni puede existir poder alguno que controle tal discreción. Los objetos de ella son políticos. Se refieren a la Nación, no a derechos individuales; y estando encargado de ellos el Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es

definitiva. La aplicación de lo anterior puede percibirse al referirlo a la ley del Congreso que establece el Departamento de Negocios Extranjeros. El titular, según quedaron establecidas sus obligaciones por dicha ley, tendrá que sujetarse en todo a la voluntad del Presidente. Es meramente el órgano mediante el cual dicha voluntad se hace patente. Los actos de dicho funcionario como tal, nunca pueden ser revisados por los tribunales. Pero cuando el Congreso impone al mismo funcionario otros deberes; cuando se le ordena perentoriamente la ejecución de ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de tales actos, ejercita en esos casos funciones establecidas por ley, y es responsable ante esa ley, de su conducta; y no puede a su arbitrio pisotear los derechos de otros. La conclusión del anterior razonamiento es que cuando los jefes de Departamento son agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo, meros ejecutores de la voluntad del Presidente o más bien personas que obran en los casos en que el Ejecutivo posee una discreción constitucional o legal, nada puede ser más claro que el que sus actos solo son revisables políticamente. Pero cuando la ley les fija un deber específico y hay derechos individuales dependientes del cumplimiento de ese deber, parece quedar igualmente claro que el individuo que se considera perjudicado, tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para remediar su situación.

Si tal es la regla, veamos cómo se aplica al caso que la Corte viene considerando.

La facultad de presentar candidatos al Senado y la facultad de nombrar a la persona aceptada, son poderes políticos, que se ejercitan por el Presidente, sujetos a su propia discreción. Cuando ha hecho el nombramiento, ha ejercitado todo su poder y su discreción ha quedado agotada en el caso. Si, de acuerdo con la ley, el funcionario puede ser removido al arbitrio presi-



dencial, entonces se puede hacer un nuevo nombramiento y los derechos de tal funcionario han cesado; pero como un hecho que ya ha existido no puede dejar de existir, el nombramiento no puede ser aniquilado y en consecuencia, si el funcionario no puede ser removido al arbitrio del Presidente, los derechos que ha adquirido quedan protegidos por la ley y no pueden ser reasumidos por el Presidente. No pueden ser extinguidos por la autoridad ejecutiva y el funcionario tiene el privilegio de hacerlos valer en forma idéntica que si los hubiera adquirido de cualquier otra fuente.

La cuestión de si un derecho ha quedado adquirido o no, es, por su naturaleza cuestión jurídica y tiene que quedar sometida a la autoridad judicial. Si por ejemplo, el Sr. Marbury hubiere tomado el juramento como magistrado y hubiera comenzado a desempeñar sus funciones, a consecuencia de las cuales se le hubiera demandado y su defensa consistiera en que realmente era magistrado, la validez de su nombramiento tendría que ser determinada por el tribunal ante quien se le demandara. Así, si él estima que, en virtud de su nombramiento, tiene derecho legal a que se le entregue el nombramiento escrito que ya ha sido firmado, o una copia de tal nombramiento escrito, ésta también es cuestión que puede examinar un tribunal y la decisión del tribunal sobre el punto, tiene que depender de la opinión del tribunal sobre la validez de su nombramiento. La cuestión de tal validez ya ha sido discutida y la opinión es que el momento más próximo en que se puede considerar que quedó perfeccionado el nombramiento, fue el momento en que, después de la firma del Presidente, el sello de los Estados Unidos quedó fijado al nombramiento escrito.

Es, por consiguiente, opinión de la Corte:

1º- Que al quedar firmado el nombramiento escrito del señor Marbury,

el Presidente de los Estados Unidos lo nombró juez de paz para el Condado de Washington en el Distrito de Columbia y que el sello de los Estados Unidos que se fijó a ese documento por el Secretario de Estado, hace prueba perfecta de la autenticidad de la firma y de que el nombramiento quedó hecho; y que dicho nombramiento le confiere el derecho legal al puesto por el término de cinco años.

2º- Que teniendo como tiene, título legal al puesto, tiene por consiguiente derecho a la tenencia de su nombramiento escrito; y que el rehusarse a entregárselo es una clara violación de tal derecho, contra la cual las leyes de su país le dan un remedio eficaz.

Réstanos considerar si tiene derecho al recurso que solicita. La solución de esto depende: primero, de la naturaleza del recurso que ha hecho valer; segundo, de los poderes de ese tribunal.

1º.- Naturaleza del recurso.

Blackstone, en el tercer tomo de sus *Comentarios* pág. 110, define al *mandamus* como un mandamiento que se expide a nombre del Rey por el Tribunal de la Banca del Rey y que se dirige a cualquier persona física o moral, a cualquier tribunal inferior dentro de los dominios del Rey, requiriéndoles a hacer una cosa cierta especificada en dicho mandamiento, que se refiera al desempeño de sus funciones u obligaciones, y que la Corte de la Banca del Rey ya ha determinado previamente que está de acuerdo con el derecho y con la justicia o cuando menos, que dicha Corte estima que lo está. Lord Mansfield, en el caso del Rey contra Baker y otros (3 Burrows Reports 1266), enumera con mucha precisión y exactitud, los casos en que el *mandamus* puede darse.



"En todos los casos —dice este muy hábil juez— en que existe derecho a la ejecución de una función, al otorgamiento de un servicio, al ejercicio de una franquicia (y más particularmente en materia que concierne al bien público o que aprovecha a particulares), y a una persona se le impide al ejercicio o se le desposee de tal derecho y no tiene un recurso legal específico, este tribunal debe remediar su situación por medio de *mandamus* por razones de justicia, según la propia redacción de la sentencia y por razones de orden público para conservar la paz, el orden y el buen gobierno".

En el mismo caso dice también: "El *mandamus* debe ser utilizado en todos los casos en que la ley no ha establecido un recurso específico y en que tanto en justicia como para el buen gobierno, debe haber un remedio".

Además de las autoridades que se citan, los abogados del quejoso citan muchas otras que vienen a indicar hasta qué punto la práctica se ha conformado con las doctrinas generales que acaban de citarse.

Este *mandamus*, si se otorga, sería dirigido a un funcionario del Gobierno y su mandamiento al tal funcionario, sería, para usar las palabras de Blackstone "que ejecute un acto cierto específico, que es de su competencia y su deber y que el tribunal ha determinado que es conforme al derecho y a la justicia".

O, en las palabras de Lord Mansfield el solicitante en este caso, tiene derecho a ejecutar actos que conciernen al bien público y se le ha negado el ejercicio de tal derecho. Las circunstancias anteriormente anotadas, seguramente que existen en el presente caso.

Sin embargo, para que el *mandamus* sea el recurso legal apropiado, el funcionario

contra el cual ha de expedirse, debe ser uno de aquellos contra quienes, de acuerdo con los principios de ley, tal *mandamus* puede ser expedido; y la persona que lo pide tendrá que estar privada de otro recurso legal.

Con relación al funcionario contra quien se dirigió, la relación política íntima que existe entre el Presidente de los Estados Unidos y los jefes de los Departamentos, necesariamente hace que la investigación judicial de los actos de cualquiera de estos altos funcionarios, sea tan molesta cuanto delicada y ha de surgir cierta vacilación con respecto de la propiedad de emprender tal investigación. A menudo se reciben impresiones sin gran reflexión o examen, y, no es de sorprender que en casos de esta naturaleza, lo aseverado por el individuo sobre sus reclamaciones ante un tribunal de justicia, con relación a las cuales pretende que es obligación del tribunal protegerlo, a primera vista se consideren, por algunas personas como una intención de inmiscuirse dentro del Gabinete y de mezclarse en las prerrogativas del Ejecutivo.

No necesita esta Corte declarar que nunca ha pretendido tener una jurisdicción de tal naturaleza. Una extravagancia tan excesiva, no podría ni siquiera ser considerada. La competencia de la Corte es sólo para decidir sobre derechos de los individuos y no el indicar la forma en que el Ejecutivo o los funcionarios del Ejecutivo deben cumplir con deberes en que tienen discreción. Las cuestiones que de su propia naturaleza son políticas o que por la Constitución o las leyes quedan sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ventilarse en esta Corte.

Pero si esta no es una cuestión de tal naturaleza; si lejos de ser una intromisión en los secretos del Gabinete, se relaciona con un documento que de acuerdo con la ley ya está registrado, y con la copia de dicho documento a la que la ley da derecho



mediante el pago de diez centésimos; si no se está inmiscuyendo en una materia sobre la cual se puede considerar que el Ejecutivo tenga control alguno, ¿en qué puede influir el muy alto puesto de funcionario para excluir al ciudadano de demandar ante una Corte de justicia, sus derechos legales y cómo puede prohibírsela a la Corte el escucharlo legalmente y el expedir un *mandamus* que ordene el cumplimiento de un deber que no depende de la discreción del Ejecutivo, sino de leyes expedidas por el Congreso y de los principios generales de derecho?

Si alguno de los Jefes de Departamento comete un acto legal —solapando dentro de su puesto—, por medio del cual a un individuo se le causa una injuria, no puede pretenderse que su puesto, por sí solo, lo exime de ser demandado dentro del procedimiento legal ordinario y de que pueda ser compelido a obedecer la sentencia de tribunal. Entonces, ¿cómo podrá su puesto eximirlo de que en esta misma forma se decida sobre la legalidad de su conducta, si el caso es uno en que si fuere cualquier otro individuo el demandado, el procedimiento sería el adecuado?

No es por el puesto de la persona contra quien se dirige un *mandamus*, sino por la naturaleza de la cosa, del acto que debe ejecutarse, que la propiedad o impropiiedad de su expedición debe determinarse. Cuando el Jefe de un Departamento obra en un caso en que la discreción ejecutiva debe ejercitarse, en que es meramente un órgano de la voluntad ejecutiva, volvemos a repetir que cualquier petición a un tribunal para que controle en cualquier forma su conducta, se rechazaría sin vacilación.

Pero cuando ordena la ley ejecutar cierto acto que se refiere a los derechos de los individuos, para el cumplimiento del cual no está sujeto a la discreción del Presidente y la ejecución del cual el Presidente no puede

prohibirle legalmente y, por lo tanto, nunca puede presumirse que se la haya prohibido, como por ejemplo, el registro de un nombramiento, de un título sobre tierras en el cual todas las solemnidades legales han sido cumplidas, o a la expedición de una copia del registro, en tales casos, no se ve sobre qué base pueda sostenerse que los tribunales del país quedan eximidos de su deber de dar sentencia ordenando que se respeten los derechos de individuo injuriado al igual que si se tratara de persona que no fuere titular de una Secretaría.

Parece que esta opinión no es la primera vez que se sostiene en este país.

Debe recordarse que en 1792 una ley que ordenaba al Secretario de Estado a poner en la lista de pensiones a los oficiales y soldados inválidos de quienes los Tribunales de Circuito le dieron cuenta, ley que en cuanto imponía esta obligación a los tribunales se consideró inconstitucional; pero algunos jueces, estimando que la ley podría ser cumplida por ellos en su carácter de comisionados, procedieron a actuar y a dar cuenta como tales.

La ley se consideró inconstitucional en los Tribunales de Circuito, fue abrogada y se estableció un sistema distinto; pero la cuestión de si las personas sobre las que ya habían dado cuenta los jueces, en su carácter de comisionados, tenían derecho, en virtud de la cuenta dada, a ser colocados en la lista de pensiones, era una cuestión legal que los tribunales tuvieron que decidir, aunque el acto de incluir a dichas personas en la lista, había de ser ejecutado por el titular de una Secretaría.

Para que esta cuestión quedara arreglada definitivamente, el Congreso otorgó una ley en febrero de 1793, estableciendo que era el deber del Secretario de Guerra, en unión del Procurador General de Justicia, tomar las medidas que se estimaren necesarias para



obtener sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, sobre la validez de los derechos que se reclamaban, conforme a la ley que se viene comentando. Aprobada esta ley, se pidió un *mandamus*, que debió dirigirse al Secretario de Guerra, ordenándole a colocar en la lista a una persona que se decía estar incluida en la lista de los jueces.

Hay, pues, mucha razón para estimar que esta manera de llegar a establecer el derecho legal del reclamante, fue estimada por el Secretario y por el funcionario legal más alto de los Estados Unidos, como la más apropiada al objeto.

Cuando el punto llegó a conocimiento de la Corte, la sentencia no fue en el sentido de que no procedía el *mandamus* contra el Secretario que le ordenara la ejecución de un acto ordenado por la ley, al cumplimiento del cual el individuo tenía un derecho adquirido, sino que no debería otorgarse un *mandamus*, en ese caso la decisión se basó en que la lista hecha por los comisionados no dio al reclamante un derecho legal.

La sentencia en este caso, se entiende que decidió en cuanto al fondo todas las reclamaciones de esa naturaleza, y las personas que habían sido incluidas en el informe de los comisionados encontraron necesario seguir el sistema prescrito por la nueva ley que abrogó a aquella que se había juzgado inconstitucional, para lograr su inclusión en la lista de pensiones.

Así, pues, la doctrina que aquí se establece no puede considerarse como una novedad. Es cierto que el *mandamus* que hoy se solicita no es para la ejecución de un acto expresamente mandado por una ley.

Es para que se entregue un nombramiento escrito, materia sobre la cual las leyes del Congreso permanecen en silencio. No se considera, sin embargo, que esta diferencia

afecte al caso. Ya se ha dicho que el peticionario tiene un derecho legal adquirido al nombramiento escrito, derecho del que no puede privarlo el Ejecutivo. Ha sido nombrado a un puesto del cual no es removible a voluntad del Ejecutivo y ya que ha sido nombrado tiene derecho al nombramiento escrito que el Secretario ha recibido del Presidente para uso del peticionario. La ley del Congreso, a decir verdad, no ordena al Secretario de Estado que envíe dicho nombramiento escrito a su titular legal, pero tal nombramiento se ha entregado en sus manos para la persona que tiene derecho él, y no puede ser retenido legalmente, ni por el Secretario ni por ninguna otra persona.

Se pensó en un principio que podría ser que la acción de *detinue* (acción real dada al legítimo dueño para recuperar bienes muebles ilegalmente retenidos por otros), era la acción procedente para lograr la entrega del nombramiento escrito al señor Marbury, y en ese caso, el *mandamus* no procedería. Pero la duda sobre este particular se ha esfumado ante la consideración de que la sentencia en juicio de *detinue*, condena a la entrega de la cosa o de su valor. El valor de un puesto público que no puede venderse, en forma alguna puede llegar a determinarse; y el peticionario o bien tiene derecho al puesto mismo o bien no tiene derecho a nada. Obtendrá el puesto mediante la obtención del nombramiento escrito o de una copia certificada de él.

El presente, pues, es un caso de *mandamus* bien para entregar el nombramiento escrito o una copia certificada de él; y lo único que queda por investigar, es: si el *mandamus* puede provenir de este tribunal.

La ley que establece los tribunales de los Estados Unidos, autoriza a la Suprema Corte "a expedir órdenes de *mandamus*, en los casos en que proceden, conforme a los principios y usos de la ley, contra cualquiera



de los tribunales existente, o contra las personas que desempeñan puestos públicos bajo la soberanía de los Estados Unidos".

El Secretario de Estado, siendo persona que desempeña un puesto bajo la soberanía de los Estados Unidos, queda exactamente dentro de la letra del precepto citado; y si este tribunal no está autorizado para expedir una orden de *mandamus*, contra dicho funcionario, tendrá que ser porque la ley citada es inconstitucional y, por lo tanto, absolutamente incapaz de conferir la autorización y asignar los deberes que sus palabras parecen conferir y asignar.

La Constitución depositó todo el poder judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en tales otros tribunales inferiores como el Congreso en cualquier tiempo ordene que se establezcan. Este poder expresamente se extiende a todos los asuntos que surjan por aplicación de las leyes de los Estados Unidos; y, en consecuencia, en alguna forma tiene que ser ejercitado sobre el presente caso; puesto que el derecho que se reclama ha nacido de una ley de los Estados Unidos.

Al distribuirse este poder, declara la Constitución que "la Suprema Corte tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a Embajadores, otros ministros públicos y Cónsules y aquellos en que un Estado sea parte. En todos los otros casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción apelada".

Se ha insistido en los alegatos que en vista de que el otorgamiento de jurisdicción a la Suprema Corte y a los tribunales inferiores, se hace en forma general, y que como la cláusula que asigna jurisdicción original a la Suprema Corte, no contiene palabras negativas ni restrictivas, el Poder Legislativo sigue con el poder de asignar jurisdicción original a dicha Corte en casos distintos de aquellos que se especifican en el artículo que ha sido

transcrito; con tal de que dichos casos pertenezcan al poder judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera tenido la intención de dejar a discreción del Legislativo, la división del poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores, de acuerdo con su propia voluntad, necesariamente hubiera sido inútil el hacer más que definir dicho poder judicial y enumerar los tribunales en los cuales se deposita. En este caso, lo que sigue del artículo citado, saldría de sobra, no tendría sentido alguno, si tal fuera la recta interpretación. Si el Congreso queda en libertad para dar a esta Constitución apelada en los casos en que la Constitución ha declarado que su jurisdicción debe ser original y darle jurisdicción original en los casos que la Constitución ha declarado que esta será apelada, la distribución de jurisdicción que hace la Constitución, es una forma sin subsistencia.

A menudo, las palabras afirmativas en su aplicación, resultan negativas de objetos distintos de aquellos que afirman. Y en este caso, un sentido negativo o excluyente, tiene que dárseles, para que no queden sin sentido.

No puede presumirse que la intención del constituyente haya sido de que parte alguna de la Constitución quede sin efecto, y, por lo tanto, una interpretación que lleve a este resultado, es inadmisibles, a menos que las palabras así lo requieran.

Si la solicitud de la Convención respecto a nuestra paz con las potencias extranjeras, la hubiera inducido a establecer una disposición para que la Suprema Corte tomara jurisdicción original en los casos en que se supone podrían verse afectadas, entonces el precepto se hubiera limitado a esos casos, si no se hubiera querido poner mayor restricción a las facultades del Congreso. Que tuviera la Corte jurisdicción



apelada en cualesquiera otros casos con las excepciones que el Congreso quisiera establecer, no es una restricción, a menos que las palabras se entendieran como excluyentes de la jurisdicción original.

Cuando una ley que organiza fundamentalmente un sistema judicial, lo divide entre una Suprema Corte y tantos tribunales inferiores como el Legislativo pueda ordenar o establecer, y procede a distribuir dicho poder hasta tal grado que define la jurisdicción de la Suprema Corte, mediante declaración de que tendrá jurisdicción original en algunos casos y que en otros tendrá jurisdicción apelada, el alcance claro de las palabras parece ser que en una clase de casos, su jurisdicción es original y no apelada; y que en la otra clase es apelada y no original. Y el hecho de que cualquiera otra interpretación haría vano al precepto, es una razón adicional para rechazar otra interpretación distinta y para avenirse al sentido obvio de las palabras.

Para que pueda, pues, esta Corte expedir un *mandamus* tiene que demostrarse que este acto sea en ejercicio de su jurisdicción apelada, o que sea necesario para que pudiera la Corte ejercitar tal jurisdicción apelada.

Se ha alegado que la jurisdicción apelada puede ejercitarse en varias formas y que si fuere la voluntad del legislador que para ejercitarla se utilizara del *mandamus*, dicha voluntad tendrá que ser obedecida. Esto es verdad; pero, sin embargo, la jurisdicción tiene que ser apelada y no original.

Es criterio esencial para definir la jurisdicción apelada, que revise y corrija los procedimientos en un litigio ya iniciado, y no la creación de tal litigio. Así, pues aunque un *mandamus* puede ser expedido contra tribunales, sin embargo, la expedición de un *mandamus* a un funcionario, para la entrega de un documento equivale a dar cabida a una acción original,

con relación a dicho documento y, por lo tanto parece que no pertenece a la jurisdicción apelada, sino a la original. Tampoco puede decirse que en este caso sea necesaria la expedición del *mandamus* para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción apelada.

Así pues, la autorización que se le da a la Suprema Corte mediante la ley que establece los tribunales judiciales de los Estados Unidos, a expedir *mandamus* a los funcionarios públicos, aparentemente no está basada en la Constitución; y surge la pregunta de si una jurisdicción conferida en tal forma puede ser ejercitada.

La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución, puede llegar a ser una ley válida, interesa profundamente a los Estados Unidos; pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario el tomar en cuenta ciertos principios ya por largo tiempo establecidos, para decidirla.

Que el pueblo tiene el derecho original para establecer para su futuro gobierno, los principios que en su opinión mejor logren su propia felicidad, es la base sobre la cual todo el sistema americano ha sido erigido, el ejercicio de ese derecho original, requiere un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. En consecuencia, los principios así establecidos, se estiman fundamentales. Y como la autoridad de los cuales emana es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes.

Esta voluntad original y suprema, organiza al Gobierno y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Puede marcarse un alto ahí o bien establecerse ciertos límites que no pueden ser propasados por ninguno de dichos departamentos.

El gobierno de los Estados Unidos encaja dentro de la última descripción. Los poderes



del Legislativo quedan definidos y limitados; y para que esos límites no puedan ni equivocarse ni olvidarse, fue escrita la Constitución. ¿Con qué objeto se consignan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobiernos de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equiparan. Este es un razonamiento demasiado obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la Constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común.

Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso, y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado Constituciones escritas, las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va implícita en una Constitución escrita y, en consecuencia, este tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse

de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

Si una ley del Legislativo, contraría a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? Esto equivaldría a desechar de hecho lo que ya ha sido establecido en teoría y a primera vista parecería una cosa tan absurda, que ni siquiera se prestara a discusión. Sin embargo, merecerá aquí ser estudiada con mayor atención.

Indudablemente, es de la competencia y del deber del poder judicial, el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable. Así, si una ley se opone a la Constitución; si tanto la Ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia del deber judicial.

Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Así, pues, aquellos que desechan el principio de que la Constitución tiene que ser considerada por los tribunales como la Ley Suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar



los ojos con relación a la Constitución y mirar únicamente a la ley ordinaria.

Esta doctrina daría por tierra con el fundamento mismo de toda Constitución escrita. Establecería que una ley que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno, es completamente nula, sin embargo, en la práctica es completamente obligatoria. Establecería que si el Legislativo hiciera aquello que le está expresamente prohibido, este acto, a pesar de la prohibición expresa, en la realidad de las cosas, produce efectos. Sería darle al Legislativo una omnipotencia práctica y real, al mismo tiempo que aparentemente se restringen sus poderes dentro de límites estrechos. Equivale a establecer límites y declarar al mismo tiempo que esos límites pueden ser traspasados a placer.

El hecho de que así se reduce a la nada lo que hemos estimado que es el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una Constitución escrita, sería suficiente en América donde las Constituciones escritas se han visto revestidas de tanto prestigio, para desechar tal interpretación; pero las expresiones peculiares a la Constitución de los Estados Unidos, dan argumentos adicionales en contra de su aceptación.

El poder judicial de los Estados Unidos, se extiende a todos los casos que surgen por aplicación de la Constitución.

¿Podría haber sido la intención de quienes dieron este poder, que al ejercitarlo, la Constitución no fuere tomada en cuenta? ¿Podría darse, que un caso que surgiera por aplicación de la Constitución, se decidiera sin examinar el instrumento que se trata de aplicar? Tal cosa es demasiado extravagante para que pudiera sostenerse.

En algunos casos, pues, los jueces tienen que examinar la Constitución y, si pueden

examinarla ¿podría haber alguna parte de ella que les estuviera prohibido leer y obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que servirían para ilustrar esta materia.

Se declara en ella, que "no se impondrá ningún impuesto ni derecho sobre ningún artículo exportado por ninguno de los Estados". Supongamos que se estableciera un derecho de exportación sobre el algodón, el tabaco o la harina y que iniciara un juicio para recuperar lo pagado, ¿podría dictarse sentencia en un caso de esa naturaleza? ¿O deberían cerrar los ojos los jueces con relación a la Constitución y sólo ver a la ley que estableció el impuesto?

La Constitución declara que "ningún bill of attainder ni ley ex post facto podrá ser dictada". (El *bill of attainder* es un decreto común al Parlamento inglés hasta el siglo XIX, conforme al cual se declaraba a una persona reo de determinado delito y se establecía la pena que debería sufrir).

En el caso de que fuera aprobado un *bill of attainder* y, se castigare a una persona conforme a él, ¿podría permitir la Corte que se ajusticiara a la víctima a la cual la Constitución quiere ajusticiar?

Dice la Constitución: "Ninguna persona podrá ser declarada reo de traición, a no ser que haya dos testigos sobre el mismo acto ostensible, o que medie confesión ante el tribunal en audiencia pública". Aquí el lenguaje de la Constitución, se dirige especialmente a los tribunales. Impone en forma directa a ellos, una regla sobre prueba que no puede infringirse. Si el Legislativo cambiare esa regla y declarare que un testigo o una confesión extrajudicial fueren suficientes para condenar, ¿podría el precepto constitucional ceder lugar a la ley de Congreso?



De estos y muchos otros ejemplos que podrían darse, aparece que los constituyentes vieron en la Constitución una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto como al Poder Legislativo.

Si no, ¿por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla? Este juramento indudablemente que se aplica en forma especial a su conducta dentro de su carácter oficial. ¡Cuán inmoral sería el imponerles tal juramento si hubieran de ser usados como instrumentos y lo que es peor, como instrumentos conscientes, para la violación de aquello que juraron mantener!

El juramento, al tomar el puesto, según fórmula establecida por el Congreso, demuestra claramente la opinión del Legislativo sobre este punto. La fórmula es la siguiente: "Solemnemente juro, que administraré justicia sin respeto a las personas y daré igual derecho al pobre que al rico y que fiel e imparcialmente desempeñaré todas las obligaciones que me incumben en mi carácter de acuerdo con mi mayor habilidad y entendimiento, conforme a la Constitución y a las leyes de los Estados Unidos".

¿Por qué razón se haría jurar a un juez cumplir con sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si tal Constitución no constituye una regla para el desempeño de sus funciones? ¿Si para él es un libro cerrado, si, por él no puede ser examinada?

Si este fuera el verdadero estado de cosas, esta sería más que una abierta burla. El ordenar que se tomara tal juramento y él tomarlo, serían dos crímenes.

También no deja de ser digno de tomarse en cuenta, que al declarar la Constitución la ley suprema del país, se menciona a sí misma en primer lugar, y no menciona las leyes de los Estados Unidos en general, sino sólo a aquellas que se hubieran hecho de acuerdo con la Constitución. Así la fraseología especial de la Constitución de los Estados Unidos, confirma y fortalece el principio que parece ser esencial a todas las Constituciones escritas de que una ley contraria a la Constitución, es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución.

La petición tiene que negarse.



DIAGNÓSTICO DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL EN EL PERÚ

1. ACTOS Y MECANISMOS DE CORRUPCIÓN. 1.1 Los mecanismos de corrupción.
1.2 La institucionalización de la corrupción
2. AGENTES DEL CIRCUITO DE LA CORRUPCIÓN 3. CASOS DE CORRUPCIÓN DE
MAGISTRADOS Y ALTOS FUNCIONARIOS

1. ACTOS Y MECANISMOS DE CORRUPCIÓN.

1.1. *Mecanismos de corrupción*

Los mecanismos de corrupción son todas aquellas formas con menor o mayor grado de planificación que cumplen funciones de operativización de los actos de corrupción, cuando estos son reiterados o continuados en el tiempo. Vienen a constituir formas viabilizadoras del delito, esto es, artificios o aprovechamiento de medios, que cumplen el papel de hacer más fácil, expeditiva o instrumentalizada la corrupción y consiguientemente más difícil de detectar y prevenir.

Operativizar la corrupción significa ponerla en práctica de modo controlado y sobre la base de objetivos que exceden el marco de la perentoriedad y lo episódico, lo cual supone, obviamente, niveles mínimos y máximos de organización, orientados a un contexto específico que compromete un ámbito administrativo o ampliados a redes extensas que involucran la administración pública en su conjunto.

(...)

1.1.1. *Lobbies*

La implementación de lobbies o acuerdos plurisubjetivos con el objeto de facilitar salidas convenidas aprovechándose de las limitaciones

normativas en ciertos casos al margen de la ley, con un claro sentido infractor de la posición de garante que posee el funcionario público y de los cauces regulares que brinda el sistema normativo, violando así el derecho de guarda y oportunidades. Una expresión de estos acuerdos puede ser considerada el concierto que se produce entre determinadas universidades con algunos magistrados del Poder Judicial, a efectos de lograr resoluciones convenidas sobre casos que dichas entidades tienen en las salas y juzgados de dichos magistrados.

1.1.2 *Redes ilícitas*

La existencia de redes ilícitas clandestinas al interior de las instancias judiciales, que ofrecen intermediar e influir en la voluntad de jueces y vocales, y que en un segundo nivel trafican con proyectos de autos y sentencias e incluso con resoluciones finales. Redes ilícitas conformadas por magistrados, personal auxiliar o por secretarios y relatores que ofrecen los proyectos a abogados y estudios jurídicos, como también por vigilantes y efectivos policiales, adscritos a diferentes salas y juzgados, que se circunscriben por lo general a servir de intermediarios en la dinámica de la corrupción o a tratar de influir en los funcionarios judiciales.

Un caso típico de este mecanismo de corrupción lo tenemos cuando el 27 de noviembre de 1998, al intervenir OCMA al



abogado Dorian Talavera Vega y al vocal titular Pablo Rojas Zuloeta, a este abogado se le incautó copia del texto de una sentencia (que aún no había sido notificada), y que favorecía a su parte; pagando por la expedición de dicha resolución el monto de cuatro mil dólares americanos y que fueron entregados al vocal Rojas Zuloeta, el mismo que se encargaría de entregar dicho monto a los magistrados que resolvieron la causa. Lo que resalta en este caso, está constituido por el hecho que del dinero obtenido (dos mil dólares, según versión inicial del abogado intervenido) iban a ser entregados a Sara Brathwaite, hija del vocal (suplente) Justo Brathwaite González, miembro integrante de dicha Sala, siendo ésta la persona que sirvió de nexo entre el abogado y los señores vocales, según referencia del ciudadano Esteban Zimic, quien indicó, además, que Sara Brathwaite le fue presentada por el abogado Dorian Talavera, a fin de que interceda ante su padre respecto al expediente en cuestión y fue así como su padre le habría entregado copia de la sentencia, pese a que ella no era abogada de ninguna de las partes.

1.1.3 Acciones de copiamiento

Implementación de toda una bien montada estrategia de copiamiento, por parte de determinados estudios de abogados, consistente en ubicar letrados recién egresados de las universidades en las dependencias judiciales y fiscales, quienes retroalimentan sus posiciones de ventaja y privilegio en el manejo de la información y les permiten a tales entidades empresariales, dedicadas al ámbito de la defensa legal, la posibilidad de influir en el curso de los procesos.

1.1.4 Estilos de prevalimiento

Grupos segmentados de magistrados de salas penales y juzgados que en concertación o de modo individual y

valiéndose de intermediarios cómplices o en su caso de instrumentos, hacen del ejercicio funcional o del privilegio de su cargo una fuente para la obtención de ilícitos ingresos y ventajas, llegando incluso a extorsionar a los litigantes o personas involucradas en procesos judiciales en trámite que se hallan bajo su decisión. Son ejemplos de estos estilos los siguientes:

- a. El caso seguido contra los jueces titulares Cirilo Alarcón Chumpitaz y Flodímedes Chunga Chipana, cuando el primero de los nombrados le solicitó al juez suplente Juan Carbone Herrera, que sobresea una causa a favor de sus recomendados, bajo amenaza de no favorecerlo en el proceso de hábeas corpus seguido en su contra, por ante el Segundo Juzgado de Derecho Público despachado por el juez Alarcón Chumpitaz, amenazas que quedaron grabadas en los términos "entonces quedamos mano a mano".
- b. Otro caso está constituido por la conducta delictiva del vocal titular Carlos Pérez Avellaneda, quien en su condición de Director de Debates solicitó al procesado Elías Felipe Flores Echevarría la suma de cinco mil dólares USA para absolverlo por los delitos de estafa, apropiación ilícita, libramiento indebido y fe pública. Asimismo el vocal procesado llevó a Flores Echevarría al estudio jurídico de Alexander Becerra, para que éste asuma su defensa, dada la amistad y cercanía con dicho abogado, quien, además, cumplía funciones de vocal suplente.

1.1.5 Redes de información

Sistemas de entradas y salidas (*input* y *output*) en las relaciones comunicacionales entre determinados magistrados o grupos



de magistrados con grandes estudios de abogados a efectos de definir una red de vasos comunicantes con mutuo provecho ilícito (fluidez de información sobre los casos existentes en juzgados y salas en relación a los clientes de los estudios de abogados).

1.1.6 Intercambio de favores

El intercambio de favores, lo suficientemente motivadores para definir decisiones judiciales, entre instituciones y magistrados que ven causas en las que se hallan implicados dichos entes o sus miembros directivos (a modo de ejemplo el canje de favores que se hacen mutuamente magistrados y directivos de universidades, ofreciendo o entregando estos últimos cátedras a los magistrados).

1.1.7 Vulnerabilidades personales del magistrado

Estas vulnerabilidades personales del magistrado (estatus de suplencia o provisionalidad en los cargos, mediocridad y deficiencia en la formación académica, falta de experiencia en las tareas de Despacho Judicial, etc.) posibilitan la manipulación por parte de determinados magistrados titulares y presidentes de cortes y de salas, a efectos de validar decisiones arbitrarias, interesadas o ilegales. Esta utilización de vulnerabilidades del magistrado puede producirse también por parte de terceros (esposa, amantes, conviviente, familiares o allegados íntimos), quienes hacen uso (en un amplio abanico de supuestos) de mecanismos subjetivos de presión, que inciden notablemente en la formación de su voluntad; y que si bien pueden no implicar provecho económico para el juez o fiscal, tienen como base generadora objetivos planeados e inducidos de corrupción. La utilización de dichas vulnerabilidades también es realizada directamente por los particulares, quienes explotando el lado de figuración de algunos jueces —vía el

periodismo hablado, escrito y televisado— los inducen a un determinado comportamiento u orientación que indirectamente crea en la ciudadanía una imagen de monitoreo en adelanto de opinión para tal o cual caso que tienen por resolver en su despacho.

1.1.8 Preferencias en las designaciones

Prácticas irregulares de preferencias —observadas a nivel nacional—, en la designación de relatores y secretarios encargados en las salas supremas, superiores y en secretarías de juzgados. Designaciones referenciadas únicamente en criterios subjetivos no racionales de los presidentes de salas y demás magistrados competentes. Sistema que propicia la incondicionalidad del personal auxiliar jurisdiccional (lo que repercute entre otras irregularidades, en el manejo y asignación de expedientes de importancia para tal o cual vocal, hechos que se produjeron con marcada notoriedad en las ex salas tributarias y aduaneras, de drogas y de derecho público).

1.1.9 Acceso irregular a la magistratura

Formas irregulares de acceso a las magistraturas y de promoción de los magistrados. Verbigracia, el caso de los relatores encargados, suplentes y provisionales para ocupar magistraturas al nivel de juzgados y vocalías, sin ser titulares en los cargos de relatores o secretarios, contraviniendo incluso lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser designados en dichos cargos sin contar con los requisitos que la norma exige: así tenemos que de conformidad con el artículo 1801º, se requiere para ejercer el cargo de juez de primera instancia haberse desempeñado como juez de paz letrado durante más de dos años, o como secretario o relator de sala por más de tres años, mientras que para ser vocal superior, de conformidad con el artículo 179º, se requiere haber sido juez



especializado o mixto durante cinco años. La interpretación que debe hacerse a estas normas tiene que ser en sentido estricto, es decir, que sean titulares en las relatorías y juzgados mas no que se encuentren en calidad de provisionales, suplentes o encargados, pues los artículos 237°, 238° y 239° de la misma ley señalan de manera expresa la forma en que deben ser designados dichos magistrados provisionales.

1.1.10 *Avisaje judicial irregular*

Un sistema irregular de preferencias para el avisaje judicial, en los diarios del interior del país alejado de pautas técnicas y de tutela del patrimonio del Estado, observable principalmente en las cortes judiciales de provincias. Irregularidades que se extienden también a los contratos para la publicación de edictos (Ejemplo: El caso del Diario Correo de Piura con relación al Distrito Judicial de Piura).

1.1.11 *Financiamiento irregular de publicaciones periódicas*

Mecanismo utilizado para afirmar y realizar la imagen de determinados magistrados y personal auxiliar. Verbigracia, el semanario judicial *Vistos*. Cabe destacar que este semanario era crítico y opositor del Poder Judicial y que luego de suscribirse el contrato de prestación de servicios, adquisiciones y publicaciones con fecha 10 de setiembre de 1997, pasó a ser tan sólo un exaltador de las cualidades personales de los magistrados. Cabe indicar que este tipo de contrato fue suscrito por primera vez en la historia del Poder Judicial, importando ingentes gastos al Estado. (...)

1.1.12 *Otro tipo de presiones*

A lo largo del trabajo se han identificado otros mecanismos de presión, con relación a las decisiones judiciales, entre los cuales se tiene la participación informal —en todos

sus niveles— de determinados magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público en estudios de abogados, comprometiendo su desempeño funcional en causas determinadas.

Por otro lado, algunos Congresistas de la República a través de estudios de abogados ejercerían deliberadamente una serie de presiones y tráfico de influencias sobre magistrados.

Estas modalidades de actuación pueden compatibilizarse con el funcionamiento de redes ilícitas y la estructuración de *lobbies* en torno al servicio judicial.

Existe también una serie de formas que sin constituir propiamente mecanismos de corrupción, brindan posibilidades para la generación de inmoralidades, actos infuncionales y/o de corrupción. Entre los cuales se puede citar a:

- a. Prácticas reprobables observadas en determinados magistrados que solicitan y/o contratan a terceros para que les redacten las sentencias.
- b. Promociones no fundamentadas de magistrados que pasan a desarrollar funciones contraloras en el órgano de Control de la Magistratura (OCMA). Hecho anómalo agravado por la circunstancia que su permanencia regular o excesiva no se ha visto reflejada en estándares de eficiencia en el cumplimiento de sus funciones (verificación de producción en la tramitación de expedientes y expedición de resoluciones finales).
- c. La discrecionalidad —no sujeta a control— de los Presidentes de Cortes Judiciales, para efectos de la designación de magistrados suplentes, fundada sólo en criterios de con-



- fianza. Situación que se convierte en un factor de por sí preocupante dado el alto índice de presencia de tales magistrados, muchos de los cuales pese a tener sanciones disciplinarias de apercibimiento o multa han sido promovidos al cargo inmediato superior. Irregularidades observadas, por ejemplo, en la Corte Superior del Santa. Situación anómala que igualmente se hace extensiva a la conducta observada en los técnicos judiciales, quienes sin renunciar al cargo se encuentran designados como jueces y vocales provisionales, como sucede en la Corte Superior de Justicia de Iquitos.
- d. El manejo arbitrario y/o discrecional no controlado en la asignación de expedientes al interior de salas y juzgados, sin tomar en consideración los sorteos. La puesta en práctica de un sistema de votaciones, expedición de sentencias y ejecutorias bajo el uso de un mecanismo no pocas veces arbitrario, que difiere y acumula la notificación de dichas resoluciones, cuyo sentido decisonal no es publicado de forma inmediata para conocimiento de las partes interesadas. Situación irregular que propicia un estrechamiento de la información, la misma que queda a merced del personal auxiliar y que muchas veces es la generadora de corruptelas (consistentes en solicitar dinero para proporcionar información sobre las causas y el sentido de las resoluciones, o aprovechar de la desinformación del litigante para manipularlo o crear cuadros irreales del resultado de sus procesos).
- e. El incorrectamente denominado «espíritu de cuerpo», felizmente no observable en las instancias jurisdiccionales con la fuerza que se presenta en otros órdenes institucionales, y que permite apreciar comportamientos que vulneran el prestigio de la magistratura y los cometidos de la función.
- f. Nepotismo encubierto ("el que todos conocen pero nadie se atreve a enfrentar"). La existencia de convivientes, familiares o personas muy allegadas al círculo personal familiar del funcionario, quienes desarrollan servicios o funciones en la misma unidad administrativo-jurisdiccional. Nepotismo encubierto que pese a ser de conocimiento de las instancias de control interno resulta tolerado o admitido. Situación esta que por lo general permite la proliferación de corruptelas y prácticas infuncionales.
- g. Vinculaciones semiclandestinas entre personal de distintas salas, juzgados, órganos de control y de gerencia que unidos por lazos efectivos o de otra naturaleza sirven de vehículos para la viabilización de una extensa red de favores, comunicaciones reservadas e infidencias.
- h. Total inobservancia de los cuadros de antigüedad y a efectos de los ascensos y promoción de los magistrados. Apreciándose en este punto que se omite tener en cuenta, para tales efectos, el récord de sanciones del total de magistrados, agravado por el hecho demostrado que cuando un juez tiene sanciones que se encuentran en vía de remisión, al ser promovidos provisionalmente a un cargo inmediato superior, aplicando en forma errónea el artículo 215° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se deja sin efecto las sanciones impuestas.



1.2. La institucionalización de la corrupción

Que la corrupción se ha institucionalizado significa que ha adquirido las dimensiones y alcances propios de un sistema global y perverso, que cubre todas las áreas de decisión y de ejecución funcionales, a la par que penetra y condiciona los sectores privados y la marcha económica del país. Vale decir que presenta proporciones de insostenibilidad para la continuidad y permanencia de un Estado de Derecho y específicamente para el desarrollo presente y el futuro inmediato de las administraciones públicas. La institucionalización de las prácticas corruptas, al comprometer e involucrar a los órganos e instituciones estatales y públicos en general a los fines ilícitos de la corrupción, nos demuestra, por un lado, las acciones de penetración y copamiento de las instituciones efectuado por agentes de la corrupción, que han llegado a ellas vía elecciones, nombramientos, preferencias o efectuando labor de zapa; y por otro lado la vulnerabilidad de dichas instituciones y la fragilidad de sus agentes envueltos en redes y sistemas de criminalidad.

La institucionalización implica así el direccionamiento de la corrupción política, institucional, funcional, privada, etc., desde las instancias máximas de decisión, cubriendo así todos los ámbitos de actividad pública (ejecutivo, militar, parlamentario, judicial, contralor, electoral, etc.). Lo que hace viable un sistema integrado y totalmente desvalorado de prácticas extrafuncionales y delictivas, adoptado y reproducido por las instancias intermedias y de base, que incluso se hará extensivo —vía contagio— a extensos sectores de la sociedad civil, generándose un gigantesco y anómalo sistema de desarticulación general de los valores dominantes de la sociedad peruana.

Colocar las instituciones del Poder Judicial al servicio de la corrupción del alto funcio-

nariado, fundamentalmente político, ha implicado un gran despliegue de medios y recursos humanos y una decidida y por lo general subterránea voluntad política concretada en actos de planeación, organización y de ejecución de los mecanismos y actos de corrupción manejados y decididos desde las esferas del poder político, en contubernio con las autoridades y funcionarios de los órganos jurisdiccionales. En este punto han sido especialmente significativas las estrechas vinculaciones entre determinados magistrados supremos (integrantes algunos de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial) con los círculos más concentrados de poder político, cumpliendo dichos magistrados el papel de implementadores o acatadores de directivas e indicaciones para orientar la política judicial y el curso de las decisiones; no implicando éstas necesariamente la intermediación de dinero o dádivas, pero sí en cambio la puesta en actividad de una vasta gama de ventajas y el ingreso automático a las cerradas redes de los grupos privilegiados en el ejercicio abusivo del poder. Contexto de acción que configuró prácticas de corrupción política observable en los indicados magistrados.

Por otra parte pasar de la corrupción aislada o masificada pero desprovista de voluntad política cohesionadora a la corrupción institucionalizada supone todo un quiebre moral, muy significativo, de los presupuestos fundamentalmente éticos que informan la estructuración y dinámica misma de las administraciones públicas, pervirtiéndose de tal modo los cometidos funcionales y colocando en tela de juicio la legitimación del Estado y sus agentes como institución matriz y no permeable a prácticas de desmoronamiento ético valorativo.

Sin embargo, para que se institucionalice la corrupción, de modo que llegue a articularse como un sistema perverso de injerencia en la administración de justicia, hasta un



punto tal de controlarla, digitalarla y lograr su deslegitimación ante la sociedad peruana, se ha requerido de la necesaria concurrencia, entre otros, de los siguientes facilitadores que la hicieron posible:

- El marcado desinterés de los órganos de control interno y externo con los que consta el Estado para detectar y mantener bajo control, en sus fases preliminares, a los actos de corrupción significativos y organizados; lo cual ha supuesto una abdicación del marco reglado de atribuciones de dichos entes.
- Genuflexión de gruesos sectores de la magistratura (jueces y fiscales), frente al poder político, aun cuando ello no haya implicado necesariamente recepción de dádivas o ventajas. Situación que refleja la evidente falta de liderazgo, de quienes se encuentran en los cargos de representatividad del Poder Judicial.
- Estilos de trabajo permisivos, cómplices o decididamente comprometidos de los magistrados y funcionarios administrativos y de control en relación con las prácticas corruptas que fueron afirmando una tendencia ulterior a su institucionalización.
- Indolencia u omisión por parte de la población usuaria de los cometidos funcionales y de los servicios públicos, y de la población en general, a tomar parte en políticas difusas de control ciudadano sobre los actos del Estado y sus miembros representantes.
- Propagación de la secuela denominada «contagio jerárquico» observada en los cuadros intermedios y de base del funcionariado, que alimenta y retroalimenta los patrones de conducta en proceso de quiebre o

quebrados de los agentes del sistema judicial y que permite asumir con cínica normalidad las prácticas inescrupulosas y corruptas, como estilo rutinario de acceso, permanencia o promoción de la movilidad vertical de los magistrados y personal auxiliar en las pirámides institucionales.

- Debilidad, perfil bajo y/o direccionamiento cómplice de la prensa escrita, radio y televisión (mass media) para llevar a cabo campañas de seguimiento y denuncia de los actos organizados de corrupción; debilidad que se acentúa cuando se produce el control político de dichos medios por parte del Gobierno y los grupos de poder.

En suma, la institucionalización de la corrupción en el Poder Judicial ha vinculado así estrechamente a los magistrados de alta jerarquía con el poder político, asumiendo este último el control y la decisión de dicho poder, lo que se ha puesto de manifiesto de modo ostensible en asuntos de gran compromiso político o cuando entraban en juego cuantiosos intereses económicos. Que la corrupción se haya institucionalizado en el Poder Judicial ha significado que las más altas magistraturas judiciales y fiscales, con sus estructuras orgánicas de base piramidal (arrastrando a todo el sistema del Poder Judicial) hayan estado al servicio de los delincuenciales intereses del alto funcionariado político, en un contexto de recíprocos intercambios y beneficios.

La implementación de mecanismos que sirvieron de soporte para la irrupción y continuidad de la corrupción institucionalizada en el sistema judicial y que se ha observado de modo particularmente sintomático en el ámbito jurisdiccional, han sido principalmente de orden organizacional, los mismos que escondían y posibilitaban la profusión de actos irre-



gulares, inmorales y delictivos, señalándose al respecto los siguientes:

1. La creación y desarrollo ulterior de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, en la perspectiva de intervención, control y sumisión de éste. Jugando un papel de primera importancia en el manejo y direccionamiento de la política judicial. Entidad que ha generado y propiciado prácticas institucionales de corrupción política, administrativa y jurídico-penal.
2. El diseño legal orgánico de entidades jurisdiccionales fuera de una lógica coherente de necesidad institucional, eficiencia e idoneidad de sus cuadros profesionales, que permitió la proliferación de salas provisionales y una abigarrada constitución de salas y juzgados especializados que concentraron poder de decisión en rubros considerados de alta retribución económica en manos de magistrados digitados e involucrados en la corrupción institucional.
3. Creación y mantenimiento de redes interrelacionadas y clandestinas de magistrados, que concentraron poder y abarcaron todas las instancias judiciales.
4. Manejo decididamente arbitrario en la designación de las Presidencias de Cortes Superiores, así como en la conformación de las salas judiciales y el sobredimensionamiento de las salas tributarias, de drogas y de derecho público. Situación que propició la existencia de círculos cerrados y autorreferenciados de magistrados proclives a la corrupción.
5. Mantenimiento del estado de provisionalidad y suplencia de los magistrados, dilatando exage-

radamente los cometidos formativos y seleccionadores para el otorgamiento de las respectivas titularidades. No habiéndose observado en este campo, hasta el momento, un papel decidido de los órganos competentes para superar este panorama sombrío.

6. La distracción de fondos y de recursos con los que cuenta la Academia de la Magistratura, al capacitar indiscriminadamente a aspirantes a magistratura.
7. La remoción y ceses inopinados de magistrados de salas y juzgados especializados bajo control de magistrados supremos provisionales.

2. AGENTES DEL CIRCUITO DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción funcional se hace posible debido a la existencia de seres humanos, integrados a la administración pública o que participando en sus esferas de acción, ofrecen una o varias vulnerabilidades que los predisponen a las prácticas de la corrupción, cuando no se trate propiamente de delinquentes encubiertos no detectados por los órganos de selección y control o de agentes condicionados a redes de corrupción que acceden a la función pública utilizando mecanismos ilegales o aprovechándose de los conductos regulares. Vulnerabilidades que obedecen a factores de diversa etiología, tanto de orden ético principista en la conducción de vida, de personalidad, coyunturalidad, como a razones de cálculo del coste-beneficio que reporta la corrupción, además obviamente de los factores políticos de obsecuencia y sumisión.

Al tratarse la corrupción, sobre todo la institucionalizada, de un sistema que interrelaciona de una u otra forma a todas



(o casi todas) las personas que intervienen —directa o indirectamente— en la administración de la justicia legal, la participación que le toca a cada uno de los llamados agentes de la corrupción reafirma y perpetúa tal método y estilo de actuación, convertidos en prácticas cotidianas. Así, se tornan decisivos los roles deslegitimados asumidos por tales agentes, pues la corrupción como sistema va también seleccionando sus cuadros y sus operadores al interior del abanico de sujetos públicos de las administraciones estatales (en sentido amplio) y los va cohesionando a través de la reiteración de actos deslegitimados

Los siguientes son los agentes que tienen que ver con la corrupción administrativa y penal, tanto institucionalizada como común en el sistema del Poder Judicial y de la justicia oficial:

a) Los órganos de decisión política y ejecutiva

Si bien los órganos, en cuanto entes institucionales, no son propiamente agentes, sí, en cambio, lo son sus mandos directivos que diseñan, controlan y mantienen situaciones de irregularidad y arbitrariedades funcionales, las mismas que generan y propician actos y mecanismos de corrupción. Los órganos de decisión política y ejecutiva se constituyen así en los ejes articuladores de la institucionalización de la corrupción, pues sin su participación y compromiso directriz sería difícil acceder a dicho nivel de corrupción.

b) Los magistrados

Los jueces y fiscales en tanto funcionarios estatales representan la garantía de la legalidad en el país, constituyendo la reserva ética y la seguridad para la existencia del Estado de Derecho. Los cuadros de corrupción de tales agentes públicos se han observado en todas las jerarquías y

condiciones (vocales supremos, superiores y jueces, provisionales, titulares y suplentes).

La red de la corrupción de los magistrados opera en tres órdenes o niveles:

- De modo vertical, al integrar grupos de funcionarios adscritos a una red concentrada y decisiva de corrupción de alto nivel.
- Horizontalmente, al formar parte de los segmentos de vocales, jueces y fiscales que utilizan sus investiduras y el ejercicio de atribuciones para delinquir, unidos a toda una suerte de intermediarios (personal administrativo, auxiliares, abogados, allegados de confianza) que son quienes negocian y ejecutivizan las prestaciones y en su caso las contraprestaciones, cuando los interesados no actúen directamente vinculados con dichos magistrados.
- Internamente, al propiciar una suerte de corruptelas y condicionamientos a los funcionarios de menor jerarquía al interior de la organización, generando estados de obsecuencia y relajando los estilos de trabajo y de organización con grave perjuicio a la funcionalidad de los cometidos jurisdiccionales. Es vasto el universo de actos de corrupción y de conductas infuncionales observables en el desarrollo de las atribuciones regladas y discrecionales de jueces y fiscales.

Los funcionarios y servidores públicos más vulnerables a efectos de ser integrados a las redes de la corrupción, por lo general informan: a) una titularidad deficiente, ya sea porque accedieron de modo irregular a las magistraturas o a los cargos auxiliares, o porque mantienen estatus de provisionalidad o suplencia que define



contextos de perentoriedad en los cargos; b) bajos niveles de formación académica; y, c) mediocridad en el desempeño funcional.

c) El personal jurisdiccional auxiliar (secretarios, relatores, asistentes técnicos) y administradores de módulos corporativos

Agentes que se hallan vinculados directamente tanto a los magistrados como a los litigantes y que basados en su especial ubicación practican por lo general una corrupción de tránsito como también de propia atribuibilidad, constituyendo en el primer caso eslabones del sistema de la corrupción institucionalizada, y en el segundo de la corrupción tradicional o común. La diversidad de actos de corrupción en la que incurren tales funcionarios los hacen pasibles de imputaciones a título de autoría, complicidad primaria y secundaria, como también de cuadros de instrumentalización, en esta última hipótesis en los casos de auxiliares con nivel de servidores públicos.

d) La Policía Nacional del Perú

En el escalón más bajo —pero no por ello menos significativo— de la corrupción, la labor penalmente relevante de la policía se focaliza en el ámbito de las indagatorias, en los archivamientos irregulares de investigaciones, elaboración anómala de atestados, eliminación u ocultamiento de pruebas, manejo arbitrario de notificaciones, requisitorias y órdenes de captura, entre otras conductas. El sistema organizado opera aquí a través del cuerpo institucional jerárquico, que permite orientar tendenciosamente las investigaciones, remover o colocar personal, dilatar o encubrir. También se refleja en la labor negativa de efectivos policiales que, aprovechando su condición de adscritos a los juzgados o salas o personal de seguridad

de los magistrados, solicitan dádivas para influir en los fallos de los jueces, muchas veces incurriendo en tráfico simulado de influencias y en menor grado efectivamente concertando con algunos magistrados y configurando un tráfico real de influencias.

e) Los abogados

La corrupción institucional tiene aquí en los más importantes e inescrupulosos estudios de abogados a su eslabón integrador imprescindible. Los grandes estudios en alusión que juegan el papel de empresas dedicadas a asuntos legales son aquí determinantes, ya que a través de ellos no sólo se defiende a los más destacados delincuentes comunes y funcionales, a lo que sin duda tienen derecho, sino que además se integran formalmente las redes de corrupción, vinculando al litigante, los agentes públicos y a los dueños y miembros de los estudios e incluso a los círculos de poder político. Los abogados incursos en corrupción de mínima significación y de naturaleza aislada u ocasional, constituyen igualmente otro rubro masivamente extendido de corrupción. Sistemas ambos que sin embargo no tienen que comprometer necesariamente al importante sector de abogados al margen de las prácticas envilecedoras de la corrupción. Dicho sea de paso que es conocida como práctica habitual por parte de abogados inescrupulosos el solicitar dádivas o dinero a sus clientes bajo el argumento de pago para los magistrados que resolverán las causas, situación esta que en la generalidad de casos resulta no necesariamente cierta.

f) El personal de ejecución de sentencias penales (INPE)

En el tratamiento y permanencia de los reos en cárcel se identifica un sistema de calificaciones para internos procesados y sentenciados que presenta un escenario nada despreciable de corruptelas de baja



intensidad, en el marco de inobservancia de la Directiva N° 001-97 INPE/DGT y normas complementarias; es decir, resulta evidente e inexplicable que procesados primarios se encuentren internados en penales como Lurigancho y Castro Castro, mientras que otros que registran constantes ingresos y/o peligrosidad delictiva, se encuentran en el Centro Penal para Reos Primarios (ex San Jorge).

g) Los litigantes

Los litigantes que intentan sobornar o efectivamente sobornan son la amplia y poco estudiada doble faceta de la corrupción. Tanto el perfil del tercero que soborna

directamente como el del abogado que intermedia representan una área a trabajar a efectos de optimizar las campañas de moralización, eticidad y anticorrupción.

3 CASOS DE CORRUPCIÓN DE MAGISTRADOS Y ALTOS FUNCIONARIOS

En los siguientes cuadros que a continuación se detallan se podrá observar tanto el número total de magistrados destituidos a nivel nacional por el Consejo Nacional de la Magistratura, como las incidencias por jerarquía, asimismo los distritos judiciales a los que pertenecen dichos magistrados sancionados.

MAGISTRADOS DESTITUIDOS POR EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA, POR JERARQUÍA (1995 – 2000)

Jerarquía	Número de sancionados
Jueces provisionales	45
Jueces suplentes	6
Jueces titulares	16
Vocales provisionales	9
Vocales titulares	7
Fiscales provinciales titulares	4
Fiscales provinciales adjuntos (T)	2
Total	89



MAGISTRADOS DESTITUIDOS POR DISTRITO JUDICIAL (1995 – 2000)

Jerarquía	Número de sancionados
Arequipa	1
Junín	1
Puno	1
Piura	1
Cajamarca	1
Lambayeque	1
Cono Norte de Lima	1
La Libertad	1
Ayacucho	2
Apurímac	2
Cuzco – Madre de Dios	2
Callao	2
Tacna	1
Huancavelica	2
Huaral – Huaura	5
Amazonas	3
Tarapoto	4
Cañete	4
Ica	4
Áncash	7
Ucayali	8
Huánuco – Cerro de Pasco	10
Lima	25
Total	89



PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL*

Artículo 1°

El propósito de este código es brindar una guía ética que contribuya a optimizar el servicio de justicia. Sus fines son asistir a los jueces ante las dificultades de índole ética y profesional que enfrentan, así como ayudar a las personas a comprender mejor el papel de la judicatura.

Artículo 2°

El juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar basado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honorabilidad e integridad, que se traduzca en la transparencia de sus funciones públicas y actividades privadas.

La práctica de estos valores contribuirá a la conservación y fortalecimiento de un Poder Judicial autónomo e independiente como garantía del estado de derecho y la justicia en nuestra sociedad.

Las reglas de este código deben ser interpretadas y aplicadas para alcanzar tales valores.

Artículo 3°

El juez debe actuar con honorabilidad y obrar con justicia de acuerdo con el Derecho, de modo que inspire la confianza pública en el Poder Judicial.

El juez debe evitar la incorrección y la apariencia de incorrección, exteriorizando una conducta honorable en todos sus actos. En la vida social, el juez debe comportarse con dignidad, moderación y sensibilidad a los intereses generales. En el desempeño de sus funciones y en todo comportamiento profesional, el juez debe inspirarse en los valores de justicia, independencia, imparcialidad e integridad.

Autonomía e imparcialidad

Artículo 4°

El juez debe encarnar y preservar la independencia judicial en todos sus actos, tanto individuales como institucionales, valor que además se proyecta a fortalecer la imagen de autonomía e independencia del Poder Judicial.

El juez debe ejercer sus funciones libre de interferencias y rechazar con firmeza cualquier intento de influencia política, social, económica, de amistad por grupos de presión, por el clamor público, por el miedo a la crítica, por consideraciones de popularidad o notoriedad y/o por motivaciones impropias sobre sus decisiones.

El juez no debe cumplir actividades ni aceptar encargos públicos o privados que obstaculicen el pleno y correcto desenvolvimiento de su



* "El Proyecto del Nuevo Código de Ética del Poder Judicial" y el "Decálogo del Magistrado", publicados en el Diario "El Peruano" de fecha 5 de junio de 2003, fueron elaborados por los miembros de la Comisión de Magistrados de Reestructuración de este poder del Estado, que lidera su Presidente, Hugo Sivina Hurtado. Ambos textos, serán debatidos posteriormente en la Sala Plena de la Corte Suprema como parte de la propuesta integral del proceso de reestructuración del Poder Judicial.

función o que, por la naturaleza, la fuente o la modalidad del cometido, condicionen de alguna manera su independencia.

Artículo 5°

El juez debe ser y parecer imparcial tanto en sus decisiones como en el proceso de adopción de éstas. Su imparcialidad fortalece la imagen del Poder Judicial.

El juez debe respetar la dignidad de toda persona otorgándole un trato adecuado, sin discriminación por motivos de raza, sexo, origen, cultura, condición o de cualquier otra índole. En el ejercicio de sus funciones, el juez debe superar los prejuicios culturales que puedan incidir de modo negativo sobre su comprensión y valoración de los hechos, así como en su interpretación y aplicación de las normas.

El juez no debe valerse del cargo para promover o defender intereses privados, ni transmitir ni permitir que otros transmitan la impresión de que se hallan en una posición especial para influenciarlo.

El juez debe gobernar sus asuntos personales y económicos, de modo que minimice las ocasiones en las cuales sea necesario abstenerse de las causas a su cargo. No obstante, el juez puede comprometerse en actividades extrajudiciales para mejorar el Derecho y la administración de justicia.

El juez debe abstenerse en cualquier caso en el que tenga un interés directo o indirecto, o en el que considere que está inhabilitado para juzgar de modo imparcial preservando la credibilidad del Poder Judicial.

Artículo 6°

El juez debe evitar ser miembro o participar de grupos, organizaciones o encuentros de carácter político que pudieran socavar su

imparcialidad en relación con asuntos que podrían someterse a examen judicial. También, evitar cualquier comportamiento que diera la impresión de que el juez se halla comprometido en actividades políticas.

En particular, el juez debe rehusarse a:

- i) Ser miembro de un partido político o participar de la recolección de fondos partidarios.
- ii) Asistir a reuniones políticas y a eventos de recolección de fondos para fines políticos.
- iii) Contribuir con partidos políticos o campañas políticas.
- iv) Pronunciar discursos o hacer declaraciones o actuar en respaldo de una organización política o candidato, o manifestar públicamente adhesión u oposición a un candidato a un cargo público.
- v) Tomar parte en discusiones de orden político partidario.

Diligencia judicial

Artículo 7°

Los deberes judiciales del juez tienen precedencia sobre toda otra actividad. El juez debe ser diligente y laborioso en el cumplimiento de los mismos. También debe actualizar y profundizar permanentemente sus conocimientos.

En el ejercicio de sus funciones, el juez, consciente del servicio que brinda a la colectividad, debe atender las actividades propias del cargo, evitando dilaciones injustificadas y/o molestias inútiles a los usuarios y a sus abogados.

El juez debe desempeñar su rol con pleno respeto a los demás y actuar reconociendo la dignidad de los protagonistas del proceso. También, actuar con el máximo cuidado para lograr una decisión justa.



El juez debe comportarse siempre con reserva y prudencia, garantizando el secreto de las deliberaciones judiciales, así como el ordenado y mesurado desenvolvimiento del proceso.

Al redactar el fundamento de las resoluciones, el juez debe emplear un lenguaje claro, coherente y ordenado al exponer las razones de la decisión, evaluando adecuadamente los hechos y los argumentos presentados por las partes. Asimismo, rechazará documentos presentados informalmente relacionados con el proceso.

Al fundamentar las resoluciones y durante la realización de las audiencias, el juez debe evitar pronunciarse sobre hechos ajenos a la causa. Debe evitar emitir juicios de valor sobre la capacidad profesional o la conducta de otros magistrados, defensores, partes del proceso y los auxiliares de justicia, salvo en los casos permitidos por la ley.

El juez debe cuidar que los medios, las dotaciones y los recursos del despacho judicial sean empleados conforme a su destino institucional, evitando cualquier forma de despido o utilización indebida.

Transparencia

Artículo 8°

El juez debe actuar con responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, las mismas que son de interés público.

Cuando no está sujeto al secreto o a la reserva sobre informaciones conocidas por razón de su cargo y a su parecer, el juez puede proporcionar todas aquellas sobre la actividad judicial para garantizar un adecuado conocimiento de la colectividad, para tutelar el honor y la reputación de las personas o para salvaguardar la imagen de

la justicia por intermedio de una oficina especializada del Poder Judicial, cuidando de no adelantar criterio u opinión sobre el fondo de las cuestiones jurisdiccionales a su cargo.

Asimismo, no debe utilizar ni suministrar información de la que dispone por razón de su cargo ni hacer indicaciones dirigidas a influenciar sobre el desenvolvimiento o el resultado del proceso. Tampoco puede utilizar los medios de comunicación para agraviar a otro magistrado o a los órganos de gobierno del Poder Judicial.

El comportamiento público

Artículo 9°

El juez debe comportarse en público con el decoro y la respetabilidad que corresponden a su alta investidura. Debe evitar toda actividad impropia o que lo parezca.

En particular, el juez debe evitar:

- i) Aceptar invitaciones cuando provienen de personas que tienen interés en alguna decisión a su cargo o de abogados que ejercen ante él.
- ii) Asistir a lugares de dudosa reputación.
- iii) Ingerir bebidas alcohólicas inmoderadamente en lugares públicos.
- iv) Aceptar directa o indirectamente dádivas o préstamos provenientes de personas o abogados que puedan ser afectados por alguna decisión a su cargo.

Artículo 10°

El juez debe garantizar su transparencia patrimonial, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos.



Comité de Ética Judicial

Artículo 11°

Corresponde al Comité de Ética Judicial:

- i) Difundir y promover el conocimiento del Decálogo del Juez y del presente Código de Ética.
- ii) Absolver las consultas que le formulen los jueces sobre la interpretación y aplicación de las reglas de este código. Las consultas y las respuestas del comité serán orales o escritas y tendrán carácter reservado, salvo que el interesado admita o solicite su divulgación. No obstante, el comité podrá difundir en términos generales los lineamientos interpretativos que elabore en cumplimiento de sus funciones.

Las respuestas del Comité de Ética Judicial no son jurídicamente vinculantes y son independientes de la aplicación de medidas disciplinarias o de cualquier sanción legal.

- ii) Procesar las observaciones a la conducta de un juez que presenten los usuarios del servicio judicial u otros jueces. Su actuación, que será reservada, conforme al reglamento que expida el mismo comité y que en todo caso asegurará el respeto de los principios del debido proceso, culminará con la desestimación de la observación o con su acogimiento.

En este último caso, el comité podrá, según la gravedad del acto observado:

- a) Recomendar en privado las pautas de conducta por seguir.
- b) Llamar la atención, en privado o en público, según las circunstancias, sin

perjuicio de hacer las recomendaciones pertinentes.

Cuando la gravedad del acto observado trasciende el mero reproche ético y, a juicio del comité, existen elementos de responsabilidad disciplinaria, remitirá lo investigado al órgano de control.

El Comité de Ética Judicial también actuará de oficio.

Artículo 12°

El Comité de Ética Judicial estará integrado por cinco miembros que ejercerán sus funciones a tiempo completo, por un período de tres años:

- i) Un vocal supremo titular en actividad, elegido por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que lo presidirá.
- ii) Cuatro magistrados de cualquier instancia, cesantes o jubilados elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Para ser escogido miembro del Comité de Ética Judicial se requiere haberse desempeñado en la judicatura durante un mínimo de diez años y gozar de una reputación intachable.

Extensión de la aplicación del Código

Artículo 13°

Las actividades de apoyo y auxilio judicial se inspiran en los mismos valores y principios que se exigen a los jueces, por lo que las reglas de este código son aplicables también, en lo que resulte pertinente, a todos los trabajadores del Poder Judicial y demás colaboradores de la justicia.



DECÁLOGO DEL MAGISTRADO

Primero.— Sé consciente de que como juez se te ha encomendado la función más elevada a la que un ser humano puede aspirar, como es juzgar a las personas, pues se te ha confiado su vida, su libertad, su honor, su tranquilidad y su patrimonio.

Segundo.— Recuerda que tu conducta personal y funcional debe ser ejemplar, coherente con el proyecto de vida que el servicio de justicia y la sociedad esperan de ti, pues de ello depende la dignidad del cargo, que te ha sido encomendado.

Tercero.— No juzgues desde tu moral, tus costumbres o tu forma de vida, preserva las que todos admiten para vivir y seguir viviendo en sociedad.

Cuarto.— No abduques ante el poder, la popularidad, la autoridad del cargo, que son pasajeros, busca tu legitimidad en la justicia, la probidad y el respeto a los demás.

Quinto.— No permitas que elementos políticos, sociales, económicos o de amistad te aparten de la verdad y de la justicia en tus decisiones, pues quien sucumbe ante ellos no merece el cargo.

Sexto.— No dejes que la pasión ciegue tu objetividad y tu razón, pues tus yerros no tendrán remedio en la conciencia de los justiciables.

Sétimo.— Piensa que te debes al justiciable y no el justiciable a ti, pues en él viven tu hijo, tu cónyuge, tu hermano y tus padres.

Octavo.— No seas soberbio, sé tolerante con las ideas ajenas, respeta al justiciable, al abogado, al servidor judicial, a los magistrados de distinta jerarquía y a las demás personas, como esperas que te respeten a ti.

Noveno.— Busca siempre la justicia por el camino de la lealtad, probidad, veracidad, legalidad, equidad, independencia e imparcialidad, con las herramientas de tu conciencia, moral, diligencia, decoro y sentido común.

Décimo.— Procura la paz como el mayor de los triunfos, sé consciente de que el impacto de tus decisiones trasciende el caso concreto e influye en el comportamiento social.

