

ANA JARA

El siglo XX fue testigo de la multiplicación de muy diversas formas de compromiso internacional en áreas que siempre habían sido competencia de los Estados.

VÍCTOR OROZCO

Es claro que el suministro oportuno del agua potable resulta ser un derecho humano de carácter fundamental y, por tanto, goza de protección en el ámbito del Derecho de la Constitución, aunque ninguna norma de la Constitución Política lo proclama, expresamente.

ESPECIAL: BIOÉTICA

DANILO CARABALLO

La bioética ha sufrido un cambio revolucionario al introducir para los operadores científicos roles que implican responsabilidad jurídica y el cumplimiento de unos estándares mínimos que inciden en la transparencia de sus actuaciones.

ARELIS RICOURT

La dignidad no es una palabra mágica que basta invocar para encontrar una respuesta definitiva y unívoca.

CENDIJD

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN JUDICIAL DOMINICANO

- RESPONSABLE DE LA CAPTACIÓN, RECOLECCIÓN, ORDENAMIENTO, EDICIÓN, PUBLICACIÓN Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN GENERAL.
- ADMINISTRA LOS ENTORNOS WEB DEL PODER JUDICIAL.
- ESTABLECE Y GESTIONA LAS BIBLIOTECAS JUDICIALES.
- ATENCIÓN A USUARIOS INTERNOS Y EXTERNOS.



PUBLICACIONES JUDICIALES

» PUNTOS DE VENTAS

- **Palacio de Justicia de Ciudad Nueva**
809-221-6400 ext. 2400
- **Edificio de las Cortes de Apelación**
809-533-3118 ext. 351
- **Palacio de Justicia de Santiago**
809-582-4066 ext. 2251

En las demás provincias pregunte al Administrativo del Departamento Judicial !!

BIBLIOTECAS JUDICIALES

» 4 BIBLIOTECAS ABIERTAS AL PÚBLICO

1. **Edificio de la Suprema Corte de Justicia**
Tel.: 809-533-3191 ext. 2031
2. **Palacio de Justicia de Santiago**
Tel.: 809-582-4010 ext. 2212
3. **Palacio de Justicia de San Juan**
Tel.: 809-557-1861
4. **Palacio de Justicia de San Cristóbal**
Tel.: 809-528-1465 ext. 247

Horario: 7:30 a.m. a 4:30 p.m.

Correo: bibliotecas@poderjudicial.gob.do



PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DOMINICANA

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd)

BIBLIOTECAS JUDICIALES • JURISPRUDENCIA • VENTA DE PUBLICACIONES

Tel.: 809-533-3191 • Exts.: 2189, 2193 • Fax: 809-532-3859 • Correo: jurisleg-cendijd@poderjudicial.gob.do

www.poderjudicial.gob.do



Normas para los colaboradores

Cuando un colaborador escribe para Saber y Justicia se compromete a cumplir lo siguiente:

- » Los trabajos deben estar orientados a lo académico e informativo. Serán sometidos a informe del Consejo Editorial (quien decidirá sobre su publicación o no).
- » El colaborador identificará en forma clara y precisa las fuentes de las citas textuales que escriba.
- » La responsabilidad jurídica por actos de plagio o uso no autorizado de material recae completamente en el colaborador.
- » El colaborador no escribirá artículos basados en presunciones sin fundamento, ni en especulaciones.
- » El colaborador no empleará un lenguaje abusivo o cualquier otra forma que constituya un ataque personal.
- » El colaborador no utilizará su posición para obtener cualquier tipo de beneficio personal.
- » Cuando un artículo haya sido enviado simultáneamente a otro medio, el colaborador deberá informarlo al equipo editorial de Saber y Justicia.
- » Esta revista es de carácter BIANUAL, por lo que los colaboradores deberán respetar el tiempo de entrega y publicación de los trabajos.
- » Para la redacción de los trabajos se recomienda seguir las siguientes pautas:
 - La extensión de contenido debe contener como mínimo 5 páginas de extensión y como máximo 7 (3,500 palabras). Interlineado 1.5. Tamaño de la letra 12. Times New Roman.
 - Incluir al menos 10 palabras claves y un resumen del tema en 5 líneas en idioma inglés y en español .
 - Las notas bibliográficas deben ser insertadas al pie de la página en cursiva, tamaño 10, interlineado sencillo y siguiendo el estándar de las normas APA (American Psychological Association).
 - El archivo debe ser enviado en formato Word.
 - Debe incluir una fotografía de perfil separada del documento en formato jpg y con una resolución de 200 dpi.
 - El estilo de escritura debe ser claro y comprensible.

CONTENIDO

- 06 ACONTECER**
Doctor Armando S. Andruet
 RESEÑA DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA
- 10 ENCUENTRO CON**
Francisco A. Pérez Lora
 CONVERSA CON **Miguelina Ureña** SOBRE INTELIGENCIA EMOCIONAL Y GESTIÓN DE DESPACHO JUDICIAL
- 16 ESPECIAL**
Daniilo Caraballo
 EL PARADIGMA BIOÉTICO PRINCIPIALISTA
- Arelis Ricourt**
LA DIGNIDAD HUMANA: PUNTO DE ENCUENTRO DE LA BIOÉTICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- 26 CONOCIMIENTO**
Ana Jara
 ALGUNOS APUNTES SOBRE LA TEORÍA DEL ESTADO INEXISTENTE Y EL GOBIERNO EXTERNALIZADO. NACIONES UNIDAS Y LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE TERRITORIOS
- Marisol Barboza Rodríguez**
 LA PERSONA FACILITADORA
- Víctor Orozco**
 EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- Rodolfo Vigo**
 LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS
- 70 CÍRCULO DE ESTUDIOS JUDICIALES**
Bayoan Rodríguez Portalatín
 ESCRIBIR EL DERECHO: COMENTARIO SOBRE EL "LIBRO DE ESTILO DE LA JUSTICIA"



Saber y Justicia es una revista que pretende aportar contenidos académicos de calidad al debate jurídico e informar el acontecer de la Escuela Nacional de la Judicatura. Está prohibida la venta o reproducción total de los contenidos sin previa autorización de sus autores y del Consejo Editorial.

Los puntos de vista expresados en los artículos por nuestros colaboradores son de su exclusiva responsabilidad, y no representan necesariamente la postura de la Escuela Nacional de la Judicatura, o alguna de las instituciones mencionadas en esta publicación. Los artículos presentados han sido preparados especialmente para Saber y Justicia, con fines académicos.



WWW.ENJ.ORG

SÍGUENOS

Para mantenerse al tanto de todas nuestras actividades, oferta académica y publicaciones, síganos a través de nuestras cuentas en YouTube, Facebook, Twitter e Instagram.



ENJ PORTAL



PORTAL ENJ



ENJ WEB



ENJ WEB



Nuestra portada fue diseñada por Amaury Ant. Silva Núñez

DIRECTORA

Gervasia Valenzuela Sosa

CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet, juez y académico Universidad de Córdoba, Argentina
 Juan P. Pérez, juez presidente. Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación San Cristóbal
 Juan F. Puello Herrera, abogado y académico PUCMM
 Jacinto Castillo Moronta, subdirector ENJ

EDITORA

Dilénia Hernández Fernández

COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Danilo Caraballo
 Armando S. Andruet
 Francisco A. Pérez Lora
 Miguelina Ureña
 Arelis Ricourt
 Ana Jara
 Marisol Barboza Rodríguez
 Víctor Orozco
 Rodolfo Vigo
 Bayoan Rodríguez Portalatín

CORRECCIÓN DE ESTILO

Sabina A. Belén Gutiérrez

INSPECCIÓN

María Amalia Bobadilla

DIAGRAMACIÓN

Víctor José Vargas Castaños

PERIODICIDAD

Bianual

IMPRESO EN:

Editora de Revistas
 Santo Domingo, República Dominicana
 2018

Escuela Nacional de la Judicatura ENJ,
 Tel.: (809) 686-0672 Fax: (809) 686-1101,
 C/ César Nicolás Penson No. 59, Gazcue,
 Santo Domingo, República Dominicana

E-mail: info@enj.org

Web: <http://www.enj.org>

Registrados en Latindex.org

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

REPÚBLICA DOMINICANA - PODER JUDICIAL

20
AÑOS
1998-2018



**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**

REPÚBLICA DOMINICANA - PODER JUDICIAL



*Seguimos
Creciendo*

Nuestra OPINIÓN

Estimados lectores,

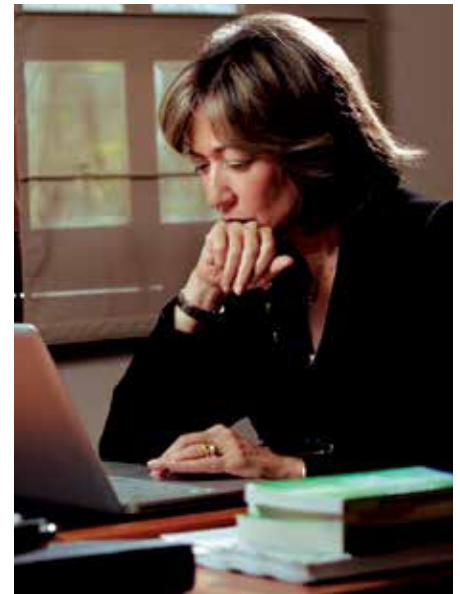
La publicación de una revista es un reto difícil de mantener en el tiempo; ello implica, no solamente una excelente planificación por parte del equipo editor, sino también la colaboración constante de expertos en diferentes áreas del saber decididos a compartir sus conocimientos, de manera desinteresada, a través de los trabajos que ponen a disposición para su publicación.

Desde sus inicios la Escuela entendió la importancia académica de una publicación periódica, por ello inicia dos publicaciones: Saber y Justicia, para divulgación de actividades académicas; Justicia y Razón, para la publicación de los artículos de fondo de nuestros expertos en los diferentes temas tratados en los cursos impartidos en la Escuela. Fue un intento válido que dio sus primeros frutos, pero que no se mantuvo en el tiempo, quizás por falta de madurez institucional para producirlas con la rigurosidad que demanda este tipo de publicación.

En el año 2012 desempolvamos estos nombres y decidimos que ya era hora de publicar y que lo haríamos a través de Saber y Justicia, dos ediciones por año, haciendo de ella una mezcla interesante con un balance entre el contenido y el acontecer, en la que uno no afectara el otro. Justicia y Razón la cedimos al Poder Judicial, nombre idóneo para una publicación periódica de los administradores de justicia.

En resumidas cuentas, la experiencia no se improvisa, con el pasar de los años hemos crecido, con esta revista logramos un ritmo de trabajo que se ha mantenido en el tiempo, se ha creado una sinergia entre el equipo interno que trabaja su producción y la red de colaboradores; al mismo tiempo el nivel alcanzado por la revista ha permitido el aumento del número de expertos colaboradores, lo que ha incidido en la fortaleza de su contenido y por lo tanto en el aumento de interés de sus lectores. Su crecimiento ha permitido que nuestra publicación esté indexada en Latindex, requerimientos que cada día cumplimos con más conciencia de la importancia de mantener el alto nivel de esta publicación, en consonancia con las exigencias académicas institucionales.

Este número, coincidente con el 20 aniversario de la institución, es un ejemplo de colaboración diversa y sustanciosa. Agradecemos a los expertos que comparten sus conocimientos con nuestros lectores, esperando que cada uno de estos artículos sea del interés y provecho de todas las personas que puedan tener acceso a ellos.



Alicia Valenzuela S.

Directora
Escuela Nacional de la Judicatura

ACONTECER

RESEÑA DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA



En la ciudad de Santo Domingo, convocados por la Escuela Nacional de la Judicatura, se celebró entre los días 15 y 16 de marzo, un evento internacional de notable importancia para la bioética Latinoamericana y del Caribe; en especial por sus incidencias en el ámbito de lo jurídico y que por definición, es todavía un espacio en el cual los entornos de la bioética aparecen frágiles y disminuidos de una adecuada formación epistémica. Cuando en rigor, deberían poseer tales actores institucionales, un acendrado conocimiento de la materia acorde la trascendencia que sus resoluciones tienen, cuando su núcleo está centrado en temas bioéticos.

El congreso, tuvo su apertura institucional por el mismo Presidente de la Suprema Corte de Justicia del país, Dr. Mariano Germán Mejía, acompañado por miembros del Consejo del Poder Judicial y otras autoridades del Poder Judicial, todo lo cual, pone de relevancia el interés que el colectivo judicial ha puesto en dicha temática. El discurso de apertura y bienvenida a la comitiva internacional de bioeticistas, estuvo a cargo de la Directora de la Escuela Nacional de la Judicatura, Dra. Gervasia Valenzuela Sosa, quien puso en conocimiento al auditorio los roles que tiene comprometidos en ejecución la Escuela



Nacional de la Judicatura, entre los cuales recordó que es una Institución creada en el marco de la Constitución Nacional y que tiene dos rangos de labor: 1) La formación de aspirantes a jueces, que tiene una duración de dos años y 2) La formación continua a la totalidad de servidores judiciales, jueces, magistrados y defensores públicos lo cual tiene incidencia para la propia carrera judicial en cuanto a desempeño y promoción de cargos superiores.

A modo de corolario del evento, no puede dejar de apuntarse que se reflejó de los intercambios, especialmente lo novedoso de la convocatoria, no sólo para la Judicatura dominicana sino en general para toda la región. En este marco se advirtió, que le ha correspondido a la ENJ ser promotora de la función vinculante que la bioética tiene que establecer en los entornos del derecho, medicina, ecología, genética, tecnologías de convergencia y otros campos todavía más novedosos. Pues sin duda que había detrás de la postulación y realización del mismo Congreso, el principio de que las cuestiones complejas no pueden ser resueltas de manera simple, sino que existen perspectivas inter o transdisciplinarias que de ellas se pueden ocupar con mejor atención y preocupación.

Y ello fue una de las cuestiones que quedaron más expuestas no solo por las valiosas aportaciones de los expositores y paneles, sino también, por las nutridas y múltiples conversaciones intra Congreso, entre médicos, jueces, abogados, científicos e investigadores. A la vez, también permitió dicha circunstancia poder reconocer que la falta de abordaje en dicha clave, ha impuesto de cierta demora en la perspectiva de la atención a problemáticas que sin perjuicio de que no se encuentren como tal legisladas, social y fácticamente existen y los jueces potencialmente de ellas habrán de tener que ocuparse y por lo tanto, mientras mayor conocimiento e información de las mismas pueda existir, la posibilidad de que el resultado sea más exitoso y razonable a la hora de postularse las decisiones judiciales.

Ello explica la razón de porque dentro del numeroso auditorio de aproximadamente 220 personas, una parte del mismo, correspondían a los Poderes Judiciales de

Guatemala, El Salvador y Nicaragua. De igual manera, además de jueces, magistrados entre los cuales se contaban varios integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la República y defensores; existía un numeroso grupo de profesionales del ámbito de la salud y que en muchos casos ocupan lugares claves en la toma de decisiones en bioética en general. Todo lo cual, permitió y generó un clima de sinergias académicas y disciplinares digno de apuntar.

Las exposiciones principales estuvieron a cargo de profesores extranjeros y también acompañaron un número más reducido de nacionales. Se completó también el entorno académico del evento, con una serie de paneles de debate, que volvían en alguna medida sobre los temas expuestos en plenario anteriormente. Las conferencias locales estuvieron a cargo de dos reconocidos expertos en bioética y que guardan compromisos institucionales con dichos desarrollos. Así el Dr. Miguel Montalvo Batista, es el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Bioética y Salud y su exposición fue la de exponer el rol del mencionado Consejo en el ámbito de la investigación clínica del país; por su parte el Dr. Miguel Suazo, presentaba sus credenciales como Expresidente de la Comisión Nacional de Bioética del país y se ocupó de exponer acerca del desarrollo histórico y evolutivo que la bioética ha tenido en el país; y que no se puede dejar de señalar, que fue motivo de verdadero descubrimiento para muchas personas que integraban el auditorio.

En cuanto a los expositores internacionales y por el orden de las exposiciones- la Dra. Susana Vidal, como representante del Programa para América Latina y el Caribe de Bioética y Ética de la Ciencia de UNESCO, quien precisamente por el rol institucional que cumple la indica, su aporte estuvo fincado en mostrar no solo el desarrollo de la bioética sino especialmente su anclaje en los derechos humanos como fundamento efectivo. Le sucedió, la exposición a cargo del Dr. Armando S. Andruet (h), Director Honorario del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina e Investigador en temas bioéticos en la Universidad Nacional de Villa María –también Coordinador del Congreso-, quien

expuso acerca de la relación existente entre la bioética, el derecho y los jueces y puntualizando acerca del verdadero impacto que la bioética ha tenido en los sistemas jurídicos. Por otro lado, hay que destacar la conferencia plenaria del Dr. Francisco León Correa, quien es Presidente de la Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones Bioéticas y con labores en bioética en la Universidad Central de Chile y que tuvo a su responsabilidad exponer relaciones entre la bioética y salud en general, y para ello, efectuó un abordaje diferente entre la responsabilidad personal e institucional en la materia sanitaria y ello, lo llevó a considerar relaciones entre conductas y valores.

Otra de las conferencias estuvo a cargo del Dr. Víctor Penchaszadeh, en su representatividad de la Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética UNESCO de la cual es Presidente y con su asiento académico en la Universidad de Tres de Febrero en Buenos Aires; el expositor presentó al auditorio, la vinculación y aprovechamiento que el derecho adquiere de la genética en los diversos ámbitos judiciales. También fue uno de los expositores internacionales el Dr. Jaime Escobar Triana, Director del Departamento de Bioética de la Universidad El Bosque de Bogotá, quien tuvo bajo su responsabilidad explicar los límites jurídicos del encarnizamiento terapéutico. También del mismo ámbito académico, aunque en su rol de Coordinadora del Departamento de Bioética de la Universidad El Bosque, la Dra. Constanza Ovalle Gómez, introdujo el tema del consentimiento informado y sus proyecciones jurídicas y bioéticas. Finalmente el Dr. Víctor Lolás Stepke en orden a su carácter de Director Interdisciplinario del Centro de Bioética de la Universidad de Chile y Secretario General de la Asociación Mundial de Psiquiatría Social, se ocupó de presentar acerca de las necesidades de las competencias correspondientes al profesional de la bioética en el marco de la ética de las profesionales; exposición que generó una notable atención en el auditorio y que ponderó tanto como las anteriores.

Naturalmente que la totalidad de las exposiciones fueron abordadas en todos los casos, a la luz de la generación de una perspectiva que permitía vincularlos con

los sistemas jurídicos y el mundo judicial en general. De esta manera, la cuestión de los fundamentos de la bioética, el impacto de ella en el sistema jurídico, la discusión por los valores en la bioética y el derecho, como también algunas temáticas específicas como consentimiento informado y la relación genética y derecho fueron materias de presentación. Además de ello, se presentaron –como se adelantó- un conjunto de paneles a cargo principalmente de expertos y especialistas nacionales en los tópicos bioéticos. En los mencionados capítulos, se pudieron apreciar las fortalezas y debilidades que existen en el ámbito doméstico de los nombrados problemas bioético-jurídicos.

El primer panel se ocupó del para nada menor tema del consentimiento informado y estuvo moderado por la Mag. Martha Díaz Villafañe y acompañada por la Dra. Togarma Rodríguez y la Dra. Lourdes Torres, el panel demostró las carencias locales en el punto y las incalculables posibilidades de mejorar para el futuro ello. El siguiente panel, asumió el abordaje del espinoso tema de la investigación en seres humanos, a cargo nominalmente de la Mag. Arelis Ricourt Gómez que por una cuestión de salud no pudo acompañarnos en el Congreso y fue suplida por la anterior coordinadora, que fuera acompañada por las Dras. Matilde Peguero, Elizabeth Gómez, Dr. Miguel Montalvo, y el Lic. Julio Canario, naturalmente que los intercambios pusieron de total manifiesto la importancia que los abordajes tienen, cuando ellos se vinculan con el mismo respeto a la dignidad de las personas siendo ellos, sujetos de investigación clínica. El tercer panel, en línea con las conferencias vinculadas con el tema del consentimiento informado, se ocupó de proyectar análisis respecto a los límites jurídicos al encarnizamiento terapéutico. La coordinación estuvo a cargo del Mag. Danilo Caraballo Núñez, quien fuera acompañado por las Dras. Daphne Arbaje y Dra. Sandra Santana, los temas de eutanasia, muerte digna y cuidados paliativos, que fueron frecuentes en la discusión.

Los restantes paneles hicieron abordajes particulares de temáticas muy caras para la bioética en general, así el



que lleva el número cuatro, se ocupó de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que tal como indicara su moderador, el Mag. Víctor Castellanos Estrella, son ellas, con independencia de su recepción legal por el sistema dominicano lo que no hay dudas, es que ellas existen. Lo acompañaron al nombrado, la Mag. Antonia Grullón Blandino y la Lic. Leticia Jorge Mera. El panel siguiente se ocupó de discutir, presentar y cuestionar la implementación por los sistemas jurídicos de las Directivas Médicas Anticipadas y que fuera introducido por su moderador el Mag. Amauri Martínez Abreu, acompañado por el Dr. Miguel Suazo y la Dra. Sandra Santana. Por último, el sexto panel, desafió al auditorio con el tema del ambiente como cuestión bioética que logró un rico intercambio y que estuvo moderado por la Mag. Wendy Martínez Mejía y acompañado por el Dr. Luis Carvajal y la Lic. Yomayra Martín.

El evento finalmente dejó una profunda satisfacción en auditorio, organizadores y expositores, puesto que habilitó un intercambio de pareceres generoso en debates

y demostrativo que se trata todavía de una agenda de la bioética en el ámbito de lo jurídico que no ha sido apuntada y que quedó expresamente recogido en las palabras de clausura del evento por parte de la Directora Gervasia Valenzuela, que recordó que si bien al inicio de las actividades se podría pensar, que el Congreso de Bioética era una osadía de la ENJ; los desarrollos, desafíos y proyecciones que se cumplieron durante los dos días de duración del mismo, demuestra que en realidad era el mismo una necesidad, y que como tal, no se agota con el mencionado Congreso, sino que se trata de una puesta inicial de abordajes futuros orgánicos respecto a dicha temática.

Por nuestra parte a título personal, nos sumamos entusiastas a dichas proyecciones y haremos votos colaborativos para dichos logros y que ya han sido inaugurados con el extraordinario evento del cual se ha dado noticia escueta pero suficiente para la información de la comunidad que no participó del mismo.



ENCUENTRO CON

Francisco Ant. Pérez Lora

*Docente y juez integrante del Consejo
 Directivo de la Escuela en representación
 de los jueces de Corte de Apelación.*



“Los conflictos son parte de la condición humana, lo importante es saber aprovecharlos siempre y cuando no sean nocivos. Por ejemplo, hay conflictos que sirven para mejorar el desempeño de una función”.

Sj Queremos hablar de los principios de la inteligencia emocional para la gestión efectiva de despacho y sobre todo en relación con un equipo de colaboradores. En ese sentido, ¿Qué importancia tiene el conocimiento de uno mismo, sus propios estados emocionales, sus sentimientos y efectos en las demás personas?

FP: Hace muchos años leí a un autor que planteaba que unas de las cosas más importantes es reflexionar sobre uno mismo, y aconsejaba que se hiciera con mucha regularidad. Un autor, que ahora no recuerdo el nombre decía “Conócete a ti mismo”, es decir, realizar una revisión periódica de ¿cómo estás? ¿qué haces? con la finalidad de mejorar continuamente. Así mismo, con los colaboradores que trabajan en la sede judicial, es interesante que el juez o jueza sea un modelo para que estos

también puedan ser modelos conforme a los principios exigidos por el Poder Judicial.

“Conócete a ti mismo” es una revisión bellísima para ver las debilidades y fortalezas de cada uno e implementar las mejoras necesarias entre colaboradores.

Sj Como usted dice, es muy importante conocerse así mismo, pero luego que usted se conoce ¿Qué espacio tiene el autocontrol en la gestión de despacho de un juez?

FP: El autocontrol es básico, porque trabajamos con personas con diferentes comportamientos, temperamento, costumbres, etc. Sí se pueden cometer faltas cotidianas, pero no todo es falta. También surgen iniciativas a las que se le debe reconocer el mérito del individuo que lo realiza.



“Autocontrol es que el servidor judicial en funciones de supervisión y liderazgo aprenda a que las conductas que emite con relación al otro, tendrán resultados de manera permanente en la memoria de la otra persona”.

En el caso de que alguien cometa alguna falta cotidiana, por ejemplo, algo sencillo como de disciplina como lo es llegar tarde, u otra más seria como incumplir en la gestión de la labor que se le ha encomendado. Lo ideal es que el juez, el supervisor, la secretaria o el secretario pueda manejar su

temperamento y domesticar su carácter. Porque no todo lo que se dice tiene que ser contrario al interés de la otra persona, sino más bien que hay que tratar de promover en el supervisado que las conductas indebidas sean mejoradas y que las conductas adecuadas sean reforzadas de manera positiva.

Autocontrol es que el servidor judicial en funciones de supervisión y liderazgo aprenda a que las conductas que emite con relación al otro, tendrán resultados de manera permanente en la memoria de la otra persona. Hay que hacer las cosas no pensando en el momento sino más allá, en el futuro. Si la conducta repentina al final disminuirá la reputación ganada por haberla hecho de una manera inconsciente. Lo ideal es poner freno a ese ímpetu que todos tenemos.



Sj **Muy bien, siguiendo con lo que usted dice ¿Cómo cree que podemos aprovechar la relación entre diversidad y empatía entre los colaboradores?**

FP: Creo que fue un autor llamado Howard Gardner, quien hablaba de las inteligencias múltiples, que decía que las personas tienen competencias diferentes. En el área del Derecho, algunos destacan por su oratoria, el buen decir o la manera de desenvolverse en público. Pero no todos son así, algunos son más musicales o tienen facilidad con los idiomas. Por ejemplo, en el Tribunal en que trabajo, tratamos de aprovechar cada una de las competencias de los colaboradores. Al que le gustan las actividades sociales, pues colabora con la organización de actividades de integración, como los encuentros de diciembre, cumpleaños, etc.

En consecuencia, es importante que todas las personas sean reconocidas y se le valore su capacidad. En el mismo Derecho, una persona puede inclinarse por el Derecho Civil, otros por el Penal, Laboral y otras. Ese flujo de información diversa hay que ubicarlo y aprovecharlo donde mejor convenga a la institución. En cuanto a la empatía, todo servidor debe ponerse en el lugar del otro. En mi caso particular, nosotros los jueces, tenemos audiencia a partir de las nueve de la mañana, pero yo trato de llegar a la misma hora que llega el personal, que es antes de las siete y cuarenta y cinco, para que ellos tengan un modelo a seguir, incluso en asuntos relevantes para ellos, porque les exigimos que cumplan con los principios éticos, pero al mismo tiempo también como supervisor tenemos que brindarle apoyo, que sepan que encontrarán un supervisor que les escuchará.

“El rol de la persona que hace la labor de supervisor es básico ¿por qué?, porque los colaboradores siempre están esperando que la persona que tiene la posición superior le reconozca su trabajo”.

Sj ¿Qué rol deben tener los jueces en la gestión de despacho, para motivar al personal en su propio desarrollo?

FP: El rol de la persona que hace la labor de supervisor es básico ¿por qué?, porque los colaboradores siempre están esperando que la persona que tiene la posición superior le reconozca su trabajo. Creo que fue Maslow, en una de sus obras, que planteó que el reconocimiento, es una exigencia del individuo, que está dentro de los límites superiores no de los básicos, pero si es una exigencia para uno sentirse bien con uno mismo, para uno sentirse útil y valorado. El juez tiene que tener esto claro, no

tan solo como una de sus funciones básicas, sino como una obligación, para que el otro realice su trabajo con mayor interés.

Cuando uno se siente valorado o reconocido ya no sólo se trata por el sueldo que paga la institución, sino porque ese supervisor confía en mí y me lo dice frecuentemente. Ese supervisor, ese juez o jueza me manifiesta estas son tus debilidades y estas son tus fortalezas. Tratar de orientarlo para que pueda seguir desarrollándose, y que incluso el juez busque la manera no solo de dar el ejemplo, sino también que se apoye en la lectura y muestras de conocimientos.



“Yo por ejemplo, les presento a los colaboradores del tribunal el calendario de actividades formativas de la Escuela para que se motiven a mejorar como personas y como institución”.

Yo por ejemplo, les presento a los colaboradores del tribunal el calendario de actividades formativas de la Escuela para que se motiven a mejorar como personas y como institución. Porque no queremos que nadie se quede estancado en una posición. Algunos han aplicado a concursos y ahora son jueces o fiscales. Han tratado de avanzar en su carrera y eso se logra con el reconocimiento, la motivación que viene del propio supervisor.

Sj **Por último, hablemos del juez o jueza como gestor de la inteligencia emocional de su equipo ¿Cuál es el rol que usted identifica para mediar en los conflictos?**

FP: Los conflictos son parte de la condición humana, lo importante es saber aprovecharlos siempre y cuando no sean nocivos. Por ejemplo, hay conflictos que sirven para mejorar el desempeño de una función. En algunas ocasiones yo le digo a los colaboradores que trabajan el tema de abogados ayudantes “Cuando ustedes realicen un proyecto de sentencia para presentarlo a un juez o traten de hacerlo conforme al criterio al juez que lo va a firmar. Usted está haciendo el proyecto,

pero la sentencia es del juez. Las observaciones, las sugerencias que haga el magistrado para el cambio, son imperativas, porque es él que lo va a firmar. Ahora, si ustedes ven que la posición del magistrado es contraria a una norma jurídica, o una jurisprudencia, entonces usted se lo manifiesta de una manera educada a su supervisor, para que sea tomando en cuenta. Así en otro tipo de conflicto entre empleados o colaboradores, tratamos de llamarlos de manera separada, no es lo idóneo confrontarlo inmediatamente, porque los ánimos pueden estar muy altos y generar una situación que lejos de beneficiar pueda perjudicar. Mirando las razones de cada uno respecto al tema del conflicto, de armonizar y buscar la solución que más convenga no a uno ni a otro, sino a la institución, al servicio de la justicia y al usuario.

En caso de conflictos que no se puedan manejar en el espacio de la jurisdicción en que nos desenvolvemos ya serían tramitados hacia la Dirección General de Carrera Judicial para que tomen la decisión de lugar.



NUEVA CENTRAL TELEFÓNICA
del Palacio de Justicia de Ciudad Nueva es
809-682-6400



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

¿Quiénes Somos?

SOMOS UN BOLETÍN DE NOTICIAS TRIMESTRAL, QUE INFORMA SOBRE LAS ACTIVIDADES DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA.

SIGUE NUESTRA PÁGINA WEB:
WWW.ENJ.ORG

PARA TENER MÁS DETALLES SOBRE TODAS LAS ACTIVIDADES QUE OCURREN EN LA ESCUELA

ENJ NEWS

ENJ NEWS

**Boletín de noticias
trimestral de la
Escuela Nacional de la
Judicatura**



ENJ y PNUD firman acuerdo de cooperación

La Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), firmaron un acuerdo de cooperación interinstitucional, destinado a llevar a cabo proyectos de formación y capacitación conjunta. El acto se llevó a cabo el lunes 22 de febrero a las 09:00 a.m en la sede de la ENJ. El convenio ha sido rubricado por el magistrado Mariano Germán Mejía, presidente del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura, y el doctor Lorenzo Jiménez, representante residente del PNUD en República Dominicana.

El convenio ha sido rubricado por el Mag. Mariano Germán en representación de la ENJ y Lorenzo Jiménez, representante del PNUD en R.D.

ESPECIAL

EL PARADIGMA BIOÉTICO PRINCIPIALISTA



El presente estudio busca realizar aproximaciones históricas y conceptuales importantes para identificar la renovación ideológica del ser humano a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías. Sobre todo ante constantes cuestiones y dilemas derivados de la práctica clínica y biológica.

La bioética contribuirá a tender un puente entre dos culturas¹, la cultura científica y las humanidades (Vieja, 2008). Este vínculo ideológico entre el progreso científico (desde la óptica de un sistema de valores) y los derechos individuales plantean un paradigma bioético que solo a través de principios orientadores nos permitirá descubrir y comprender su génesis y evolución hasta llegar a nuestros tiempos. El presente estudio busca realizar aproximaciones históricas y conceptuales importantes para identificar la renovación ideológica del ser humano a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías. Todo lo anterior como una consecuencia directa de lo nuevo y los desafíos que esta

situación conlleva en contraposición con los valores morales. Sobre todo ante constantes cuestiones y dilemas derivados de la práctica clínica y biológica. La bioética tiene un alto contenido social y está vinculado a las políticas públicas, por lo que resulta indispensable analizar la razón de la existencia de principios orientadores para dar solución a los conflictos que se presentan.

Contexto ideológico de la Bioética.

El impacto que a partir de los años sesenta tuvieron la ciencia y la tecnología en la supervivencia del ser humano fue intenso. Recuerdo haber leído muchas veces la gran discusión del final del mundo para el año 1969. Esto evidentemente repercutió en políticos quienes se interesaron en el impacto social de este desarrollo científico. Ya no solo era la medicina y la salud, temas como la vida en un ambiente sano, energía nuclear y vida en otros entornos espaciales indiscutiblemente impactaron la humanidad.

Es importante precisar, a partir de lo que expresa María Teresa López de la Vieja, que: "Desde el primer momento estuvo claro que la reflexión ética, orientada al mundo real, solo saldría adelante con el máximo respeto por las distintas creencias, el protestantismo, el catolicismo, el judaísmo. Las ventajas de un enfoque no confesional, plural enseguida se hicieron notar en el campo de la Bioética." (Vieja, 2008) Esta idea inclinó la balanza de inmediato hacia la objetividad derivada del método científico.

En principio, el método del caso vino a subrayar el esquema de solución de los conflictos bioéticos, se prefería lo concreto y se debilitaba la creencia de la aplicación de los principios a nivel abstracto. (Vieja, 2008) Según Ricoeur

¹ Potter van Rensselaer, "preface", Bioethics. Bridge to the Future, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971, págs. VII-X.



(1990) *"la sabiduría práctica consiste en inventar las conductas que satisfarán mejor las excepciones exigidas por nuestra solicitud para con las personas, traicionando lo menos posible las normas...Consiste en inventar los comportamientos justos y apropiados a la singularidad de cada caso. Pero esto no significa que haya que dejar el juicio en manos de la arbitrariedad"*. (MASIÁ, 1998) Este método no sería perjudicial si se sostuviera bajo la doble dimensión: 1) de lo correcto y 2) los criterios, fines o valores que orientan la vida humana; el problema era que en los inicios de la bioética sólo se aplicaba la primera dimensión que por demás era inminentemente subjetiva y predominantemente arbitraria. Por tal motivo, y en distintos campos, la base teórica más filosófica o más abstracta perdió terreno ante la demanda de orientaciones con carácter práctico. Incluso cedió terreno ante el empuje de las ideologías. En cierto sentido, el análisis moral de carácter especializado o profesional se vio desplazado por otras necesidades. (Vieja, 2008) Los políticos, pacientes, empresarios demandaban resultados palpables a los científicos y la ideología social generalizada se enfoca en resultados. Para los operadores de la ciencia, especialmente de la rama de la salud, tampoco era tan fácil decidir. Los cambios tecnológicos eran ya lo bastante complicados para también pensar en implicaciones bioéticas de sus decisiones.

Evolución del Paradigma Clásico.

Toda dimensión de la actividad humana es objeto de una elaboración cultural que pretende hacerla inteligible y manejable. Siempre hay, pues, un modelo establecido u ortodoxo de manejo de los problemas. Y siempre hay, también, fenómenos anómalos, difíciles de resolver correctamente desde el modelo "paradigmático" u ortodoxo. Con estos fenómenos anómalos siempre se pueden hacer dos cosas. La primera, que suele ser la cronológicamente primaria, es intentar modificar la teoría clásica, a fin de hacerla compatible con los nuevos datos. Se trata de la ampliación o modificación ad hoc del modelo ortodoxo, con el objetivo de dar cabida a los nuevos datos. Es la vía de la evolución pacífica o del cambio paulatino y progresivo. La segunda posibilidad es exactamente la contraria a la anterior, y consiste en creer que los nuevos datos no deben dar lugar a la ampliación del viejo paradigma sino a su transformación profunda, radical. (García, 2004).

“La bioética ha sufrido un cambio revolucionario al introducir para los operadores científicos roles que implican responsabilidad jurídica y el cumplimiento de unos estándares mínimos que inciden en la transparencia de sus actuaciones”.

Lo que ha sucedido en la bioética es que en el marco de un nuevo contexto ideológico generacional ha venido la crítica social a las profesiones clásicas y la denuncia de corrupción ha generado un signo inequívoco de que el viejo rol profesional, descrito anteriormente para las décadas de los años setenta y ochenta y principios de los años noventa ha dejado de tener vigencia sociológica. De hecho, una de las características del paradigma clásico profesional era la impunidad jurídica y la inmunidad social. Nadie podía atacar las decisiones de los profesionales, ya que esto se consideraba un grave atentado al conjunto social. Vivimos en unas sociedades en la que las relaciones humanas han sufrido un importantísimo proceso de horizontalización. Las relaciones verticales del tipo mandato y obediencia, han ido cayendo paulatinamente, a favor de otras igualitarias y más participativas. CFR (García, 2004, pág. 273).

La bioética ha sufrido un cambio revolucionario al introducir para los operadores científicos roles que implican responsabilidad jurídica y el cumplimiento de unos estándares mínimos que inciden en la transparencia de sus actuaciones. La llamada "teoría de los cuatro principios," formulada por vez primera por Beauchamp y Childress en 1979, en su libro "Principles of Bio-medical Ethics", (T. L. Beauchamp, 1979), establece como patrones los siguientes: a) la no maleficencia, b) el principio de beneficencia, c) el

principio de autonomía y d) el principio de justicia. Conjunto de ideas operativas que nos permiten elegir en una situación concreta, el mejor criterio de solución de un conflicto generado a partir de la relación que tiene la vida con la biología, nutrición, medicina, química, derecho, filosofía, sociología, antropología, teología, etc.

Jerarquización.

Sobre estos principios orientadores resulta oportuno determinar si existe una jerarquía entre estos y para ello me permito citar a Diego Gracia, en la obra *Cuestión de Principios* (Grande, 1997, pág. 21) cuando establece: “Beauchamp y Childress interpretaron la expresión –deberes prima facie- (derivado de la expresión utilizada por Sir David Ross en su libro *The Right and the Good* y aplicándolo a su teoría de los principios²) como deberes del mismo nivel.” Ellos rechazaban los criterios de prioridad y rango jerárquico de los principios bioéticos, por entender que no pueden ser considerados como reglas móviles que resuman mejor o peor la experiencia pasada en forma que permite manejar los problemas. Cfr. (Grande, 1997, pág. 22). En particular entiendo la tesis expuesta como derivada de una influencia positivista que limita el desarrollo de la bioética en sí misma. Sin embargo procede reconocer que existen dentro de los principios bioéticos elementos jerarquizantes

que pueden hacer de inmediato que uno ceda con relación a otro, aunque esto no implica un orden de prevalencia con relación a los demás. Es decir, y a modo de ejemplo, que en el caso de un conflicto exclusivo entre el principio de la no maleficencia vs el principio de beneficencia, podemos entender que: a) en el primero obliga al profesional de la salud a poner el máximo empeño en atender al paciente y hacer cuanto pueda para mejorar su salud, de la forma que considere más adecuada. Es un principio ético básico que se aplica primariamente al paciente, aunque también a otros que pueden beneficiarse de un avance médico en particular y en el segundo la práctica médica ha estado asociada con la máxima latina *primum non nocere*, “sobre todo, no hacer daño” que los médicos hipocráticos practicaban y enseñaban. Este principio es distinto a la beneficencia, ya que el deber de no dañar es más obligatorio que la exigencia de promover el bien. Implica, sobre todo, el imperativo de hacer activamente el bien y de evitar el mal (Álvarez); y b) que debe primar la no maleficencia sobre el principio de beneficencia por ser este criterio cónsono con una conducta de hacer el bien y consecuentemente una actuación virtuosa. Valiendo acotar que esa primacía no se aplica en los demás principios. Sería imposible hacer el un orden jerárquico, pero esta circunstancia no hace que un principio no pueda primar sobre otro.

“La solución de los conflictos bioéticos desde la perspectiva utilitarista examina el problema a la luz de la ventaja o beneficio para el individuo o las instituciones que se benefician de una investigación”.

No existe una regla o método generalizado que nos diga cuándo un principio se aplica sobre otro. Pudiera ayudar la teoría de la ponderación de Robert Alexy, pero en mi opinión y en la especie sería insuficiente por el ámbito genérico en que desarrolla la ejemplificación. Por eso me decanto, como lo hice para solucionar el conflicto abstracto y principio lógico antes expuesto, por la moral naturalista: que manifiesta como evidente en sí mismo el principio de la recta razón y por eso lo que es se convierte en debe ser. Para el método naturalístico, luego de aceptada la universalidad de la premisa mayor sólo cabe aplicarla a los individuos concretos por medio de la virtud. Cfr. (França-Tarragó, 2008, pág. 322).

Utilitarismo o Deontología.

La solución de los conflictos bioéticos desde la perspectiva utilitarista examina el problema a la luz de la ventaja o beneficio para el individuo o las instituciones que se benefician de una investigación. Se toma en consideración

2 Subrayado agregado por el autor de este ensayo.



en primer plano los costos para llegar al resultado, el éxito económico de la investigación y la incidencia del resultado desde el punto de vista colectivo o personal, según el caso. Se selecciona la alternativa según el nivel más alto de felicidad o satisfacción que produzca. Cfr. (França-Tarragó, 2008, pág. 319).

Los criterios de solución desde el punto de vista deontológico entiende la vida ética primariamente en términos de leyes, deberes y obligaciones. No rechaza la tesis utilitarista pero tiene su enfoque en los principios y no en la metas. La rectitud del acto reside en la buena intención en relación al cumplimiento de los principios. Una acción es ética porque es un deber universal o porque se adecua a la naturaleza. Cfr. (França-Tarragó, 2008, págs. 319-320).

“Reitero que mi posición a favor de un sano equilibrio entre el utilitarismo bioético y la deontología jurídica protectora de los derechos humanos, pero ante la inminente decisión de uno sobre otro, debe primar el segundo”.

Existe una posición mixta y es la que nos presenta Diego Gracia, en su texto Cuestión de Principios (Grande, 1997) citando al autor Frankena: “que para cubrir esos dos flancos aceptaba la existencia de dos principios distintos, uno claramente utilitarista, el de beneficencia, y otro rigurosamente deontologista, el de justicia.” Criterio con el que concordamos y derivamos lo siguiente: -De los cuatro principios se enarbolan dos para establecer las corrientes filosóficas de este título, el principio de justicia o equidad que implica tratar a cada uno de los pacientes o sujetos como corresponda, con la finalidad de cumplir con la norma y/o disminuir las situaciones de desigualdad (ideológica, social, cultural, económica, etc.) y el principio de beneficencia que descansa sobre los fundamentos del utilitarismo.

Reitero que mi posición a favor de un sano equilibrio entre el utilitarismo bioético y la deontología jurídica protectora de los derechos humanos, pero ante la inminente decisión de uno sobre otro, debe primar el segundo. No reconocer esta situación puede ser la base fundamental de justificaciones éticas como engendros de catástrofes sociales asociadas al totalitarismo estatal y la supresión de la ley natural bajo el criterio de que los grandes fines justifican cualquier medio para establecerlos.

Conclusión.

El contexto ideológico en que nació la bioética no es el mismo que vive esta disciplina en la actualidad. El criterio de aplicación predominante de utilidad y resolución de conflictos a partir del caso concreto, pasó a transformarse en un criterio de aplicación sobre la base de la dignidad humana y la resolución de conflictos a partir de la implementación de principios. El paradigma clásico ha sido vencido por el paradigma principialista.

Los profesionales y científicos del siglo XXI tienen una mayor responsabilidad colectiva, a propósito de sus actuaciones. No se deben exclusivamente al caso que tienen de frente. Hay una sociedad que exige el cumplimiento mínimo de parámetros que impidan la arbitrariedad, la injusticia y la transgresión del contenido esencial de la dignidad. Somos una sociedad ideológicamente diferente que exige más transparencia.

El nuevo paradigma principialista aplica criterios de solución desde el punto de vista deontológico y entiende la vida ética primariamente en términos de leyes, deberes y obligaciones. No rechaza la tesis utilitarista pero tiene su enfoque en los principios y no en la metas. La rectitud del acto reside en la buena intención en relación al cumplimiento de los principios. Entender que esto representa el resultado de comprender nuestro entorno jurídico, social e ideológico, lo que

genera un impacto en la colectividad en aspectos vitales como: las decisiones políticas, la conducta de los pacientes, las inversiones empresariales en el desarrollo de la ciencia y la tranquilidad ciudadana. En la época actual y el deber ser se corresponde con: a) personas que exigen más información sobre los procesos a que son sometidos; y b) políticos y empresarios que no invierten en desarrollo tecnológico sin que el receptor cumpla mínimamente con criterios éticos y/o de transparencia.

Otro punto importante es establecer que no es posible aplicar el principio de beneficencia por sí solo sin tomar en cuenta el principio de justicia. En la sana armonización entre los dos está el éxito de la bioética y la solución del conflicto deontología vs utilitarismo. Pero ante la inminente elección abstracta entre las dos vertientes filosóficas, la deontología ofrece mayores garantías para el mantenimiento de un estado social y democrático de derecho.

La correcta aplicación de los principios es el control necesario que demanda una sociedad con una nueva ideología para dar respuesta a los conflictos bioéticos actuales y potenciales.

Bibliografía.

- Álvarez, M. (s.f). iztacala.unam.mx. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.iztacala.unam.mx/rrivas/NOTAS/Notas1Introduccion/etiprincipios.html>
- Callaham, D. (2002). Bioética, Poder e Injusticia. Selecciones de Bioética, 30-31.
- Casabona, C. M. (1998). Derecho Biomédico y Bioética . Granada: Comoras.
- França-Tarragó, O. (2008). Fundamentos de la Bioética: perspectiva personalísima . Buenos Aires: Paulinas.
- García, D. (2004). Como Arqueros al Blanco. Estudios de Bioética. . Madrid: Triacastela .
- Grande, F. (1997). Estudios Bioéticos . Madrid: Dykson.
- MASIÁ, J. (1998). Bioética y antropología. Madrid: Ediciones Universidad P. Comillas.
- T. L. Beauchamp, J. C. (1979). Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press .
- Vecchio, G. D. (1933). Los Principios Generales del Derecho. Barcelona: Bosch.
- Vieja, M. T. (2008). Bioética. Contexto e Ideología. En M. T. Vieja, Bioética y Ciudadanía (pág. 24). Madrid: Biblioteca Nueva .



SABER Y JUSTICIA
ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
República Dominicana

<i>Símbolo</i>	<i>Vigencia</i>
<i>Año de inicio</i>	<i>2012</i>
<i>Año de Terminación</i>	<i>9999</i>
<i>Frecuencia</i>	<i>Bianual</i>
<i>Tipo de publicación</i>	<i>Publicación periódica</i>
<i>Soposte</i>	<i>Impreso en papel</i>
<i>Idioma</i>	<i>Español</i>
<i>ISSN</i>	<i>2305-2589</i>
<i>ISSN-L</i>	<i>2305-2589</i>
<i>Sitio web de difusión</i>	<i>www.enj.org web</i>
<i>Temas</i>	<i>Ciencias Sociales</i>
<i>Subtemas</i>	<i>Derecho y jurisprudencia</i>
<i>Clasificación Decimal</i>	<i>343.16</i>
<i>Clasificación Dewey</i>	<i>340</i>
<i>Editorial</i>	<i>Escuela Nacional de la Judicatura</i>
<i>Naturaleza de la publicación</i>	<i>Revista técnico-profesional</i>
<i>Naturaleza de la organización</i>	<i>Institución educativa</i>

Estamos calificados por Latindex

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



www.latindex.org

LA DIGNIDAD HUMANA: PUNTO DE ENCUENTRO DE LA BIOÉTICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS



En el presente trabajo nos proponemos analizar cómo el concepto de dignidad humana constituye el punto común entre la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, y la rama de los derechos humanos conocida como derecho internacional de los derechos humanos formada por el conjunto de instrumentos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), establecidos para proteger los derechos humanos.

El 10 de diciembre de 1948, fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en explícita oposición al concepto de “la vida indigna de ser vivida”, acuñado por los nazis. La declaración expresó que el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz.

La bioética de los derechos humanos nació como una ética de la dignidad, la igualdad y la protección de los seres humanos como sujetos morales y de derechos, en el marco de una visión multilateral de las relaciones internacionales entre los Estados, asociándose así al derecho internacional de los derechos humanos que establece las

obligaciones que los Estados deben respetar, al pasar a ser partes en los tratados internacionales.

En el presente trabajo nos proponemos analizar cómo el concepto de dignidad humana constituye el punto común entre la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, y la rama de los derechos humanos conocida como derecho internacional de los derechos humanos formada por el conjunto de instrumentos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), establecidos para proteger los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos y las instituciones creadas en consecuencia, han sido las resultantes del proceso de incorporación de la temática de los derechos humanos y su protección, por parte del derecho internacional público, donde el tema bioético en las últimas décadas ha alcanzado una importancia capital para la supervivencia de la especie humana. El profesor J. González afirma que la bioética se nutre en gran medida de estos derechos y le sirven como parámetros o pautas que guían u orientan sus decisiones y acciones.

Los derechos humanos constituyen una de las conquistas más significativas de la humanidad, fruto de hechos históricos de importancia capital, como la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos, constituyéndose en el paradigma ético de éste tiempo.



Frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y de otras formas de gobiernos totalitarios, la comunidad internacional adoptó a la dignidad humana como el valor central que debe fundamentar, informar y enriquecer el contenido de los derechos humanos y las protecciones constitucionales. Tal es el caso, de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuyo artículo primero se estipula que, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos también incluyen el término. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su preámbulo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. El reconocimiento de la dignidad humana se encuentra transversalmente en todo el sistema internacional y regional de los derechos humanos, también se encuentra reconocida en el derecho humanitario.

La bioética, por su parte, responde también a las atrocidades de la segunda guerra mundial, levanta la mirada hacia los abusos de la experimentación científica con seres humanos, la eugenesia, la relación médico-paciente, la ética médica, la salud pública y, en general, sobre el impacto que el desarrollo de las tecnologías de la vida tiene para la autonomía y dignidad humana, así como para la preservación del ambiente.

La noción de “dignidad humana” se vincula con el “respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer” (Bayertz, p. 824).

Según Kant, la dignidad es “algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente”; mientras las cosas tienen “precio”, las personas tienen “dignidad” (Kant, p. 189).

Numerosas críticas se han levantado indicando que se trata de una noción puramente retórica y vacía de contenido, esta aparente vaguedad del concepto da lugar a que en ocasiones se lo utilice con significaciones diversas y hasta opuestas, como ocurre, por ejemplo, en el debate sobre la eutanasia, ya que tanto quienes critican como quienes apoyan esta práctica acuden a la noción de dignidad humana.

La dignidad es considerada como algo inseparable de la humanidad misma de todo individuo; no es una cualidad accidental, sino que es algo esencial. En otras palabras, no hay ser humano cuya vida esté desprovista de valor intrínseco.

El derecho internacional con la expresión “dignidad humana”, quiere enfatizar el valor incondicional que posee todo individuo en razón de su mera condición humana, independientemente de su edad, sexo, aptitudes intelectuales, estado de salud, condición socio-económica, religión, nacionalidad, etc., y que este valor exige, a modo de consecuencia, un respeto incondicional.

Según algunos autores, el respeto de la dignidad de las personas no es otra cosa que el respeto de su autonomía, afirmando la bioeticista norteamericana Ruth Macklin, que la noción de dignidad humana es un “concepto inútil”, un “mero eslogan” de la ética médica, porque sólo significa “lo que ya está contenido en el principio ético de respeto de las personas: la exigencia del consentimiento informado, la protección de la confidencialidad de los pacientes y la necesidad de evitar discriminaciones y prácticas abusivas respecto de ellos”. Por esta razón, propone el abandono puro y simple de la noción de dignidad humana en el campo de la bioética (Macklin, pp. 1419-1420).

“La dignidad no es una palabra mágica que basta invocar para encontrar una respuesta definitiva y unívoca”.

Otros estudiosos del tema en cambio sostienen, que la dignidad tampoco puede reducirse a la autonomía de la persona, ya que de ser así, los individuos que aún no tienen autonomía, como los recién nacidos, o los que ya la han perdido de modo irreversible, como las personas afectadas por enfermedades mentales graves, no poseerían ninguna dignidad y, en consecuencia, ningún derecho.

La dignidad no es una palabra mágica que basta invocar para encontrar una respuesta definitiva y unívoca. Esto explica por qué la idea de dignidad necesita habitualmente recurrir a instrumentos jurídicos más precisos, tales como los derechos, para resultar operativa. En efecto, en el ámbito biomédico, a fin de asegurar el respeto de las personas, se recurre a nociones tales como "consentimiento informado", "confidencialidad", "integridad física", "no discriminación", "acceso a los servicios de salud", etc. que se expresan con la terminología de los "derechos".

En el año 2005, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos consolida, por primera vez en la historia de la bioética, un compromiso entre los Estados Miembros de la Conferencia General de la UNESCO para cumplir y respetar los principios bioéticos fundamentales al abordar los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías en lo que corresponde





al ser humano, el respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta declaración, tal y como expresa en su prefacio, reconoce, explícitamente, la interrelación existente entre la ética y los derechos humanos en el terreno concreto de la bioética.

Esta Declaración dispone en su Art. 1o. "La dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales han de ser íntegramente respetados". Este énfasis en la dignidad humana quiere significar que, la exigencia de respeto incondicional de la persona debe dar su sentido más profundo a todas las actividades biomédicas, tanto las realizadas con fines clínicos como de investigación; sin lugar a dudas, la dignidad humana constituye el innegable punto de encuentro entre el bioética y el derecho internacional de los derechos humanos.

Conclusiones.

El reconocimiento de la dignidad humana, es decir, del valor intrínseco de todo ser humano, constituye el principio más importante de la bioética y del bioderecho. Las actividades biomédicas están en relación directa con las prerrogativas más fundamentales de la persona humana, tales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica. Es lógico, entonces, que el principio de dignidad humana, que es la fuente de la que emergen todos los derechos, se invoque como una justificación última de toda regulación normativa en la materia.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos asigna un rol central a la noción de dignidad humana en el campo de la bioética: 1) porque la promoción del respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico configura el objetivo más sobresaliente del documento; 2) porque su respeto constituye el primer lugar entre los principios enumerados; 3) porque la dignidad es reconocida como garantía de no discriminación y no estigmatización de las personas o grupos de personas; y 4) porque este principio fija el marco del respeto de la diversidad cultural.

Esta Declaración ha contribuido de una manera muy importante al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dándole un significativo impulso, por su referencia constante e ineludible al respeto de los Derechos Humanos y a la dignidad inherente del ser humano en el desarrollo de las tecnologías de la vida que como toda actividad humana, no tiene una libertad absoluta que le permita actuar al margen de la ética y del respeto de los derechos humanos.

Bibliografía.

Andorro. R. Hacia una Bioética Universal. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Instituto Roche.

Bayertz, Kurt, Voz "Menschenwürde", en: Hans-Jörg Sandkühler (coord.), Enzyklopädie Philosophie, Hamburg, F. Meiner, 1999, p. 824-826.

D. Gracia. De la bioética clínica a la bioética global, en: Acta Bioética 8 (27-39)2002.

J. González. Genoma humano y dignidad humana. Anthropos – Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Barcelona 2005, p. 57.

Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Barcelona, Ariel, 1999.

Páez. R. Los Derechos Humanos y la Bioética. Seminario de Investigación de Ética y Bioética.

CONOCIMIENTO



ALGUNOS APUNTES SOBRE LA TEORÍA DEL ESTADO INEXISTENTE Y EL GOBIERNO EXTERNALIZADO. NACIONES UNIDAS Y LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE TERRITORIOS

Resumen:

La Organización de Naciones Unidas, y en concreto su Consejo de Seguridad, encargado principal del sistema de seguridad colectiva ha puesto en marcha, casi desde sus inicios, una práctica que se ha convertido en el símbolo más visible de su papel en la paz y la estabilidad internacional: las operaciones de mantenimiento de la paz. El trayecto recorrido por las operaciones de paz ha desembocado en el establecimiento de administraciones internacionales transitorias que, en algunos casos, ejercerán parte de los poderes inherentes a la soberanía nacional.

Abstract:

The United Nations, and particularly the Security Council, is in charge of the system of collective security, and almost from the outset embarked on a practice that has become the most visible symbol of its role in international peace and stability: peacekeeping operations. The path taken by peace operations has led to the establishment of international transitional administrations which, in some cases, will exercise some of the inherent powers of state sovereignty.

Palabras clave:

Naciones Unidas; seguridad colectiva; operaciones de mantenimiento de la paz; administraciones transitorias.

Keywords:

United Nations; collective security; peacekeeping operations; transitional administrations.



Conjuntamente al Mantenimiento de la Paz (*Peacekeeping*), definido como técnica para preservar la paz una vez producido el cese de la violencia y las hostilidades y para asistir e implementar acuerdos entre las partes, a lo largo de la historia de las operaciones de Naciones Unidas sobre el terreno se han ido introduciendo nuevos conceptos que han evolucionado desde el esencial formato militar de observación del alto el fuego y la separación de fuerzas a otros modelos más complejos que incluyen, hoy día, elementos policiales y civiles.

Tras la guerra fría comenzaron a usarse nuevos términos: Pacificación (*Peacemaking*), que incluye medidas de aproximación a conflictos en curso y suele llevar consigo acciones diplomáticas que tienen como fin acercar a las partes a un acuerdo. El Secretario General de Naciones Unidas tiene la posibilidad, además, de ejercer sus 'buenos oficios' para facilitar la resolución del conflicto, bien por propia iniciativa, bien a instancias del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de Naciones Unidas. Las tareas de pacificación pueden ser llevadas a cabo también por grupos no oficiales o personalidades de reconocido prestigio que trabajen de modo independiente; Construcción de la Paz (*Peacebuilding*), que abarca aquellas medidas destinadas a reducir el riesgo de comenzar o renovar un

conflicto a través del refuerzo de las capacidades nacionales para la gestión de conflictos y sus consecuencias a todos los niveles y de construir los cimientos para la paz y el desarrollo sostenible. La construcción de la paz es un proceso (o una serie de procesos) complejo y a largo plazo que implica crear las condiciones necesarias para una estabilidad duradera, funciona atacando las causas estructurales de un conflicto armado violento de modo exhaustivo y requiere incidir en cuestiones básicas que afectan tanto al Estado como a la sociedad; por último, la Consolidación/imposición de la Paz (*Peace Enforcement*) que implica la aplicación de medidas coercitivas, con autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que incluyen el uso de la fuerza. Son actuaciones que se consideran necesarias para restaurar la paz y/o la seguridad internacional una vez que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas determina la existencia de una amenaza o quiebra de la paz, o un acto de agresión. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede, en caso de que lo considere apropiado, también utilizar agencias regionales para llevar a cabo, bajo su autoridad, esta clase de acciones¹.

En el debate actual, las llamadas administraciones internacionales suelen describirse como el último paso evolutivo de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas, de aquellas llamadas 'multidimensionales', que incluyen un componente civil y llevan a cabo funciones de construcción del Estado como el establecimiento o consolidación de las instituciones en situaciones de posguerra. Esta práctica de Naciones Unidas es difícil de conceptualizar, prácticamente un desafío, de hecho cada una de estas operaciones se diferencia de las demás en muchos aspectos, incluso no todas ellas han sido desplegadas tras un conflicto, algunas han sido un elemento para impulsar un acuerdo de paz y otras se han puesto en marcha durante el conflicto mismo². El elemento diferenciador más importante es el alcance del mandato de la misión, que puede ir de la autoridad administrativa parcial a los plenos poderes sin límite fáctico. Los proyectos son diferentes, también su duración, sus objetivos específicos y, significativamente, también cambia la base jurídica de cada administración internacional y de la autoridad que la llevará a cabo.

1 Estas definiciones son proporcionadas por el Departamento de Operaciones de Paz de la ONU en su llamada 'Doctrina Capstone', que incluye también las actuaciones preventivas, UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS, Department of Field Support United Nations Peacekeeping

Operations. Principles and Guidelines, 2008, pp. 17-18. Disponible en: http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf.

2 Algunos ejemplos de despliegue de misiones de paz donde no había paz que mantener son UNPROFOR en Croacia y Bosnia Herzegovina, UNAMIR en Rwanda y UNOSOM II en Somalia.

“Cuando hablamos de Administración Internacional Transitoria estamos haciendo referencia a la administración directa de territorios por parte de las Naciones Unidas”.

A los propósitos de este artículo es conveniente distinguir varios conceptos útiles. Cuando hablamos de Administración Internacional Transitoria estamos haciendo referencia a la administración directa de territorios por parte de las Naciones Unidas. El término “administración directa” se refiere al gobierno de un territorio por parte de una entidad externa con base en la autoridad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Esto tiene que ver principalmente con la aplicabilidad directa de las decisiones tomadas por la entidad sobre el sistema legislativo del territorio afectado, se trata, en resumidas cuentas, de la externalización del gobierno de un territorio.

Aunque la entidad externa suele tener la forma de Representante Especial de Naciones Unidas, existen variaciones, y a veces los Estados miembros se encargan de desempeñar este complejo rol³. En los casos

en que alguna forma de gobierno interno continúa existiendo en el territorio, junto a la administración de Naciones Unidas, se habla de co-administración, en contraste con aquéllos casos en los que Naciones Unidas es la única autoridad en un territorio determinado. La naturaleza obligatoria de las decisiones de la entidad externa, sean de carácter ejecutivo, legislativo o judicial tiene lugar en cualquier tipo de administración directa, sea absoluta o no⁴.

Las administraciones internacionales no son un fenómeno completamente nuevo posterior a la Guerra

Fría, existen ejemplos de esta práctica que se remontan a las administraciones realizadas bajo el mandato de la Sociedad de Naciones de la Ciudad Libre de Danzig (1919-1939) o el territorio del Sarre (1919-1934)⁵. Durante la Guerra Fría, bien entrado el s. XX, la ONU ejerció la autoridad ejecutiva temporal en Nueva Guinea

3 A lo largo de la historia de las Naciones Unidas, las funciones de los Representantes Especiales han evolucionado mucho. Boutros Boutros-Gali, pero muy especialmente Kofi Annan impulsó el desarrollo y la evolución del papel de los Representantes Especiales, que se transformaron en la más alta autoridad de Naciones Unidas sobre el terreno, combinando tareas diplomáticas con tareas de gestión. Un Representante Especial en los inicios se caracterizaba por ser mediador e interlocutor en acuerdos de paz. Hoy un Representante Especial es la personificación y el líder del equipo

de Naciones Unidas que esté trabajando en el terreno, el cabeza de un proceso de paz, el director de una misión de paz, y el administrador en los casos en que la ONU haya asumido la administración territorial. Para acomodar tales asignaciones el mandato de un Representante Especial suele ser poco específico, resultando cruciales las características personales del individuo de que se trate. Véase LEHMANN, Volker. “Special Representatives of the United Nations Secretary General”, Dialogue on Globalization Factsheet, Friedrich Ebert Foundation, Nueva York, 2007, disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/usa/04703.pdf>. Los Representantes Especiales tienen, todos ellos, una sola característica en común: para el nombramiento de ninguno se ha consultado o tenido en cuenta lo que tuvieran que decir al respecto los representantes o los ciudadanos de los territorios de destino.

4 DE WET, Erica. “The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold-War Era: Legal Bases and Implications for National Law”, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2004-8, p. 292.

5 La Ciudad Libre de Danzig fue el primer territorio en ser administrado por la Sociedad de Naciones. La Sociedad de Naciones estaba representada por un Alto Comisionado y tenía tres responsabilidades principales: acordar una Constitución para Danzig, tratar con las posibles disputas que surgieran entre el territorio y Polonia y proteger a la minoría polaca establecida en Danzig. La administración llevada a cabo en Sarre fue, sin embargo, más profunda y se realizó a través de una Comisión que ‘gobernó’ durante 15 años, en los que Francia estuvo autorizada a explotar las minas de carbón como pago parcial por los daños que le habían sido ocasionados por Alemania durante la guerra. El Tratado de Versalles garantizaba a la Comisión todos los poderes gubernamentales que habían pertenecido previamente al Imperio Alemán, Prusia o Baviera. Pasados los 15 años debía organizarse un plebiscito cuyo resultado no era vinculante, sino que debía tomarse en consideración cuando se decidiese sobre la soberanía del territorio. La Sociedad de Naciones también administró, en los años treinta, la ciudad colombiana de Leticia (1933-1934), después de que ésta fuera ocupada por tropas irregulares apoyadas por el gobierno de Perú. WOLFRUM, Rüdiger. “International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and Other International Actors”, en VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger y PHILIPP, Christiane E. (eds), Max Planck Yearbook..., op. cit. p. 660.

Occidental (1962-1963), el Congo (1960-1964) y Namibia (1990-1991)⁶.

El siglo XX fue testigo de la multiplicación de muy diversas formas de compromiso internacional en áreas que siempre habían sido competencia de los Estados. La implicación de actores internacionales en la administración de territorios es sólo una muestra de ello. El Manual de las Naciones Unidas sobre Operaciones de Mantenimiento de la Paz Multidimensionales (*Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*) incluye la administración internacional de un territorio y el ejercicio de los poderes nacionales soberanos como una función más de estas operaciones y afirma que puede exigirse a las operaciones de paz “administrar un territorio por un periodo transitorio y de ese modo que lleven a cabo funciones que normalmente son responsabilidad de un gobierno”⁷.

A pesar de las diferencias que existen entre todas ellas, las administraciones internacionales transitorias tienen ciertas características comunes: la delegación explícita de la administración del estado o territorio por parte del soberano territorial (o, en ausencia de autorización explícita, su ejercicio en beneficio de la población local), todos los

proyectos de administración internacional constan de una estructura de gestión radicada en el territorio en el que van a operar, referida a toda la administración o a parte de ella; los administradores tendrán un carácter dual, por una parte, actúan como autoridades locales y por otra, como autoridades internacionales y, no importa su alcance, tienen un impacto directo en la vida de la población. En muchos casos sus decisiones tienen efectos irreversibles a largo plazo. En general, las Administraciones Internacionales Transitorias pretenden implementar un objetivo político, la institución de un sistema de gobierno liberal que incluye aspectos económicos, de democratización y que abarca los derechos humanos. A menudo la aplicación directa del derecho internacional es la herramienta más valiosa para alcanzar dicho objetivo político⁸.

En todo caso, el formato y la misma puesta en práctica de las administraciones internacionales han sido y es objeto de intensos debates y su uso cada vez más frecuente como modelo organizativo de sociedades que caminan del conflicto a la paz nos obliga a analizarlas escrupulosamente, aunque nos encontramos muy lejos de una definición definitiva. El acercamiento al estudio de las Administraciones Internacionales

Transitorias ha estado caracterizado por un punto de vista que podríamos llamar ‘hermético’, en el sentido de que no se realiza un análisis pormenorizado de los resultados de cada una de las operaciones, sino que cada experiencia es seguida por la subsecuente sin haberse realizado una evaluación de sus resultados, los obstáculos encontrados o sus factores de éxito en la práctica. Naciones Unidas no realiza el análisis y evaluación integral de las misiones de administración de territorios que pone en marcha sino que hace, como mucho, revisiones individuales. Se podría decir que cada una de ellas es un ensayo nuevo que no se beneficia de la experiencia de aquellos que lo precedieron y a menudo se critica la falta de planificación y coherencia de las administraciones internacionales.

El *Informe Brahimi* dedicó apenas unos pocos párrafos al asunto de las administraciones transitorias sin referirse a los problemas de fondo ni a las dificultades que subyacen en estas acciones de la ONU⁹. El *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre*

6 Véase WILDE, Ralph. “From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration”, *American Journal of International Law*, nº 95, vol. 3, 2001.

7 UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS, Peacekeeping Best Practices Unit, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, diciembre de 2003.

8 KOSKENMÄKI, Riikka. “Legitimacy and Accountability of International Administrations. Introductory Remarks”, trabajo presentado en el ‘Workshop on Legitimacy and Accountability of International Administrations’, ESIL Research Forum 2005, Ginebra 26-28 de mayo de 2005, disponible en: http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/KoskenmakkiComment_336.pdf.

9 El Informe Brahimi es un documento de enorme importancia, y no sólo por su honestidad, su ausencia de retórica y lo claro de sus recomendaciones -además de la profunda crítica al funcionamiento de las Operaciones de Paz-, sino porque logró que la ONU adoptara una nueva estrategia de actuación en base a sus recomendaciones. Sin embargo, las referencias a la administración de territorios en el Informe Brahimi son escasas e incluso parece que la Comisión que lo redactó decidiera deliberadamente no profundizar en el asunto. El Informe toma su nombre del diplomático argelino Lakhdar Brahimi, que presidió la Comisión. Report of the Panel on the United Nations Peace Operations (Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de Naciones Unidas), A/55/305-S/2000/809.

Amenazas, Retos y Cambios de Naciones Unidas (High-level Panel on Threats, Challenges and Change), así como el Documento resultante de la sesión plenaria de alto nivel de la Asamblea General en septiembre de 2005 (Cumbre Mundial) recomendaban reformas institucionales favoreciendo el establecimiento de una *Comisión de Mantenimiento de la Paz*, pero no incluyeron entre sus funciones nada tocante a las responsabilidades de las administraciones internacionales transitorias de las Naciones Unidas¹⁰.

El primer ejercicio de envergadura que realizó la ONU en cuanto a gobernanza de territorios comenzó en 1991 con el Acuerdo de París (Acuerdo para el Arreglo Político Integral del Conflicto de Camboya -Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Conflict in Cambodia-), que estableció un Consejo Nacional Supremo compuesto de representantes de las facciones en contienda que delegaba diversas funciones gubernamentales en las Naciones Unidas para ser ejercidas por su misión UNTAC. Es decir, la misión fue establecida sobre una base contractual y se le confiaron poderes de gran relevancia en todas las áreas de la administración civil, además del control directo de

los asuntos exteriores, la defensa nacional, la economía, la seguridad ciudadana y el derecho a llevar a cabo investigaciones referentes la actividad de otros órganos gubernamentales con objeto determinar si el Acuerdo estaba siendo boicoteado y tomar las medidas de corrección necesarias. La autoridad de UNTAC estaba condicionada por la exigencia de seguir los dictados de cualquier posible decisión de consenso entre las facciones representadas en el Consejo, siempre que ésta no violara el Acuerdo. Además de esto, la misión también estaba encargada de llevar a cabo las tareas de una Operación de Mantenimiento de la Paz 'tradicional'. El Representante Especial del Secretario General de esta operación tenía la autoridad de legislar en estas áreas y también en el ámbito electoral. UNTAC tenía la potestad de revocar cualquier ley que pusiera en peligro los propósitos del Acuerdo de Paz y su impacto legislativo fue enorme¹¹. El ejercicio directo de los poderes de gobierno se sobrepasó extendiéndose también al ámbito judicial, en este sentido resulta similar a otras misiones/administraciones de las Naciones Unidas: UNMIK en Kosovo y UNTAET en Timor Oriental.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no autorizó UNTAC basándose en los poderes que le

otorga el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, sino que actuó según su autoridad para hacer recomendaciones a los Estados para el arreglo pacífico de controversias. En consecuencia, el consentimiento de las partes camboyanas constituía un elemento esencial para que el mandato de UNTAC tuviera base jurídica. La explicación que concierne a esta decisión del Consejo es esencial, la operación de Naciones Unidas en Camboya no tenía ninguna relación con el estatus internacional del país, es decir, la soberanía de Camboya no era un asunto urgente que fuera necesario abordar en ningún momento, aunque la disputada legitimidad del gobierno de Phnom Penh fue el factor que provocó que la ONU interviniese. El hecho de que la soberanía de Camboya no estuviera en cuestión permitió, u obligó, a que la intervención se realizase al amparo del Capítulo VI y que se produjese después de la negociación de un alto el fuego y la consecución de un acuerdo de paz¹².

10 STAHN, Carsten. *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, 2008, p. 3. Véase Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, UN Doc. A/59/565 de 2 de diciembre de 2004 y Resolución de la Asamblea General 60/1, de 24 de octubre de 2005.

11 DE WET, Erica. "The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold-War Era: Legal Bases and Implications for National Law", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2004, n° 8, p. 298.

12 El hecho de que todas las partes incumplieron el Acuerdo de París, que antes de las elecciones la soberanía camboyanera era ya simplemente simbólica y que UNTAC fue incapaz de cumplir muchas partes de su mandato no le quita valor al hecho de que la ONU está mejor posicionada como pacificadora si actúa bajo la autoridad de las partes en conflicto que cuando trata de imponer su voluntad desde fuera. MAYALL, James. *The New interventionism, 1991-1994: United Nations experience in Cambodia, Former Yugoslavia and Somalia*, Cambridge University Press, 1996, pp. 12-13.

“En el tiempo que transcurre desde el despliegue de esta misión hasta la creación y puesta en marcha de UNMIK en Kosovo, el Consejo de Seguridad ejerció la autoridad que le confiere el Capítulo VII en múltiples ocasiones para, esencialmente, tratar de acabar con conflictos, desarmar fuerzas hostiles o imponer justicia a criminales de guerra, pero no para ejercer la gobernanza directa en ningún territorio”.

Esta operación es muy distinta de las que se habrían de desplegar más tarde, especialmente de UNMIK en Kosovo y UNTAET en Timor Oriental, no sólo porque estaba subordinada a las autoridades nacionales camboyanas, representadas por el Consejo Nacional Supremo, sino también porque estaba supeditada al logro de un objetivo, que debía suponer también su salida estratégica: la celebración de elecciones libres y democráticas.

En el tiempo que transcurre desde el despliegue de esta misión hasta la creación y puesta en marcha de UNMIK en Kosovo, el Consejo de Seguridad ejerció la autoridad que le confiere el Capítulo VII en múltiples ocasiones para, esencialmente, tratar de acabar con conflictos, desarmar fuerzas hostiles o imponer justicia a criminales de guerra, pero no para ejercer la gobernanza directa en ningún territorio. Tras Camboya tuvieron lugar, a principios de los noventa, otras misiones que gozaron de autoridad ejecutiva en, por ejemplo, Somalia (ONUSOM II) y Haití (UNMIH), con mayor o menor éxito, pero sin pretensión de ejercer el gobierno sobre el territorio¹³.

UNMIK en Kosovo es la misión que supuso por primera vez la creación de un territorio completamente administrado por Naciones Unidas. Pendientes las negociaciones sobre su estatus definitivo, la soberanía de Kosovo descansaba técnicamente en Serbia, pero a todos los efectos prácticos, las competencias soberanas recayeron en Naciones Unidas

suficientemente impreciso como para haber dado lugar a la administración directa. Además, la intervención tuvo lugar por causa de la desintegración de toda forma de gobierno y la anarquía imperante. Sin embargo el discurso oficial fue en todo momento que el pueblo de Somalia tenía la responsabilidad última en la reconciliación y la reconstrucción de su propio país. La crisis que Naciones Unidas quería acabar en Somalia era una catástrofe humanitaria causada principalmente por el colapso de toda autoridad, de hecho Somalia había perdido su soberanía jurídica y práctica sobre sí misma. Pero otorgar a Naciones Unidas la autorización para tomar cualquier medida en pos de crear un entorno que fuera suficientemente seguro como para que los propios somalíes pudieran reconstruir su vida política resultó, en el mejor de los casos, problemático, y en el peor, un grave error. El Estado se desintegró como tal, debido a que la población había elevado sus lealtades de clanes y sub-clanes por encima del orden público, por tanto ¿a quién se quería imponer el mandato de la misión? UNOSOM II no supo encontrar respuesta a esta pregunta y esto desembocó en la negativa del Consejo de Seguridad a invocar el Capítulo VII ante la crisis de Ruanda y a involucrarse seriamente hasta que fue demasiado tarde y el genocidio se había consumado. BERDAL, Mats y ECONOMICIDES, Spyros (eds.). *United Nations Interventionism, 1991-2004*, Cambridge University Press, 2007, p. 21.

que ejerció, durante una década, casi todos los atributos del Estado en nombre del pueblo de Kosovo. Cuando el Consejo de Seguridad de la ONU, a través de la Resolución 1244, autorizó a establecer una presencia internacional de seguridad militar y otra civil en Kosovo, lo hizo explícitamente bajo el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, que ofrece cobertura legal suficiente para el despliegue de una administración territorial. De este modo el estatus *constitucional* de Kosovo desde junio de 1999 a febrero de 2008 descansa en la Resolución mencionada.

Con el establecimiento de UNMIK, Naciones Unidas intentó colmar los huecos que había dejado abiertos en otras misiones, como Somalia y Congo. En lugar de operar en un Estado sin ley, dio los pasos necesarios para restablecer la ley aplicable y las funciones judiciales básicas en el territorio administrado. Además, UNMIK asumió toda la autoridad normativa nada más comenzar la misión.

En la Ley 1999/1, el Representante Especial del Secretario General (de las Naciones Unidas) perfila que la autoridad conferida a UNMIK por medio de la Resolución 1244 incluye todo el poder legislativo y ejecutivo, así como la potestad de administrar

13 El contenido político del mandato de UNOSOM II fue redactado de modo lo

el sistema judicial¹⁴. Según esta norma no sólo puede el Representante Especial emitir actos legislativos aplicables directamente y decidir, por tanto, cuál es la ley en Kosovo, sino que puede también nombrar y cesar a cualquier persona dentro de la administración y del poder judicial. El alcance de su autoridad es prácticamente ilimitado, dando al Representante Especial el control sobre gobierno, el sistema jurídico y el poder judicial en Kosovo.

A pesar de la Resolución 1244 y los Acuerdos de Rambouillet, a pesar de los objetivos de imperio de la ley e instauración de instituciones democráticas, a pesar de todos los textos referentes al Estado de derecho, la concentración de los tres poderes del Estado en unas manos, las del Representante Especial, lejos de servir como un modelo democrático contribuye a que la administración de Naciones Unidas se asemeje a una *gran simulación*. Se simula el funcionamiento de un Estado de rasgos constitucionales, las instituciones democráticas y el imperio de la ley, se simula el control sobre los actores que realizan

funciones gubernamentales, se simula la soberanía de Serbia, y se simula el autogobierno de Kosovo.

La adquisición súbita (transferida por el mandato del Consejo de Seguridad) del poder y la acumulación de enormes responsabilidades “estatales” puso a prueba la capacidad de UNMIK y la calidad de sus estrategias de gobierno, que estuvieron marcadas por la práctica del “ensayo-error”. UNMIK fue, desde el principio, renuente a definir sus poderes como los de una autoridad pública estatal, y, por tanto, sujeta a los mecanismos de equilibrio y control de los poderes o a la revisión judicial¹⁵.

Severa y precisa es, en este sentido, la sentencia del Defensor del Pueblo de Kosovo, en su *Informe* de 2002, dirigida al Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, y que reza: “UNMIK no está estructurada según principios democráticos, no desempeña sus funciones de acuerdo con el imperio de la ley y no respeta trascendentales normas de derechos humanos internacionales. Al pueblo de Kosovo se le priva de sus derechos básicos y de sus libertades tres años después del final de la guerra, y lo hace la misma entidad que fue creada para garantizarlos”¹⁶.

UNMIK se desplegó para ser una excepción, pero a pesar de ello, menos de cinco meses más tarde se puso

en marcha la misión UNTAET en Timor Oriental¹⁷. El territorio era, en esta ocasión, una antigua colonia portuguesa que había sido gobernada por Indonesia desde 1975. Pero la soberanía indonesia no era aceptada por la población, ni gozaba de reconocimiento internacional suficiente, ni de estabilidad. Tras el referéndum celebrado sobre la independencia, en que los timorenses votaron abrumadoramente por la secesión, se produjo una intensa campaña de violencia que desplazó a la mayoría de la población y que finalizó con la intervención de una fuerza militar de mantenimiento de la paz (INTERFET), liderada por Australia¹⁸.

UNTAET y UNMIK pueden considerarse, ambas, como una nueva generación de Operaciones de Mantenimiento de la Paz. En lo que respecta al art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas, que reza “ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a

14 Cabe preguntarse si la Resolución 1244 efectivamente legitimaba el control de los poderes por parte de UNMIK. A diferencia de la Resolución 1272 referente a UNTAET, la 1244 no confiere explícitamente los poderes a la misión sino que enumera los objetivos y funciones que ha de perseguir respetando la soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia. Hay autores que argumentan que el poder legislativo completo, incluyendo la derogación de la ley vigente, va más allá de la autorización de la Resolución 1244, puede verse, a título únicamente referencial Jürgen Friedrich, “UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty” Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 9, n.º. 1, 2005.

15 STAHN, Carsten. The Law and Practice..., op. cit. p. 309.

16 OMBUDSPERSON INSTITUTION IN KOSOVO, “Second Annual Report 2001-2002. Addressed to Mr. Michael Steiner Special Representative of the Secretary General of the United Nations”, de 10 de julio de 2002, p. 1.

17 Véase CHOPRA, Jarat., “The UN’s Kingdom in East Timor”, Survival, n.º 42, 2000. En este artículo Chopra, que fue Director de Administración de Distritos en UNTAET y una autoridad en la materia, compara esta misión con “una monarquía preconstitucional en un reino soberano” (p. 29). Véase asimismo, CHOPRA, Jarat., “Building State Failure in East Timor”, Development and Change, vol. 33, n.º 5, 2000, pássim. Véase también GOLDSTONE, Anthony., “UNTAET with Hindsight: The Peculiarities of Politics in an Incomplete State”, Global Governance, vol. 10, n. 1, 2004.

18 Aprobada por el Consejo de Seguridad en RCS 1264, de 15 de septiembre de 1999.

procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”, parece claro que las dos administraciones son, cuanto menos, muy potentes, y muestran una nueva confianza de la Organización en sus capacidades en materia de construcción del Estado¹⁹.

Aunque estos casos que hemos mencionado han implicado el ejercicio de la autoridad ejecutiva de Naciones Unidas (algunos de ellos incluso a pesar de la oposición de las instituciones nacionales), sólo las operaciones emprendidas en la segunda mitad de la década de los noventa y posteriormente han supuesto que las Naciones Unidas se conceda a sí misma, como Organización, una autoridad que puede sin duda equipararse a la de un Estado, pero careciendo de muchas de las salvaguardas democráticas que los ciudadanos de cualquier Estado democrático deben tener garantizadas.

¹⁹ BENZING, Marcus. “Midwifing a New State: The United Nations in East Timor”, Max Planck Yearbook of United Nations law, vol. 9, 2005, p. 298.

**Infórmese sobre
nuestras capacitaciones en**

www.enj.org

o solicite información escribiéndonos a:

admisiones@enj.org

Tel.: 809-686-0672

Ext. 431



LA PERSONA FACILITADORA

Resumen:

El enfoque por competencias demanda una persona facilitadora que lo haga efectivo, por ello, esta persona debe contar con un perfil que incluya elementos tanto cognitivos como actitudinales que le facilite desempeñarse como tal. Se debe tomar en cuenta que facilitar es algo más que exponer magistralmente una temática, involucra aspectos en cuanto a la mediación pedagógica y a las devoluciones que se realizan, es considerar los diferentes estilos de aprendizaje así como las diversas personalidades de las personas participantes, se trata de facilitarles la construcción del conocimiento más que de enseñarles.

Abstract:

The competency approach requires a facilitator to make it effective, therefore, this person must have a profile that includes both cognitive and attitudinal elements that facilitate him to perform as such. It should be taken into account that facilitating is something more than masterfully exposing a topic, it involves aspects in terms of pedagogical mediation and the returns that are made, it is to consider the different learning styles as well as the different personalities of the participants, it is to facilitate the construction of knowledge more than to teach them.

Palabras clave:

Facilitación; competencias; mediación; devolución; aprendizaje significativo; aprendizaje situado; holístico; contexto; aprendizaje integral; constructivismo social.

Keywords:

Facilitation; competencies; mediation; return; significant learning; situated learning; holistic context; comprehensive learning; social constructivism.



La facilitación es un término que toma auge a partir del año 2005 cuando se enfatizan cambios relevantes en los procesos de formación y capacitación. De acuerdo con el Instituto de facilitación y cambio, la facilitación es el **“conjunto de habilidades, técnicas y herramientas para crear las condiciones que permitan un desarrollo satisfactorio de los procesos grupales y personales; tanto en la consecución de sus objetivos y realización de su visión, como en la creación de un clima relacional donde reine la confianza y una comunicación fluida, empática y honesta”**²⁰. Desde este punto de partida, se analiza la labor y características de quien facilite las actividades formativas, pues ya la definición conduce hacia los componentes del enfoque por competencias.

Y es que se puede conocer, dominar y disertar de manera nutrida sobre el enfoque por competencias, pero indudablemente quien lo hace efectivo en los procesos de capacitación es la persona facilitadora, por ello es relevante referirse a su desempeño, puesto que en el enfoque por competencias la persona que inicia el cambio del paradigma es la facilitadora, es quien se va a encargar de guiar, dirigir el proceso de formación, actividad que le licencia para la aplicación real y concreta de este enfoque.

“La realidad a la que responde su puesto y desempeño, le brindará insumos importantes para su perfeccionamiento como persona facilitadora ya que le permitirá contextualizar su servicio y el de las personas participantes, brindándole insumos suficientes para plantear situaciones específicas de la realidad laboral ante las cuales se debe proponer resoluciones concretas y acordes con las del medio en el que trabajan”.

La persona comisionada para esta función se desempeña de forma distinta que el personal docente, ya que este último se encarga de “enseñar” mientras que quien facilita es la persona que guía el proceso que permite a la población participante desarrollar sus capacidades. En este aspecto es trascendental indicar que las competencias no se enseñan, sino que se desarrollan a partir de acciones que estimulen ese proceso y es la persona facilitadora quien coadyuva en este asunto mediante estrategias novedosas e innovadoras.

Es imprescindible tener presente que el personal facilitador tiene como finalidad capacitar a las personas para la obtención de un nuevo perfil profesional, el cual debe involucrar aspectos del saber, el hacer, el ser, estar y convivir; por lo que debe ir más allá de la simple enseñanza, debe avanzar hacia el incentivo constante de las capacidades del estudiantado para enfrentar, proponer y resolver situaciones

relacionadas con su función de manera creativa y reflexiva.

El personal facilitador debe dominar el enfoque por competencias, tanto lo relacionado con las estrategias didácticas como las de evaluación. En un primer momento, dominarán los ejes esenciales del enfoque, esto es sus características y finalidades como orientación pedagógica, y a partir de esta conceptualización, contará con un dominio teórico y práctico de su área de especialización, incluyendo la realidad a la que corresponde esta área, por cuanto, es a partir de este contexto que planteará y ejecutará la capacitación.

La realidad a la que responde su puesto y desempeño, le brindará insumos importantes para su perfeccionamiento como persona facilitadora ya que le permitirá contextualizar su servicio y el de las personas participantes, brindándole insumos suficientes para plantear situaciones específicas de la realidad laboral ante las cuales se debe

²⁰ Instituto Internacional de facilitación y cambio (IIFAC) (2011) ¿Qué es facilitación? España. Sitio Web facilitacion.org

proponer resoluciones concretas y acuerdos con las del medio en el que trabajan.

Las resoluciones que se propongan debe contemplar su alcance, el inmediato, mediato y a largo plazo; por esta razón es que la formación tendrá como finalidad la integralidad, esto quiere decir que es necesario visualizar la realidad como un todo holístico y no como la suma aislada de las partes que la componen. En esta línea de pensamiento, la persona facilitadora procurará un desenvolvimiento de las capacidades de sus estudiantes de forma global, para alcanzar un aprendizaje significativo, integral y situado.

“El aprendizaje integral hace referencia a la inclusión de los aspectos sociales, culturales, políticos y económicos propios del contexto en que se desempeña la persona participante y que por supuesto inciden en su formación y propuestas”.

El aprendizaje significativo es aquel que parte de los conocimientos previos de la persona participante, pero se puede ir más allá y afirmar que,

toma como base los conocimientos y experiencias previas a los cuales se relaciona el nuevo conocimiento y al enlazarse conforman un nuevo aprendizaje que fue denominado por Ausubel como “significativo”, es decir, que nada queda de lado, pues brinda el fundamento y realiza una conexión con lo nuevo, con lo cual se analiza superando la literalidad y facilitando el enriquecimiento de los diferentes saberes.

El aprendizaje integral hace referencia a la inclusión de los aspectos sociales, culturales, políticos y económicos propios del contexto en que se desempeña la persona participante y que por supuesto inciden en su formación y propuestas. A esta característica se incorpora la condición de aprendizaje situado, que se fundamenta en los elementos de pertenencia (contexto), participación (laboral) y práctica, se trata de un crecimiento extendido dentro de una labor profesional o técnica en una organización determinada, en lo que contribuye la formación continua.

Al analizar estos aspectos correspondientes al enfoque por competencias, es relevante el papel que desempeña la persona facilitadora, ya que debe efectuar una verdadera mediación pedagógica, puesto que en la formación bajo este enfoque, el centro de la actividad es el estudiantado, el cual requiere desarrollar su pensamiento crítico y reflexivo, y ante ello la persona facilitadora debe contar con la capacidad de preparar estrategias

de enseñanza-aprendizaje y de evaluación idóneas para estimular una formación integral, contextual y significativa, por ello se afirma que debe procurarse una enseñanza holística, en la que se facilite más que el saber declarativo, el procedimental y actitudinal, para que el impacto del proceso incida tanto en lo laboral como en lo profesional y personal.

Para que ello sea efectivo, la persona facilitadora debe contar con un perfil que lo caracterice como una persona que:

- » Investiga los avances y novedades de su especialidad y de su contexto.
- » Investiga los conocimientos previos de sus personas participantes y muestra respeto por su formación y experiencia anterior.
- » Favorece que el estudiantado construya su propio conocimiento, facilitando que formule sus propias definiciones, planteamientos e ideas, eso sí, de forma fundamentada.
- » Promueva la autorreflexión constante de quienes son sus participantes sobre su propio aprendizaje, que se cuestionen sobre lo que se aprendió, cómo se aplica y cuál es su contribución en su desempeño laboral y profesional.



- » Emplea situaciones reales o similares a la vida profesional para el análisis y resolución por parte de sus estudiantes, incentivando de esta manera su creatividad e innovación.
- » Ofrezca ayuda individual o grupal a sus personas participantes, acordes con las necesidades de aprendizaje que presentan.
- » Respete los estilos o ritmos de aprendizaje de las personas participantes, por lo que plantea las diversas actividades desde la perspectiva de ellas, dejando de lado aspectos como “el deberían saber...”, para transformarlas en el desempeño propio de ellas de acuerdo con sus capacidades y destrezas.
- » Motiva la participación activa en las actividades de aprendizaje, razón por la cual requiere de su actualización en cuanto a los medios electrónicos para comunicarse, formar y evaluar, por lo que es importante su aproximación a las plataformas virtuales, recurso avanzado en los procesos de capacitación y formación.
- » Facilita un ambiente de trabajo en grupo, con la aspiración de que se torne en trabajo en equipo, surgiendo de esta manera lo que señala el constructivismo social, que la persona descubra el

conocimiento pero también lo comparta, compare y analice en su relación con quienes le acompañan. Ello permite analizar la situación, construir un criterio sobre ella, confrontarla con las otras personas participantes y re-elaborar el pensamiento con los nuevos aportes recibidos. Para que esto se genere, la persona facilitadora procurará las situaciones necesarias mediante trabajos individuales y grupales que sean expuestos y discutidos en plenaria, respetando las diversas perspectivas que surjan.

- » De la mano con lo anterior es importante que la persona facilitadora emplee la metodología del aprendizaje basado en problemas, con la finalidad de que la persona participante desarrolle su capacidad de:
 1. Identificar y resolver problemas.
 2. Analizar el impacto en el desempeño de su propia actuación profesional y de sus responsabilidades éticas.
 3. Proponer actuaciones y soluciones ante aspectos relacionados con su desempeño y con el medio en que se desenvuelve profesionalmente.
 4. Movilizar su conocimiento teórico para su aplicación en las diversas

situaciones que enfrente sin dejar de lado el componente actitudinal.

Las características mencionadas corresponden a la mediación pedagógica que realizará una persona facilitadora acorde con el enfoque por competencias, esto es relacionar a la persona participante con los componentes competenciales que requiere desarrollar, que vincule significativamente sus conocimientos y experiencias anteriores con lo nuevo así como con su desempeño laboral y profesional.

“La persona facilitadora debe evaluar los productos y desempeños de quienes son sus estudiantes a partir de instrumentos conformados por criterios de desempeño e indicadores que al emplearlos le permita determinar tanto las áreas fuertes como las que requieren ser fortalecidas, y para ello es indispensable acompañar esta evaluación con una devolución pedagógica”.

Sin embargo, es importante enfatizar lo correspondiente a la función de quien facilita como persona evaluadora, ya que este componente del proceso de facilitación es fundamental porque impacta al estudiantado, por ello es menester que emplee estrategias evaluativas acordes con el enfoque por competencias, con la mediación llevada a cabo y con las particularidades de sus estudiantes y del contexto.

La persona facilitadora debe evaluar de manera puntual los diferentes productos y desempeños de quienes son sus estudiantes a partir de instrumentos conformados por criterios de desempeño e indicadores que al emplearlos le permita determinar tanto las áreas fuertes como las que requieren ser fortalecidas, y para ello es indispensable acompañar esta evaluación con una devolución pedagógica, que le permita contar con una guía para fortalecer aquellos aspectos que lo requieren, indicando la forma de lograrlo y hasta las fuentes que le coadyuvarán.

La devolución pedagógica es la combinación ideal entre la evaluación sumativa y la formativa, lo que faculta a la persona participante a avanzar en su desarrollo, en su formación tanto en cantidad como en calidad, pues toma conciencia de su desempeño y de las herramientas que le permitirá enriquecerlo.

Para esto, la devolución debe estar constituida por elementos valorativos que expresan la aprobación o desaprobación de las posturas afectivas, motivacionales y de esfuerzo.

Además debe incluir elementos descriptivos, que traten de forma directa y específica los logros o progresos del estudiantado en relación con los desempeños esperados. Es relevante que la persona facilitadora brinde herramientas, acciones para que las personas participantes analicen sus productos y desempeños con la intención de mejorarlos, enriquecerlos, contribuyendo así con su desarrollo competencial.

En párrafos anteriores se indicó la necesidad de que la persona facilitadora se aproxime a las plataformas virtuales, este aspecto se vuelve enfático en cuanto a evaluaciones, pues en muchos casos, es el medio directo por el cual quienes son participantes consultan sobre los resultados que obtienen, pero sobre todo, sobre las devoluciones de la persona facilitadora, lo que les permitirá reflexionar y mejorar el desarrollo de sus capacidades. Por esta razón, la persona facilitadora debe contar con habilidad en la comunicación asertiva, respetuosa y concreta; debe destacarse como agente de cambio, puesto que hará la diferencia en los procesos formativos, los cuales desarrollará de forma creativa, participativa, transformándose en oportunidades para que sus participantes engrandezcan sus capacidades y al mismo tiempo contribuyan con el crecimiento de las propias.

Bibliografía.

1. Aravena González, Alfonso (2010) El rol de la persona docente en función de la formación por competencias. Chile.

2. Ferreiro Gravié, Ramón (2007) Una exigencia clave de la escuela del siglo XXI: la mediación pedagógica. México.
3. Gardini, Alberto (s/f) Aplicando el enfoque holístico en la educación del siglo XX. Revista Científica de Educación y Desarrollo Social Irundú. Paraguay.
4. Guyas Fitch, Rosa y otros (2015) Modelo de educación holística: Una propuesta para la formación del ser humano. Revista Actualidades Investigativas en Educación. Volumen 15, número 3, septiembre-diciembre. Universidad de Costa Rica.
5. Instituto internacional de facilitación y cambio (IIFAC) (2011) España. Sitio web facilitacion.org
6. Madueño Serrano, María Luisa (2005) La mediación pedagógica como elemento fundamental de las competencias docentes del maestro ITSON. En: Revista Vasconcelos de Educación, Volumen I, Nº 1, julio-diciembre 2005, PP. 81-87. México.
7. Pavié Nova, Alex (2007) Formación profesional docente y enfoque por competencias. Ponencia en el I Congreso ACOFADE (Asociación Colombiana de Facultades de Derecho) de Educación y Derecho para el siglo XXI. Colombia.
8. Tedesco, Fedra (2007) Devolución: instancia de aprendizaje. Revista Iberoamericana de Educación. Argentina. Universidad Abierta Interamericana.



Presentaciones cada semana por nuestro canal de
[YouTube.com/enjportal](https://www.youtube.com/enjportal)



EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Resumen:

En el presente trabajo se analiza el objeto del derecho humano al agua potable, su reconocimiento en el ámbito del derecho positivo y su desarrollo jurisprudencial por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Corte Interamericana de derechos humanos.

Abstract:

This paper analyzes the human right to drinking water, its recognition in the area of positive law and its jurisprudential development by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica and the Inter - American Court of Human Rights.

Palabras clave:

Derecho humano al agua; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Keywords:

Human right to water; Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice; Inter-American Court of Human Rights.

Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es exponer las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, acerca del derecho humano al agua potable. Lo anterior supone, en primer lugar, la necesidad de desarrollar el objeto de este derecho fundamental, el cual, bien podría decirse que goza de una protección multinivel, en cuya razón disfruta de distintos ámbitos de tutela, tanto en el derecho internacional, comunitario, e interno.

En este orden de ideas, es claro que el suministro oportuno del agua potable resulta ser un derecho humano de carácter fundamental y, por tanto, goza de protección en el ámbito del Derecho de la Constitución, aunque ninguna norma de la Constitución Política lo proclama, expresamente, como tal. En este orden, figuran en la corriente legislativa distintos proyectos de reforma a la Constitución en aras de introducir el derecho humano al agua potable. Dichos proyectos serán comentados en esta oportunidad.

Con posterioridad, serán analizadas las sentencias de la Sala Constitucional tendentes a reconocer y dotar del derecho al agua potable del carácter supra aludido, sin soslayar, desde luego, los aportes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Aproximación del derecho humano al agua potable.

Como lo expone SAURA ESTAPA: *“el agua dulce constituye el 2,5% del agua mundial. Pero la mayor parte de ésta se encuentra helado en los polos (70%) y la inmensa mayoría del resto, que se encuentra en estado líquido, resulta inaccesible por subterránea. Así pues, sólo el 0,3% del agua dulce es accesible en lagos, reservorios y ríos. Y está mal repartida, tanto en el espacio como en el tiempo. El agua es, por tanto, un recurso limitado, con alto valor ambiental y social, además de indudable valor vital”*²¹.

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de proteger el agua como recurso natural y de proclamar el derecho al agua potable, como humano fundamental, inherente a toda persona humana viviente, dotada de dignidad. En este orden, en la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015 se reconoce que en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico. Por su parte, en la resolución No. 64/292 de 2010, de la Asamblea General de la ONU se establece que el derecho al agua y al saneamiento constituye un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos

los derechos humanos. Por lo anterior, se *“insta a todos los Estados como a las organizaciones internacionales, para que a través de la cooperación proporcionen recursos financieros, capacitación y tecnología, especialmente a los países en desarrollo, para procurar el acceso al agua potable y el saneamiento a la población mundial”*²².

Por su parte, en la Observación General No. 15, de 2002, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua, se desarrollan sus contenidos esenciales, a partir de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce al agua como bien público y condición de garantía de otros derechos. En estas observaciones se prescribe la necesidad de tener en cuenta tres factores: a) disponibilidad, referente a un abastecimiento continuo y suficiente b) calidad, es decir, que sea salubre y apta para su consumo y, c) accesibilidad, física, económica y sin discriminación alguna. Igualmente concibe obligaciones generales de aplicación progresiva, condenando cualquier medida regresiva, sobre todo con respecto a la no discriminación y el cumplimiento de obligaciones del PIDESC. Concibe, asimismo, obligaciones específicas de respeto, protección

21 Véase Saura Estapa, J., El derecho humano al agua potable y al saneamiento en perspectiva jurídica internacional, en *Derechos y Libertades*, número 26, época II, enero 2012, pág. 153.

22 Ver Becerra Ramírez J., y otro, El derecho humano al acceso al agua potable: aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica, *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, volumen XIX, número 37, enero-julio 2016, pág. 136.

y cumplimiento²³. De esta forma, de acuerdo con CARBONELL, estas observaciones implican las siguientes obligaciones básicas de los Estados en materia del agua:

“Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima suficiente para el consumo personal y doméstico, así como para prevenir enfermedades.

Asegurar el derecho de acceso sin discriminación –política, social o económica-, especialmente por lo que hace a los grupos vulnerables o marginados.

Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular sin que ello implique largos trayectos o tiempos de espera.

Ver por una distribución equitativa.

Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales para toda la población. Incluye indicadores y niveles de referencia para evaluar los avances.

Vigilar el grado de realización o de no realización del derecho al agua.

Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a grupos vulnerables marginados.

Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua.”²⁴

Sobre el particular BECERRA RAMÍREZ Y SALAS BENÍTEZ advierten que este derecho ya había sido tratado implícita y explícitamente en distintos mecanismos internacionales, y plasmado en diversas resoluciones, declaraciones, informes y programas que resultaron de múltiples cumbres y conferencias mundiales, entre los que se encuentran:

“La Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, también conocida como la Conferencia de Dublín de 1992; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Cumbre de Río 1992, en el capítulo 19 del programa; la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo de 1994; el programa Hábitat de 1996; la resolución 54/175 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1999,

relativa al derecho al desarrollo; la resolución 55/196 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2000, que proclamó 2003 como Año Internacional del Agua Dulce; la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, la resolución 58/217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2004; el proyecto de directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento E/CN. 4/Sub. 2/2005/25, contenido en el informe del relator especial para el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas en 2005 y la decisión 2/104 del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y el acceso al agua de 2006. También la resolución 61/192 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2006, que proclamó el 2008 como Año Internacional del Saneamiento; el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y los contenidos de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y al saneamiento, que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos en 2007; la resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos de 2008, en la que se nombra a un

23 Véase Mesa Cuadros, G., Soberanía hídrica y derechos ambientales, Monografía de Revista Aranzandi de Derecho Ambiental, Desafíos del Derecho de Aguas, Editorial Aranzandi, enero de 2016, pág. 6.

24 Ver Carbonell, M., Los derechos fundamentales en México, México, UNAM, Porrúa, 2005, CNDH, citado por Flores Elizondo, R., y otro, El agua y el saneamiento como un derecho humano, Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública, volumen 4, número 8, julio-diciembre de 2011, págs. 96-97.

*experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos vinculadas con el acceso al agua potable y el saneamiento: la resolución 12/8 del Consejo de Derechos Humanos de 2009 y la resolución 64/198 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa al examen de la mitad de período de actividades del Decenio Internacional para la Acción: “El agua, fuente de vida”.*²⁵

Además, existe una tutela específica de este derecho con respecto a ciertos grupos vulnerables, como lo es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en que se consagran diversas obligaciones estatales en el sentido de suministrar el agua potable.

Ahora bien, en el ámbito regional europeo, la preocupación del Consejo de Europa por la cuestión del agua se remonta a la emisión, por parte del Comité de Ministros, de la Carta Europea del Agua en el año 1967. Este documento ha sido actualizado con la recomendación (2001) 14 de 17 de octubre de 2001, en que se aprueba la *“European Charter of Water Resources”*. En esta carta, los estados miembros

del Consejo de Europa reconocen el carácter de derecho humano del acceso del agua: en los siguientes términos: *“Everyone has the right to a sufficient quantity of water for his or her basic needs”*.²⁶ En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la negativa de suministrar agua potable a un privado de libertad, se corresponde con un tratamiento indebido, contrario a su dignidad humana (Véase el *caso Kashavelov. c. Bulgaria, sentencia de 20 de enero de 2011*). Por su parte, en el ámbito del derecho comunitario europeo, existen algunas referencias implícitas en el Tratado de Lisboa y en la Carta de los Derechos Fundamentales. Se han dictado, al menos, dos directivas tendentes a fortalecer el disfrute de este derecho, entre otros esfuerzos²⁷.

“En el ámbito costarricense, aunque ninguna disposición de la Constitución Política proclama el derecho al agua potable como fundamental, así lo ha entendido y desarrollado la Sala Constitucional en su Jurisprudencia, como lo

veremos más adelante, a partir del contenido de diversos Instrumentos Internacionales supra referidos”.

Por su parte, en el ámbito costarricense, aunque ninguna disposición de la Constitución Política proclama el derecho al agua potable como fundamental, así lo ha entendido y desarrollado la Sala Constitucional en su Jurisprudencia, como lo veremos más adelante, a partir del contenido de diversos Instrumentos Internacionales *supra* referidos. Entre los proyectos de reforma parcial a la Constitución Política que circulan en la Asamblea Legislativa en aras de consagrar, expresamente, el derecho humano al agua potable, es posible mencionar los siguientes, sin ánimo de efectuar una revisión exhaustiva: el tramitado bajo el expediente No. 17.973, de reforma al artículo 50 de la Constitución Política para hacer del agua potable un derecho humano; el seguido bajo el expediente No. 17.795, de reforma constitucional para garantizar los derechos fundamentales a la salud y al acceso al agua, cuyo texto del artículo 21 constitucional, según el proyecto, sería el siguiente:

“La vida humana es inviolable. Toda persona tiene derecho a la salud y a acceder al agua de forma suficiente, segura, física y económicamente asequible

²⁶ Ver Saura Estapa, J., El derecho humano..., op. cit. págs. 172-173.

²⁷ Véase Saura Estapa, J., *El derecho humano...*, op. cit. págs. 174-175.

²⁵ Ver Becerra Ramírez J., y otro, El derecho humano al acceso..., op. cit. pág. 136.

y en condiciones de calidad adecuadas para el consumo humano, tanto para uso personal como doméstico. El Estado debe garantizar la gestión sostenible y equilibrada de los recursos hídricos”;

También es importante mencionar, en el ámbito infra-constitucional, el proyecto de ley tramitado en el expediente núm. 20.212, tendente a la aprobación de la Ley para la gestión integrada del recurso hídrico, la cual tiene como objetivo regular y tutelar el aprovechamiento y el uso sostenible del recurso hídrico continental, insular y marino, por considerarlo un recurso fundamental para la vida, limitado y vulnerable. De este modo, se considera que la gestión del recurso hídrico será integral a fin de garantizar su acceso universal, solidario, equilibrado y equitativo, en cantidad y calidad adecuadas, para satisfacer las necesidades sociales, ambientales y económicas de las generaciones presentes y futuras y el desarrollo sostenible de la nación. Dicha gestión deberá aplicarse tomando en consideración la vulnerabilidad, adaptación y mitigación del cambio climático que afecta directa o indirectamente el recurso hídrico y los ecosistemas asociados.

Las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre el derecho humano al agua potable.

En sus 28 años de funcionamiento, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha dictado algunos fallos emblemáticos en materia de reconocimiento del derecho humano al agua potable. Así, por ejemplo, en la sentencia No. 2008-8108 de 3 de mayo, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“Del derecho fundamental al agua potable. Según lo ha expresado este tribunal a través de su jurisprudencia, el derecho al abastecimiento de agua potable, como servicio público estrechamente vinculado al derecho a la salud y al de propiedad, entre otros, no puede ser negado. Es en ese sentido que en la sentencia número 2003-04654 de las 15:44 horas del 27 de mayo del 2003 se indicó en relación con este tema:

“V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y

la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que: “Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos”²⁸.

²⁸ A mayor abundamiento, en la sentencia aludida la Sala Constitucional también consideró lo siguiente: “VI.- Del anterior marco normativo se

deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. De esto tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlos y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos. VII.- En el caso de la amparada, su terreno es declarado idóneo para vivienda, por las instituciones públicas competentes (v. folios 5 y 6) y las actuales condiciones técnicas y la falta de adopción de medidas oportunas por parte de la Empresa pública que tiene encomendado el suministro del agua potable en la zona, han conducido al rechazo de la solicitud del servicio, lo cual, en un corto plazo, exige una solución oportuna, para no hacer nugatorio su derecho fundamental a ese servicio básico. En casos similares, la Sala ha considerado, por ejemplo, que: “El derecho al abastecimiento de agua potable, como servicio público estrechamente vinculado al derecho a la salud y al de propiedad, entre otros, no puede ser negado, como en el presente caso, por la inercia de la Administración, o, en este caso, del Comité al cual aquella ha delegado la administración del Acueducto, incluso, aunque se trate de una paja para fumigar el café y darle uso esporádico para habitación. Es evidente que el Comité no está cumpliendo sus cometidos ya que, según lo afirma el recurrido para negar la discriminación alegada por el amparado, desde hace tres años no se otorgan pajas de agua. Por lo

anterior, el Comité deberá señalar al recurrente cuáles requisitos ha omitido cumplir en su solicitud y una vez que los cumpla, le otorgue la paja de agua” (Sentencia #2002- 10776 de las 14.41 horas del 14 de noviembre del 2002).” En el caso que aquí se estudia, de igual forma, existe un documento que acredita que uno de los usos permitidos para el terreno del que es propietario el actor es el de vivienda (f.29), sin embargo las instituciones ante las cuales ha acudido niegan tener competencia para suministrar el servicio. III.- Así, no existe duda en el presente asunto sobre la titularidad del actor del derecho fundamental al agua potable y a que el líquido se le suministre en el inmueble donde pretende construir. No obstante, definir la responsabilidad institucional de la provisión de agua no resulta tan claro a la luz de los argumentos dados por cada uno de los recurridos. Sobre este aspecto en particular, en el ordenamiento jurídico costarricense el ente rector en materia de agua potable, creado como institución autónoma con el fin de llenar ese cometido, es el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (sentencia de esta Sala N°2000- 09051, de las 10:18 horas del 13 de octubre de 2000). Así se desprende de los artículos 1°, 2° y 21 de su Ley Constitutiva; 33 y 41 de la Ley de Aguas; y 2°, 3° y 4° de la Ley General de Agua Potable. Las municipalidades también han tenido participación en la materia, y pueden seguirla teniendo, sobre todo a partir del concepto de prestación de servicios municipales (artículos 3° y 4° inciso c) del Código Municipal) y frente al hecho que varias de ellas administraban acueductos antes de la creación del Instituto, pero con su fundación la participación local ha adquirido un carácter netamente subsidiario (artículos 5° y 6° de la Ley General de Agua Potable), al punto que conservar la administración de un acueducto se supedita a que en la provisión del servicio se cumpla el principio de eficiencia. IV.- Dentro de este esquema de coexistencia de entes administradores del servicio de agua potable, si en una determinada zona –aún fuera del Cantón de la Municipalidad de que se trate- existe un acueducto y es a través de él que se satisface el derecho al agua potable de los vecinos del lugar, la importancia de este servicio trasciende el carácter territorial connatural a ese tipo de ente público. Tanto en los informes del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como en el de la Municipalidad de Moravia se asevera bajo juramento que en el lugar donde el actor desea construir quien presta el servicio público de agua potable es la Municipalidad de Santo Domingo, afirmaciones que se respaldan en los documentos de folios 7 y 84 de este expediente. Por su parte, los representantes de la Municipalidad de Santo Domingo no

Otra sentencia relevante es esta materia, sin duda, es la No. 2014-2410, se trata de un recurso de amparo

desmienten la cercanía del acueducto con la zona donde está la propiedad del recurrente y se constriñen a esgrimir tres series de argumentos. Una, que ya ha sido analizada, centrada en la restricción de los servicios de la Municipalidad a la circunscripción territorial de su cantón. Una segunda, relacionada con la naturaleza privada del contrato de suministro de agua potable, desmentida por el carácter público que se asigna a ese servicio en la Ley General de Agua Potable (artículos 1° y 2°), la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (artículos 1° y 2°), la Ley General de Salud (artículos 266 y 267) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículo 5°). Finalmente, se acude al argumento de la dificultad técnica en la prestación del servicio, sobre todo en la época seca. Este último alegato, de mayor peso, no releva, sin embargo, a la Municipalidad de su obligación de prestar el servicio, sino que más bien la compele a buscar –mediando incluso colaboración de otras instituciones como sería el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y la Municipalidad del Cantón donde está el inmueble- soluciones de abastecimiento generales. V.- De todas maneras, para el caso concreto del actor la solución inevitable es la estimatoria del recurso, por lesión del derecho a la salud, ordenando al Presidente del Concejo Municipal de Santo Domingo de Heredia proveer al actor del servicio de agua potable, contra el pago de la tasa que al efecto se cobra y en el término de un mes contado a partir de la comunicación de esta sentencia, de lo que deberá oportunamente informar a la Sala. VI.- Ahora bien, partiendo de los artículos 169 de la Constitución, 3° y 4° inciso c) del Código Municipal, no puede la Municipalidad de Moravia, donde se ubica el lote del actor, desentenderse de que en su territorio se presten adecuadamente los servicios públicos, especialmente aquellos que son indispensables, como es el agua potable. Por ello, en coordinación con la Municipalidad de Santo Domingo deberá adoptar las providencias y medidas necesarias a efecto de extender el servicio de acueducto a la zona que aquí interesa. Para ello contará con un plazo de veinticuatro meses. Lo anterior, además, sin perjuicio de recordar al Instituto recurrido su responsabilidad y la urgencia de la búsqueda de repuestas generales inmediatas al problema de abastecimiento de agua potable en la zona”. Véase en el mismo sentido la sentencia No. 2009-8767 de 26 de mayo.

contra el Ministerio de Salud, en el cual el accionante alega que el Decreto Ejecutivo núm. 32327-S del Ministerio de Salud, Reglamento para la calidad del Agua Potable, viola el derecho a la salud y un ambiente sano, al exigir exámenes de agua de nivel 3, mediante el cual se analiza la presencia de varios químicos, entre ellos arsénico, únicamente para las poblaciones con 50.000 habitantes o más.

En este caso se analizaron los siguientes temas: El derecho al agua potable y se cita la sentencia 7598-13. El principio precautorio en materia de salud, en donde se cita el voto 17747-06. El principal reclamo del amparado se dirige contra el artículo 7 inciso 7.3 del Decreto 32327-S, el cual establece que el programa de control hasta el nivel tercero, que determina la presencia de arsénico, se cumplirá en todos los acueductos con población abastecida superior a 50.000 habitantes. Por su parte, la Ministra de Salud asegura que el análisis de agua se realiza con base en el cuadro B del anexo 2 del Decreto 32327-S, el cual incluye el análisis de nivel 3 para todos los operadores del país.

Al solicitar informe al Laboratorio Nacional de Aguas, se aclara que el análisis de nivel 3 se realiza obligatoriamente en todos los acueductos que abastecen 50.000 personas o más; pero que, sin embargo, se han hecho esfuerzos por extender ese nivel de análisis a todos los acueductos del país. Es decir, en la

práctica, si bien se pretende realizar el análisis de nivel 3 a todos los acueductos del país, lo cierto es que se aplica prioritariamente el artículo 7° del Decreto 32327-S. Cabe señalar, aunque no haya sido disputado por ninguna de las partes, que es competencia del Ministerio de Salud controlar la calidad del agua potable, misma que deriva de la Ley General de Salud y del Decreto mencionado. Ha quedado patente según la prueba aportada que el arsénico es una sustancia altamente peligrosa para la salud de las personas. Además, la situación nacional actual, que ha visto niveles peligrosos de contaminación de agua por presencia de arsénico en diferentes zonas del país, permite concluir que la amenaza de contaminación por arsénico es real y palmaria. Ante dos posibles interpretaciones del Decreto 32327-S – la primera, basada en el artículo 7°, según el cual el nivel 3 de control se aplicará únicamente en acueductos que abastecen a poblaciones mayores a 50.000 habitantes; la segunda, que acude al artículo 10 y al cuadro B del anexo 2 y que prevé ese nivel de análisis para todos los acueductos- y la situación fáctica recién expresada, consideró la Sala que solo la segunda de esas interpretaciones conlleva el cabal cumplimiento de las obligaciones legales del Ministerio de Salud y la protección de la salud de la población nacional. Por ello, la aplicación del artículo 10 y del cuadro B del anexo 2 del Decreto citado debe ser considerada imperativa para el Ministerio de Salud,

sin perjuicio que se apliquen análisis con estándares aún mayores.

En consecuencia, se declara con lugar el recurso y se ordena a la Ministra de Salud, que en el plazo cinco días a partir de la notificación de esta resolución emita las instrucciones requeridas y coordine lo necesario para que en el plazo de nueve meses se implementen los parámetros de análisis del agua establecidos en el artículo 10 y del cuadro B del anexo 2 del Decreto 32327-S en todos los acueductos del país, sin perjuicio de la aplicación de estándares aún mayores a los ahí establecidos.

Tales son, pues, algunas sentencias relevantes de la Sala Constitucional en materia de protección del derecho humano al agua potable. Sobre el particular, es preciso mencionar, resulta una tarea casi imposible reducir a un espacio de 20 cuartillas las decisiones emblemáticas del Tribunal Constitucional sobre el tema, así como, exponer, con detalle, los estándares que ha desarrollado, en aplicación de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos *supra* referidos. No obstante, hoy día se puede comentar que el reconocimiento jurisdiccional del derecho de acceso al agua potable como uno humano y fundamental no admite la menor objeción. Lo mismo se puede indicar a partir del análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo veremos a continuación.

“Tras analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es posible encontrar varios fallos emblemáticos, en que se desarrolla el acceso al agua potable como derecho humano”.

La jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de derechos humanos acerca del derecho al agua potable.

Tras analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es posible encontrar varios fallos emblemáticos, en que se desarrolla el acceso al agua potable como derecho humano. Los dos primeros son casos paraguayos y se refieren a la omisión estatal de suministrar, de manera oportuna y eficiente, el servicio de agua potable a sendas comunidades indígenas, entre otros derechos vulnerados. Así, el primer caso se relaciona con la Comunidad indígena Yakye Axa, conformada por más de 300 personas. Según el resumen de acontecimientos que ha preparado la Corte IDH, a finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias

misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas, en tanto que los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados.

A principios del año 1986 los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas. No obstante, ello no trajo consigo una mejoría en las condiciones de vida de los miembros de la Comunidad. Es así como, en 1993, los miembros de la Comunidad decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional.

Se interpusieron una serie de recursos, los cuales no generaron resultados positivos. Desde el año 1996 parte de la Comunidad Yakye Axa estaba asentada al costado de una carretera. En este lugar se encuentra un número que oscila entre 28 a 57 familias. El grupo restante de miembros de la Comunidad Yakye Axa permanece en algunas aldeas de la zona. Así en lo que atañe al derecho de acceso al agua potable, como elemento indispensable y necesario del derecho a la salud y el derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió:

“Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia

digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto

se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (supra párr. 50.100)”²⁹.

El segundo caso, el de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, se relaciona con una comunidad conformada por 66 familias. Según el resumen de acontecimientos que prepara la Corte IDH, a finales del siglo XIX, el Estado vendió dos tercios del Chaco, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek.

La vida de los miembros de la Comunidad al interior de la estancia se vio condicionada por restricciones al uso del territorio, derivadas de la

propiedad privada sobre las tierras que ocupaban. En los últimos años los miembros de la Comunidad se vieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales. Ante tal situación, el 25 de febrero de 2008 los miembros de la Comunidad se trasladaron y se asentaron en 1.500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité, tierras que aún no han sido tituladas a favor de la Comunidad Xákmok Kásek.

En 1990, los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo con el fin de recuperar parte de sus tierras tradicionales. En 1999, ante el fracaso de la vía administrativa tras distintos intentos de negociación, los líderes de la Comunidad acudieron, sin éxito, al Congreso de la República para solicitar la expropiación de las tierras en reivindicación. Posteriormente, a finales del 2002, parte del territorio en reivindicación fue adquirido por una Cooperativa Menonita. En 2008 la Presidencia de la República declaró 12.450 hectáreas de la Estancia Salazar como un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial. Ese mismo año, la Comunidad promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, en contra del decreto mencionado, pero hasta la fecha de emisión de la sentencia el

procedimiento se mantenía suspendido. Ahora bien, en lo que atañe al derecho de acceso al agua potable, la Corte IDH consideró:

“300. La Comisión solicitó que se ordenara al Estado “proveer de inmediato” a los miembros de la Comunidad bienes y servicios adecuados de agua, educación, asistencia sanitaria y acceso a la alimentación necesaria para su subsistencia. Los representantes coincidieron con tal solicitud. El Estado indicó que se “allanaba [...] a la solicitud de establecimiento de un puesto de salud, una escuela para el nivel secundario, provisión de agua potable e infraestructura sanitaria para la Comunidad”. 301 De conformidad con las conclusiones expuestas en el Capítulo VII relativo al artículo 4 de la Convención Americana, la Corte dispone que mientras se entrega el territorio tradicional, o en su caso las tierras alternativas, a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, periódica y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos,

²⁹ Véase Corte IDH Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.

acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres; c) atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido; d) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación adecuada; e) instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en el asentamiento de la Comunidad, y f) dotar a la escuela de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas de la Comunidad, prestando especial atención a que la educación impartida respete sus tradiciones culturales y garantice la protección de su lengua propia. Para tales efectos, el Estado deberá realizar las consultas que sean necesarias a los miembros de la Comunidad”³⁰.

Finalmente, en el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, la Corte IDH ha determinado que “Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares

sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad”³¹, entre ellas, la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia. Por ese motivo se consideró que el Estado hondureño incumplió el deber de garantizar a las personas privadas de libertad en la celda No. 19 las condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

Frente al conocimiento de una situación crítica de riesgo, el Estado no garantizó los derechos de los internos a través de acciones preventivas y de actuación con la debida diligencia frente al incendio, lo que provocó muertes traumáticas y dolorosas. En este sentido, la Corte ha aceptado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Honduras, y por tanto concluye que el Estado violó el deber de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 107 personas privadas de libertad que perdieron la vida. Además, el Estado violó el artículo 5.4, en relación con el artículo 1.1, ambos de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 22 internos fallecidos individualizados que se encontraban en prisión preventiva en la celda No. 19 junto con las personas condenadas.

Conclusiones.

En este breve ensayo se ha repasado el objeto del derecho humano al agua potable, su proclamación como derecho fundamental en diversos Instrumentos Internacionales, así como su tutela en el ámbito del derecho interno por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y, en el contexto interamericano, por la Corte IDH. Mucho queda hacer en este ámbito. Al respecto, es clara la necesidad de introducir una reforma parcial a la Constitución Política en aras de concebir, expresamente, el derecho de acceso al agua potable como uno humano fundamental, dotado de garantía jurisdiccional, inherente a todo ser humano viviente y, por tanto, portador de dignidad.

Por suerte, la experiencia de la Sala Constitucional en lo que atañe a la protección de este derecho ha sido muy positiva, y ha establecido una serie de obligaciones estatales en aras de asegurar la potabilidad y el acceso del preciado líquido, sin ningún tipo de discriminación. Lo mismo ocurre con la Jurisprudencia de la Corte IDH en los fallos emblemáticos que, en esta materia, hemos analizado. También encontramos algún precedente similar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

30 Véase Corte IDH Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas.

31 Ver Corte IDH, Caso Pacheco Teurel y otros vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.

sobre la obligación estatal de dotar a los privados de libertad de agua potable para consumo y el aseo personal. Además, se han establecido algunas obligaciones estatales por medio de directivas en el derecho comunitario europeo. Un estudio más profundo sobre el tema se espera realizar en otra ocasión.

Bibliografía.

Becerra Ramírez J., y otro, El derecho humano al acceso al agua potable: aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica, **Revista Prolegómenos, Derechos y Valores**, volumen XIX, número 37, enero-julio 2016.

Carbonell, M., **Los derechos fundamentales en México**, México, UNAM, Porrúa, 2005, CNDH.

Corte IDH Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Pacheco Teurel y otros vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.

Flores Elizondo, R., y otro, El agua y el saneamiento como un derecho humano, **Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión**

Pública, volumen 4, número 8, julio-diciembre de 2011, págs. 96-97.

Mesa Cuadros, G., Soberanía hídrica y derechos ambientales, **Monografía de Revista Aranzandi de Derecho Ambiental**, Desafíos del Derecho de Aguas, Editorial Aranzandi, enero de 2016.

Saura Estapa, J., El derecho humano al agua potable y al saneamiento en perspectiva jurídica internacional, **en Derechos y Libertades**, número 26, Época II, enero 2012.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica No. 2008-8108.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica No. 2014-2410.



Hemos renovado nuestra

**BIBLIOTECA
VIRTU@L**



Visítenos en:

<http://enjbiblioteca.org>

Tenemos una colección de publicaciones en materia Judicial y de Derecho para visualizar y descargar.

Facilitamos la consulta a otras bibliotecas y recursos especializados.

Contáctenos en:

biblioteca@enj.org

Teléfono: 809-686-0672 ext. 284



LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS

Resumen:

El presente artículo pretende abordar las teorías “neoconstitucionalistas” a partir de precisar el elemento identificador de las mismas, y también avanzar en sus distintas versiones reconociendo las tesis características principales de ellas. A la luz de ese objetivo, será posible efectuar un estudio comparativo de las teorías neoconstitucionalistas en orden a descubrir coincidencias y diferencias. Por supuesto que los límites obvios del trabajo, imponen que en el relevamiento de autores, concentraremos nuestra atención centralmente en aquellos más importantes de las perspectivas neoconstitucionalistas analizadas, aunque sin perjuicio de ello, si el tema en cuestión lo amerita, apelaremos circunstancialmente a otros representantes.

Abstract:

The present article pretends to approach the theories “neoconstitucionalistas” from identifying the identification element of the same, and also advance in its different versions recognizing the main thesis of them. In light of this objective, it will be possible to carry out a comparative study of neoconstitutionalist theories in order to discover coincidences and differences. Of course, the obvious limits of the work impose that in the authors’ survey, we will focus our attention centrally on those most important of the neoconstitutionalist perspectives analyzed, although without prejudice to this, if the subject in question merits it, we will appeal circumstantially to other representatives.

Palabras clave:

Teorías; Estado de derecho; positivismo; principios jurídicos; práctica; argumentación; Filosofía del derecho; variantes; iusnaturalismo. Alexy: Teoría Ferrajoliana; ética. Neoconstitucionalistas; Atienza.

Keywords:

Theories; Rule of law; positivism; legal principles; practice; argumentation; Philosophy of law; variants; iusnaturalism. Alexy: Ferrajolian Theory; ethics. neoconstitutionalists; Atienza.



El rótulo “neoconstitucionalista”:

es sabido que se le atribuye la invención del nombre de “*neoconstitucionalista*” a la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo³², y se puede constatar que ese rótulo alcanzó rápido éxito, especialmente en América Latina y España e Italia, impulsado por obras de amplia difusión como las coordinadas por el catedrático mexicano Miguel Carbonell. Es cierto que en esas obras se incluyeron autores que no se pronunciaron como neoconstitucionalistas, por ejemplo Robert Alexy, y académicos anglosajones como Ronald Dworkin, ajenos a esas discusiones generadas en conexión con la realidad jurídica europea continental configurada después de la segunda guerra. Sin embargo, y un tanto sorprendentemente, algunos de los autores incluidos pacíficamente entre los neoconstitucionalistas, empezaron a manifestar su incomodidad con aquel nombre. Buenos ejemplos de esta reacción pueden ser Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, ambos prefiriendo la denominación de “constitucionalista”, aunque separándose en las razones del rechazo. Seguimos pensando que es apropiado aquel impugnado rótulo, dado que todos los autores que se dedicaron a estudiar las Constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo XX se los llamó constitucionalistas, y ellos en general tuvieron una visión de

la misma centralmente política, en tanto les interesaba su parte orgánica, y no prestaron atención a la parte dogmática, atento a que su operatividad quedaba librada a las normas que dictaran discrecionalmente los legisladores. Por el contrario, los neoconstitucionalistas focalizan su atención en la primera parte de la Constitución (Preámbulos incluidos), y consideran que los derechos humanos incluidos en la misma son directamente operativos, estando los jueces para velar por dicha eficacia y/o no violación. Este reconocimiento de la Constitución como una fuente del derecho o como el “*higher law*”, suponía que todos los juristas podían y debían ir en todos los casos a preguntarse por la compatibilidad que existía entre aquella juridicidad y la respuesta jurídica explícita infraconstitucional ya dispuesta autoritativamente. En definitiva, los neoconstitucionalistas visualizan y le confieren a la Constitución una operatividad absolutamente original e inédita para la doctrina constitucionalista generada a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y ello –sumado a lo que más tarde veremos con el tratamiento de escuelas– justifica encontrar un nuevo nombre para este “*nuevo*” modo de entender y operar a la Constitución. Reforzando esta originalidad, puede agregarse que estos nuevos constitucionalistas ocupan mayoritariamente cátedras de filosofía del derecho y, en buena medida, proponen un modo de “*hacer*” iusfilosofía con material constitucional; e

incluso, aquellos autores que no son profesionalmente iusfilósofos, los reconocemos como neoconstitucionalistas a partir de ciertas obras que lo acreditan como tales, ese es el caso de Gustav Zagrebelsky y su libro “El Derecho Dúctil”.

“Los neoconstitucionalistas visualizan y le confieren a la Constitución una operatividad absolutamente original e inédita para la doctrina constitucionalista generada a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y ello –sumado a lo que más tarde veremos con el tratamiento de escuelas– justifica encontrar un nuevo nombre para este “nuevo” modo de entender y operar a la Constitución”.

Precisando lo precedentemente indicado, creemos que es posible avanzar en la nota distintiva de los

32 Cfr. Tecla Mazzaresse “Diritti fondamentali e Neocostituzionalismo” en “Neocostituzionalismo e Tutela (sovra) Nazionale dei Diritti Fondamentali”, Torino, Giappichelli, 2002.

neoconstitucionalistas, señalando que son aquellos académicos que han elaborado una teoría destinada a explicar, avalar y promover al Estado de Derecho Constitucional y Democrático (EDCD); a lo que corresponde agregar contingentemente, que ese esfuerzo teórico ha requerido el aporte medular de la filosofía del derecho. Obsérvese que acudimos a los tres verbos (explicar, avalar y promover), porque hay autores que se han ocupado de explicar el Estado de Derecho Constitucional, pero están muy lejos de avalarlo y promoverlo, un buen ejemplo puede ser Guastini o Comanducci. En cuanto a la segunda nota característica, la llamamos contingente porque remite a nuestra tradición curricular académica continental (el derecho dividido en ramas según Códigos), y está el presupuesto que se admite una distinción fuerte entre filosofía del derecho y ciencia del derecho, aquella abocada a precisar como mínimo el concepto, el valor y las características del conocimiento del derecho, y la ciencia abocada a describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente.

Conforme al señalamiento anterior, para poder terminar de entender a los neoconstitucionalistas, hay que explicar mínimamente qué características tiene el Estado de Derecho Constitucional y Democrático y los cambios que supuso respecto al Estado de Derecho Legal que lo antecedió en el tiempo. Recordemos que el Estado de Derecho Legal nació con la revolución francesa y el proceso de codificación, pero

que ese paradigma o modelo de Estado, de Derecho y de jurista que le era funcional, entró en crisis a partir del Tribunal de Nuremberg, y Europa continental afronta a partir de ese momento la tarea de la construcción de un nuevo Estado de Derecho a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, al que hoy reconocemos como Estado de Derecho Constitucional y Democrático. Éste supondrá cambiar la concepción de Estado y del Derecho y el modelo de jurista que requerían, el que había imperado pacíficamente durante ciento cincuenta años, e ir configurando en su reemplazo un peculiar aparato conceptual y sus respectivas instituciones. En un sintético repaso de las notas distintivas del Estado de Derecho Constitucional y Democrático respecto al Estado de Derecho Legal podemos señalar: i) se rompe la sinonimia entre Derecho y Ley que fue una de las piezas claves del Estado de Derecho Legal, pues la ley puede estar en contra del derecho y, en tal supuesto, quienes pretendan ampararse en la misma corren el riesgo de tener que enfrentar responsabilidades jurídicas; ii) el Derecho experimenta una fuerte moralización al incorporarse básicamente los derechos humanos; iii) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una “fuente del derecho”, en el “higher law”; y iv) se encomienda a los jueces el control de la ley, e incluso hasta de la Constitución, en aras de que el derecho no contradiga los derechos

humanos universales e inalienables. Quizás, un modo de mostrar la relevancia de esos cambios es cuando miramos al delito de prevaricato en el que pueden incurrir los jueces, pues mientras que en el Estado de Derecho Legal –por ejemplo en el Código Penal argentino- la conducta tipificada exigía apartarse de “*el sentido de la ley*”, en el Estado de Derecho Constitucional y Democrático prevarica un juez –así se contempla en el Código Penal español –cuando dicta “*una sentencia injusta a sabiendas*”.

Las variantes neoconstitucionalistas: precisado el sello distintivo de los neoconstitucionalistas en el punto anterior, corresponde ahora avanzar con sus diferentes versiones³³. En concreto pensamos que ellas pueden llegar a ser tres: i) los no-positivistas, constructivistas o kantianos, donde se agrupa el más numeroso grupo de autores, y también los más citados y estudiados en la actualidad, aquí están: Robert Alexy, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, etc; ii) los no-positivistas iusnaturalistas o aristotélicos, en donde reconocemos a Andrés Ollero, Francesco Viola, Juan Cianciardo, etc; y iii) los positivistas críticos o hobbesianos, ésta perspectiva está dominada por Luigi Ferrajoli. Adviértase que una de las causas principales que explica esos diferenciados puntos de vista es su

33 Cfr. mi libro “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias”, Educa, Buenos Aires, 2015 y Porrúa, México, 2016.

nutriente filosófica, aunque podemos detectar muchas adaptaciones de la misma a la hora de formular la respectiva teoría jurídica, por ende, se trata de una clave inspiradora, así: i) unos remiten a Kant en tanto no confían en la posibilidad de conocer las cosas, sino que ellas son construidas contrafácticamente por el sujeto a partir del caos de sensaciones, y la ética es asumida como formal, autónoma y apriorística; ii) otros se apoyan en Aristóteles que sí defendía la posibilidad de conocer las cosas, y en el campo de “las cosas humanas” lo decisivo resultaba ser el bien que tiene razón de fin para la conducta, el que se busca conocer en la naturaleza humana o en la aprehensión de “bienes humanos básicos” directamente ligados a la experiencia humana; y iii) claramente Ferrajoli y con resonancias hobbesianas auspicia a la voluntad como la matriz donde se define el Estado, el derecho y la moral, lo que se ejemplifica en la tesis que la voluntad performativa de la madre convierte en persona al concebido.

Vayamos por fin a las tesis y propuestas características de las tres teorías jurídicas neoconstitucionalistas indicadas, proyectándolas en una serie de cuestiones o problemas de significativa trascendencia en el terreno jurídico:

- **Positismo o No-Positismo:** Alexy precisa que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones centrales acerca del concepto del derecho: la

positivista y la no-positivista, y la clave distintiva se conecta con la relación entre derecho y moral, mientras que aquella niega una conexión necesaria y esencial entre esos dos mundos, la no-positivista la afirma, por eso ésta última niega que haya derecho cuando su contenido es extremadamente injusto, inmoral o irracional. Dicho lo mismo de otro modo: para los positivistas no hay otro derecho que el puesto y reconocido como tal, y para los no-positivistas hay alguna juridicidad que se torna necesaria o incompatible con el derecho que pretende reconocerse como tal. Por supuesto, que los neoconstitucionalistas kantianos o constructivistas y también los iusnaturalistas o aristotélicos asumen una posición no-positivista, al margen de: fundamentos, del modo de conocer y la amplitud de las exigencias indisponibles para el que crea derecho.

En Alexy la conexión entre derecho y moral racional implica la tesis radbruchiana de “la injusticia extrema no es derecho” y, consecuentemente tampoco lo son los órdenes sociales “absurdos” (en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes, sino contradictorios, cambiantes e incumplibles) y los “depredatorios” (las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, ellas no

fundan ningún derecho de los dominados). La conclusión no positivista alexyana es que “una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico”³⁴, o también con resonancias radbruchianas: “*el derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos*”³⁵.

La tesis de un límite moral racional en el derecho tiene claras resonancias en el realismo jurídico clásico, pues fácilmente se asocia a la tesis tomista que “*la ley injusta no es ley sino corruptio legis*”. Desde esa escuela explica Casaubón³⁶ que el jurista tiene que estar advertido de los diferentes modos de la injusticia en las que puede incurrir el derecho (justo, más o menos justo o injusto, o claramente injusto) y, en consecuencia, cuando la detecta de una manera grave y visible en una norma, no debe reconocerla simplemente como derecho. Recordemos con Aristóteles que los opuestos pertenecen al mismo saber, de modo que quien estudia la justicia también estudia la injusticia.

Ferrajoli desde su “*positivismo crítico*” o “*constitucionalismo positivista*”, afirma de mil maneras contra Sir Edward Coke y con Hobbes “*autoritas, nom veritas, facit legem*”, por

34 Robert Alexy “Derecho y Moral” en “La Institucionalización de la Justicia”, Granada, Comares, 2005, p.22.

35 Robert Alexy “El concepto y la Validez del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, p.40.

36 Cfr. Juan A. Casaubón “Estudio Crítico sobre la Lógica del Ser y la Lógica del Deber Ser en la Escuela Ecológica”, en Ethos, Revista de Filosofía Práctica, nº 2-3, Buenos Aires, p.46.

ende, no realiza ninguna concesión a los que él rotula neoconstitucionalistas con los que busca distinguirse tajantemente, llamándolos iusnaturalistas, casi iusnaturalistas o de matriz anglosajona. El derecho para el profesor italiano solo tiene derecho, incluso los derechos humanos que se generaron y contienen pre-jurídicamente moral, cuando se convierten en derechos fundamentales pasan a ser solo derecho. Consecuentemente y en relación a Alexy, rechaza explícitamente la posibilidad de desconocer como derecho a aquél que contiene una extrema injusticia: *"En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna "pretensión de corrección" y algún "mínimo ético", de modo tal que Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una medida mínima, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas, no es más que la vieja tesis iusnaturalista"*³⁷. Incluso Ferrajoli llega a rechazar la idea clásica que el derecho y el Estado son realidades naturales y necesarias expresadas en la fórmula *"ubi societas, ubi jus"* y apoyándose en Hobbes afirma: *"La idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia"*³⁸.

- **¿Los principios jurídicos?:** frente a las visiones de Kelsen o Hart que reducían el derecho a normas o reglas, sabido es que

en la década del 60 aparecerá Dworkin³⁹ afirmando que en el derecho hay principios, los que a diferencia de las normas, no son susceptibles del test de origen o pedigrí porque ellos están en el derecho aunque nadie los haya puesto, más aún, como lo advierte Nino, resulta irrelevante que los principios dworkinianos sean consagrados autoritativamente por normas. Luego, claramente en la década del 80 será Alexy con su "Teoría de los derechos fundamentales", el que reclamará los principios en el derecho, para que por medio de ellos se puedan resolver las indeterminaciones de las normas, las antinomias, los silencios normativos y superar la disvaliosidad grave contenida en las normas. En la teoría alexyana las normas son "mandatos definitivos", en tanto definen la conducta que se manda y cumpliéndola el destinatario satisface a la misma; pero los principios son *"mandatos de optimización"* en tanto mandan la mejor conducta posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas que el jurista determinará en cada caso.

Claramente los iusnaturalistas nunca auspiciaron visiones estrictamente normativistas, pues los principios –en clave metafísica- indican

el origen del derecho, que a su vez tienen razón de fin; dicho más simplemente, en el origen del derecho están las estructuras e inclinaciones constitutivas de lo humano, y el derecho tiene el sentido genético y justificador de servir a la planificación de los seres humanos en tanto miembros de una comunidad. Más aún, el proceso de determinación y conclusión conforme al cual la autoridad crea el derecho positivo, remite a los primeros y segundos principios en los que está contenido el derecho natural. Suponer que los casos jurídicos son siempre subsumibles en los genéricos contenidos en las normas, contradice las características más elementales de la razón práctica, especialmente en el nivel prudencial.

A los neoconstitucionalistas no positivistas con los que Ferrajoli nada quiere saber, los llama también "principalistas" porque él pretende un derecho solo con reglas, e incluso cree que en general el problema de los principios tiene que ver con un problema del lenguaje en cuanto es posible redactarlos superando las indeterminaciones habituales, pues a los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción que se apoya en el carácter cognoscitivo de la subsunción y aplicación de la ley, confía Ferrajoli *"en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible"*⁴⁰. Frente a la insistencia principalista Ferrajoli concluye: "que la mayor

37 Luigi Ferrajoli "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", Alicante, Doxa 34, (2011), p.31.

38 Luigi Ferrajoli "Democracia y Garantismo", Trotta, Madrid, 2008, p.29.

39 Cfr. mi libro "Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas (Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Willey, Alexy, Finnis), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

40 Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón", Trotta, Madrid, 1995, p.51.

parte de los principios se comportan como regla". Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil de identificar, pero se trata de normas relativamente marginales⁴¹.

- **¿Razón práctica?:** viene de Aristóteles la distinción precisa que la razón funciona teórica o especulativamente, cuando se limita a conocer o decir lo que son las cosas con una mirada de espectador, pero también la razón opera como práctica en tanto funciona dirigiendo o valorando las conductas humanas en orden a distinguir cuales son las buenas o las justas. De ese modo, es posible dirigirle a la razón práctica preguntas morales o valorativas, dado que ella puede responder conociendo las respuestas que resultan objetiva y positivamente valiosas. Mientras que los iusnaturalistas apelan a la naturaleza humana o estructuras constitutivas de la misma a los fines de indicar que es lo bueno o justo, en los kantianos hay presupuestos contrafácticos o contruidos que permiten saber y reconocer a lo valioso y a lo disvalioso. Por sobre esas diferencias, la coincidencia está en confiar en que la razón está en condiciones de conocer –en mayor o menor medida– lo que resulta objetivamente bueno

o justo, más allá que los seres humanos se equivoquen a la hora de formular los juicios en esos terrenos, porque además de una moral subjetiva y social existe una moral racional o crítica desde la cual se puede juzgar a ambas. Es cierto que en Alexy hubo una insistencia en la racionalidad práctica procedimental reguladora del diálogo, pero luego avanzó en posiciones que no se limitaban a lo correcto sino que afirmaban lo verdadero⁴². Por el lado iusnaturalista pensamos que han predominado las insistencias en la racionalidad práctica sustancial, aunque ha habido autores de esa corriente que no han descuidado las exigencias que la razón reclama al derecho en su dimensión formal o procedimental, un buen ejemplo de ellos puede ser Fuller, Finnis o Kalinowski.

En el caso de Ferrajoli hay un pronunciado rechazo de cualquier presencia de una razón práctica moral, más aún, en este punto se muestra como un escéptico ético radical al modo que lo fue Kelsen. Y si bien el maestro italiano reivindica como justificación de los derechos fundamentales a cuatro valores (igualdad, paz, democracia y tutela del más débil), aclara –siguiendo a Bobbio– que los valores se asumen pero no se justifican racionalmente.

La prevención ferrajoliana contra la razón moral llega a tal extremo que acusa a los que confían en ella en estar condenados a ser intolerantes o totalitarios, específicamente afirma Ferrajoli: *“El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral”*⁴³. A lo sumo entre los derechos fundamentales y los cuatro valores la única racionalidad que puede llegar a admitir Ferrajoli es la instrumental⁴⁴, técnica o utilitaria en tanto que escogidos irracionalmente los valores, corresponde actuar a los fines que los mismos triunfen o prevalezcan.

“El trabajo del jurista es justificación racional de su respuesta, controlada internamente por la lógica, pero también motivando cada una de las premisas o enunciados contenidos en su razonamiento, por medio de argumentos coherentes, consistentes y suficientes”.

41 Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *Doxa* 34, p.37.

42 Robert Alexy “Algunas Reflexiones en torno a Cómo Mi Pensamiento Jurídico ha ido Desarrollándose con el Paso de los Años”, traducción de Carlos Bernal Pulido en “La doble Dimensión del Derecho”, Lima, Palestra, 2011.

43 L.Ferrajoli-J.Ruiz Manero “Dos modelos de Constitucionalismo-una Conversación”, Trotta, Madrid, 2012, p.66.

44 Luigi Ferrajoli “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales” en “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p.317.

- **¿Argumentación?:** la “Teoría de la argumentación jurídica” de Alexy de 1978, consolida los esfuerzos iniciados unas décadas anteriores por Perelman, Toulmin y Viehweg. Por esa vía, se potencia el camino destinado a dejar atrás la decimonónica idea que los juristas cuando deciden un caso, lo hacen por medio de la interpretación, o sea, desentrañando un sentido contenido en la norma legal a través de ciertos métodos, al que luego silogísticamente proyectan sobre dicho caso, siendo éste una instancia individual del genérico contenido como supuesto fáctico en la ley. También se supera al voluntarismo interpretativo propuesto por Kelsen, y se reconoce que el jurista debe primero identificar las respuestas jurídicas válidas disponibles en el derecho vigente, para luego escoger racionalmente la mejor o la más justa y brindar las razones o argumentos que la sustentan o fundan. El trabajo del jurista es justificación racional de su respuesta, controlada internamente por la lógica, pero también motivando cada una de las premisas o enunciados contenidos en su razonamiento, por medio de argumentos coherentes, consistentes y suficientes. La tesis alexyana al respecto es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o diálogo racional.

Ya Aristóteles planteó que junto a los razonamientos necesarios o apodícticos estaban los razonamientos dialécticos o retóricos, los que a diferencia de aquellos, partían de premisas verosímiles o plausibles. Precisamente los casos jurídicos normalmente recurren a éstos últimos tipos de razonamientos, por ende, se requiere el trabajo argumentativo, o sea argüir razones que respalden la propuesta de solución, dado que en ese terreno no es posible demostrar ni es algo evidente. En el esquema del iusnaturalismo ese trabajo del jurista se instalaba en el campo del saber prudencial⁴⁵, que operaba como una especie de puente entre lo general y lo absolutamente concreto o circunstanciado⁴⁶, así lo señala Ramírez: **“Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular”**.

Ferrajoli coherentemente nada quiere saber con los **“argumentantivistas”** porque ellos necesariamente confían en alguna razón práctica moral o valorativa, mientras que su planteo es radicalmente escéptico en ese terreno. La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la voluntad de la autoridad la creación del derecho, y luego en la aplicación para el caso lo fisiológico es el **“saber”**, siendo lo patológico el **“poder”**;

45 Cfr. Mi libro “Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

46 Santiago Ramírez “La Prudencia”, Madrid, Palabra, 1978, p.134.

para el profesor italiano el poder judicial o el de los jueces, abarca: i) el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica; ii) el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; iii) el poder de connotación o de comprensión equitativa; y iv) el poder de disposición o de valoración ético-político, de ese modo la suma de los tres primeros poderes Ferrajoli los llama poder de cognición y constituye un espacio de poder fisiológico, pero el poder de disposición **“es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder”**⁴⁷.

- **¿Derechos humanos?:** el iusnaturalismo asumiendo en coherencia su tesis de fundar al derecho en la naturaleza o estructuras básicas e intrínsecas de lo humano, no puede dejar de asimilar la indisponibilidad de los derechos humanos en tanto ellos protegen **“bienes humanos básicos”**(Finnis). Por eso algunos iusnaturalistas han concluido que el nuevo nombre del derecho natural son los derechos humanos, y Javier Hervada ha explicado que los Tratados de Derechos Humanos están redactados en un lenguaje típicamente iusnaturalista al calificarlos de reconocidos (no creados), universales e inalienables. De ese modo la negación de los derechos humanos por parte del

47 Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón”p.40.

derecho vigente, compromete su validez y obligatoriedad.

También Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: 1) universales, 2) fundamentales, 3) abstractos, 4) morales, y 5) prioritarios. Destaca el profesor alemán su relevancia jurídica: *“Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”*, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”⁴⁸.

Es obvio que Ferrajoli no acepta esos planteos no positivistas sobre los derechos humanos, y se limita a hablar de los derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, recordemos que el catedrático italiano nos propone una definición de los derechos fundamentales “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo”

cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”⁴⁹. Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad define.

• **¿Los saberes jurídicos?:** la gnoseología jurídica del iusnaturalismo incluye –por ejemplo en Martínez Doral⁵⁰- a los tres típicos saberes jurídicos: filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica, aunque ellos constituyen una unidad propia de lo que llama *“cultura jurídica”*. De ese modo, el jurista interesado por el conocimiento jurídico integral, no puede circunscribirse a cualquiera de esos saberes, o sea, ni filosofismo, ni cientificismo, ni casuismo. Es que para poder reconocer qué es el derecho, sus fundamentos, finalidades, valor y características raigales, requerirá de la iusfilosofía; pero también se interesará por la ciencia abocada al derecho vigente en su sociedad, al que pretenderá ordenarlo, comprender su significado y valorarlo; y seguramente, su interés cognoscitivo incluirá el

saber aplicarlo a los casos que requieren su atención jurista. Esa riqueza gnoseológica remite a la riqueza constitutiva del derecho, así Graneris metafóricamente habla de la “esfera jurídica” en tanto habría *“un núcleo central de juridicidad sólida y firme, recubierto de zonas de menor solidez y de juridicidad decreciente, hasta que en la superficie no tenemos más que formas vacías”*⁵¹.

Alexy se ha atrevido a defender *“La naturaleza de la filosofía del derecho”*⁵² en tanto su especificidad reside en su objeto: el derecho, y en su propósito de responder sobre el concepto o la naturaleza del mismo. Esta última cuestión se desglosa en dos problemas centrales: a) la pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) el problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica –reivindicada por el positivismo jurídico- en tanto expedición autoritativa del derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho. Por detrás de esa especificidad de la filosofía jurídica, Alexy admite a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que

48 Robert Alexy “¿Derechos humanos sin Metafísica?” en Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p.20.

49 Luigi Ferrajoli “Derechos y Garantías”, Trotta, Madrid, 2002, p.37.

50 Cfr. José M. Martínez Doral “La Estructura del Conocimiento Jurídico”, Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

51 Giuseppe Graneris “Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho”, Buenos Aires, EUNEDBA, 1973, p..73.

52 Robert Alexy “La Naturaleza de la Filosofía del Derecho”, Doxa, Alicante, nº 26 2003.

existe (metafísica, o mejor: ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología). Más allá de la filosofía jurídica, Alexy es profesor de derecho público y de ahí todo el esfuerzo académico dedicado a la ciencia del derecho constitucional trabajada en íntima conexión a la jurisprudencia respectiva. También el saber jurídico alexyano se ocupa del momento aplicativo del derecho, donde se destaca la ponderación de principios en aras de la mejor respuesta para el caso que se trate.

Ferrajoli a la hora del conocimiento jurídico explícitamente habla de "modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho"⁵³. Pero corresponde destacar el papel central que tiene la teoría del derecho en "tanto punto de encuentro entre las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que brinda un aparato conceptual en buena medida común"⁵⁴. En Ferrajoli lo medular, es la ciencia jurídica, o mejor la teoría del derecho en tanto encomendada de construir convencionalmente el aparato formal con el que operarán los otros saberes jurídicos, incluida la filosofía de la justicia o política que se ubica afuera del derecho.

- **¿La función judicial?:** en la teoría iusnaturalista está claro que todo el derecho tiene por finalidad dirigir conductas humanas ajustadas a los casos, de ahí que pudo decir Aristóteles que de los distintos tipos de justicia la equidad, o sea la justicia para el caso, era la mejor. En ese marco teórico, el juez tiene la competencia y la responsabilidad de apartarse prudencialmente de lo justo legal cuando el caso así lo exigía, dado que el legislador seguramente lo hubiese establecido de haberlo tenido en cuenta oportunamente. Recordemos aquella imagen metafórica de Aristóteles de ver en el juez a la "**justicia viviente**", y siendo el derecho para Aquino "**ordinatio rationis**", está claro que queda en manos del juez la última posibilidad de reconciliar el derecho con la razón.

Por supuesto que Alexy haciéndose cargo del EDCC, adjudica un papel decisivo a los jueces en el esfuerzo por institucionalizar la razón práctica dialógica con su pretensión de corrección, que está implícita en el derecho. Ellos están encomendados no sólo por encontrar la mejor solución para los casos por medio de la ponderación racional de los principios y derechos humanos, sino que deben invalidar aquel proyecto de derecho que no se ha concretado por superar el umbral de la injusticia. Y ésta competencia judicial también incluye al derecho

constitucional y no solo al derecho infraconstitucional. Conviene insistir que la invalidez procede no frente a cualquier injusticia, sino cuando ella es "extrema" en tanto viola de manera grave y evidente derechos humanos.

En cuanto a la caracterización ferrajoliana del juez podemos acudir a la opinión terminante de Guastini cuando advierte que Ferrajoli "**tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional solo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo... (el juez) no debe tener espacios de valoración u opción... debe ser sólo un poder cognitivo (cognitivismo)**". Más allá de esa simplificación, lo cierto es que Ferrajoli no pretende poder para los jueces, en tanto la actividad judicial es un "**saber-poder**", pero mientras que lo fisiológico es el "**saber**", el "poder" es lo patológico, por eso describe lógicamente a la sentencia compuesta de tres inferencias: a) una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas; b) una deductiva, cuyas premisas son la conclusión de hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y c) la norma individual que se concluye para el caso. Los jueces no están para suplir las lagunas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos), porque ello le corresponde a los legisladores; y a los jueces constitucionales les queda resolver las antinomias, por

53 Luigi Ferrajoli "Principia Iuris", Trotta, Madrid, 2011, t.I, p.36.

54 Ibidem p.39.

eso Ferrajoli concluye: *“lo que constituye la ley no es esa juris prudentia o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”*⁵⁵.

- **¿Sistema jurídico?:** la propuesta alexyana al respecto luce marcadamente peculiar, pues luego de rechazar tres alternativas posibles de componer un sistema jurídico: sólo con reglas, solo con principios o mezcla de reglas y principios, opta por un sistema jurídico con tres elementos: principios, reglas y procedimientos⁵⁶. Mientras que los dos primeros apuntan a la dimensión pasiva o estática del sistema en tanto me dicen o muestran el derecho disponible; el procedimiento marca el elemento dinámico u operativo del mismo. En efecto, ese tercer elemento asegura la racionalidad del derecho tanto en su creación como en su aplicación, dado la pretensión de corrección y que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral. En algún otro trabajo el iusfilósofo alemán al referirse a su visión del sistema jurídico la llama *“modelo procedimental*

*de cuatro niveles”*⁵⁷, a los que individualiza: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico; y 4) el procedimiento del discurso judicial.

Pensamos que en general en las filas del iusnaturalismo no ha abundado la atención acerca del sistema jurídico, e incluso, algunos de sus integrantes –como Villey– han despotricado contra el mismo. Sin embargo, no podemos silenciar autores iusnaturalistas como Kalinowski⁵⁸ que han realizado un esfuerzo desde la lógica para describir la estructura del derecho, sin renunciar a un fundamento metafísico. De todas maneras, nos parece que la propuesta de un sistema dinámico, abierto, axiologizado, poroso o casuístico en la línea de Canaris o el mismo Alexy, resultan plenamente compatible con el iusnaturalismo.

Yendo a la perspectiva ferrajoliana en torno al sistema jurídico, nos parece que ella se parece bastante a la propuesta por Kelsen, más allá de su acusación de paleopositivista. Es que el constitucionalismo ferrajoliano pretende completar al positivismo jurídico en tanto positiviza no solo el *“ser”* sino también al *“deber ser”* jurídico,

completando el Estado de Derecho al sujetar también a la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. El derecho pasa a estar regulado no sólo por las formas de la producción normativa, como el viejo iuspositivismo legalista, sino también en los contenidos. El Estado de Derecho constitucional exige la *“coherencia”* como la *“plenitud”* de la legislación ordinaria respecto de la rígida Constitución, eliminando al *“derecho ilegítimo”* compuesto por antinomias o lagunas, que son vicios –por acción u omisión– de las normas de grado supraordenado. Previene al respecto Ferrajoli que en el *“Estado Constitucional de Derecho la solución del conflicto entre normas de distinto nivel no puede ser alcanzada directamente por el intérprete, sino que requiere la intervención de autoridades competentes para anular en el caso la antinomia, y para introducir en el caso de laguna, la norma de nivel inferior”*⁵⁹.

- **¿Juridicismo?:** el iusnaturalismo nunca incurrió en juridicismo, o sea en la tesis de que el derecho se puede conocer u operar sólo con derecho. Recordemos que en Aristóteles lo justo natural y lo justo legal eran parte de lo justo político, y también que la definición de ley humana o derecho positivo en Aquino remite al bien común

55 Luigi Ferrajoli “El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-Positivismo y Neo-Iusnaturalismo”, en *Doxa* 34 (2011), Alicante, p.356.

56 Cfr. Robert Alexy “El Concepto y la Validez del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 159 y ss.

57 Robert Alexy “Ideé et structure d’un système du droit rationnel” en *Archives du Philosophie du Droit*, t.33, Syrey, 1988.

58 Cfr. Georges Kalinowski “Metateoría del Sistema Normativo”, Edearium, Mendoza.

59 Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, ob.cit.t.I, p.13.

político. Olgati⁶⁰ reivindicando la politicidad del derecho en el pensamiento clásico, precisa que el derecho en sentido pleno se desarrolla y sirve a la sociedad política, aclarando que ahí está incluido la dimensión de lo útil o lo económico. Pues ese bien común no es un bien de alguna sustancia diferente a la persona humana, sino que remite a ésta, pero no en individual sino como parte de una sociedad. A eso se agrega que en la definición de ley de Aquino aparece la necesidad de adaptarse a las costumbres de la sociedad, pues ella tiene por finalidad prioritaria no tanto hacer buenos hombres, como procurar buenos ciudadanos que aporten al buen vivir social. Traigamos a colación en este punto la vieja enseñanza de la ética clásica, que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, en tanto éste no prescinde de las circunstancias concretas, señalando más que el *"deber"* a lo *"debido"* (Millán Puelles). Contemporáneamente Finnin desarrolla una noción amplia de razón práctica, incluyendo explícitamente a la moral, la política y el derecho.

Tampoco nos parece que puede acusarse a Alexy de *"insularismo jurídico"* (Nino), por el contrario, su

razón práctica dialógica es moral y se institucionaliza en el derecho sin abandonarlo. El trabajo ponderativo del jurista atiende a las posibilidades fácticas, y el discurso práctico incluye las consideraciones teleológicas y consecuencialistas de la respuesta jurídica a brindar. Recordemos que el concepto del derecho no se limita a las normas y su dimensión sistémica o autoritativa, sino que incorpora la dimensión de eficacia social y también la dimensión ética. La legitimidad argumentativa de los jueces aducida por Alexy, remite al uso por parte de los mismos, de razones que compartiría la sociedad constituida en comunidad ideal de diálogo con conciencia constitucional.

No resulta fácil imputarle juridicismo a la teoría ferrajoliana, porque en la misma abundan apelaciones a la historia, a denunciar los *"poderes salvajes"* y al triunfo progresivo de la *"ley del más débil"*. Sin embargo, en el profesor italiano leemos: *"... la positivización o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico"*. La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos... como sobre todo en la forma *"legal"*, *"convencional"* o *"artificial"*, es decir, *"positiva"* del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y

de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se automatiza como *"objeto"* o *"universo"* empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas⁶¹. El iuspositivismo constitucional en relación a la conocida clasificación tripartita de Bobbio: a) se conecta al positivismo metodológico o como modo de "aproximación al estudio del Derecho", en tanto el jurista debe ocuparse sólo del "Derecho tal cual es" y no del *"Derecho tal como debe ser"* moral o políticamente, pero se aleja porque hay que estudiar también el *"Derecho tal como debe ser jurídicamente"*, que en los actuales ordenamientos con constituciones rígidas forma parte del Derecho tal cual es; y b) se aleja totalmente del iuspositivismo ideológico que considera que el derecho existente sólo por ello es también justo. Compartimos la opinión que la teoría jurídica ferrajoliana es paradójica (Moreso⁶², Portinaro⁶³, entre otros) en tanto descansa en una antropología pesimista y, al mismo tiempo, en un optimismo jurídico. Pues, en definitiva, no hay más *"deber ser"* para el derecho que el puesto por el constituyente y "el poder constituyente se agota, como poder informal e ilimitado, en su ejercicio el poder constituyente es tal en cuanto

60 Cfr. Francesco Olgati "El concepto de Juricidad en Santo Tomás de Aquino", EUNSA, Pamplona, 1977.

61 Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón", ob.cit., p.869.

62 Cfr. José Juan Moreso "Ferrajoli o El Constitucionalismo Optimista", en Doxa, nº.31.

63 Cfr. Pier Paolo Portinaro "Autocracia de la Razón, Liberalismo de los Derechos, Democracia de los Garantes. El Programa Normativo de Luigi Ferrajoli", Doxa 31.



es efectivo⁶⁴, por eso, la conclusión sería que en el origen del derecho está el poder y la política, pero luego para el jurista sólo hay derecho y juridicismo. García Figueroa ha calificado al iuspositivismo crítico de Ferrajoli de “*excéntrico*”⁶⁵ en tanto se condensan dos vertientes contradictorias, por un lado, el “*spinozismo jurídico*” de su positivismo analítico y axiomatizante con una ética escéptica, pero por el otro, el Ferrajoli activista e ideólogo de izquierdas con una propuesta emancipadora socialmente.

- **¿Validez?:** la teoría no-positivista alexyana asume expresamente que la validez jurídica apela a tres exigencias: a) la propia derivada e impuesta por el sistema que fija competencia, órganos y procedimientos, que remite por ejemplo a *Hart* y/o *Kelsen*; b) la necesidad que el derecho tenga cierto nivel de vigencia o efectividad, voluntaria o coercitiva, que se hizo presente en la teoría de Ross; y c) la validez incluye un cierto contenido ético de manera que frente a lo grave y manifiestamente irracional o injusto, se aborta el propósito de crear derecho. Repitamos una de las tesis centrales de Alexy: “*el diálogo racional necesita del*

derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”, es que el derecho importa la institucionalización de la razón, supliendo las debilidades que acompañan al diálogo racional, pero el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Consecuentemente, para concluir la validez o existencia de una norma jurídica, cualquiera sea su jerarquía (se incluyen las constitucionales), el jurista en todos los casos debe controlar su contenido ético, tanto en sus exigencias sustanciales como en las procedimentales.

Pensamos que en el realismo jurídico clásico desde la asimilación del derecho con “*ordenación racional*”, cabe exigir al momento de juzgar la validez de la norma jurídica, constatar o establecer, precisamente, hasta donde la racionalidad de la misma. Así, no basta limitarse a comprobar el órgano, el procedimiento y la compatibilidad con la norma superior, sino que corresponde ampliar el control a otros requisitos que hablan también de racionalidad, como por ejemplo: racionalidad teleológica, racionalidad axiológica (más allá del sistema jurídico implicado), racionalidad lógica, racionalidad pragmática (o de comprensibilidad), racionalidad sociológica, racionalidad respetuosa de la verdad demostrada, etc. Por supuesto, que importa la magnitud de la irracionalidad en

cuestión y las consecuencias de la declaración de invalidez, dado que –recordemos- lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, por eso aquí aparece decisivamente el trabajo propio de la prudencia. En esta teoría, como en la anterior, aparece la necesidad de reconciliar el derecho con la razón, tanto sustancial como procedimental.

La teoría del derecho ferrajoliana tematiza la divergencia entre el “*deber ser*” (constitucional) y el “*ser*” (legislativo) del Derecho, que implica la divergencia entre la validez y la vigencia, dado que es posible la existencia de normas vigentes -por resultar conformes a las normas formales sobre su formulación- pero que sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción, de ese modo la teoría asume la posibilidad del “*derecho ilegítimo*” compuesto por lagunas y antinomias. Con más precisión Ferrajoli sobre las divergencias deónticas -entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad- afirma: “la teoría permite distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles de discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia: a) la falacia iusnaturalista, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas

64 Luigi Ferrajoli “El Constitucionalismo Garantismo. Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo”, *Doxa* 34, p.325.

65 Alfonso García Figueroa “El Neoconstitucionalismo Excéntrico de Luigi Ferrajoli”, en Gema Marcilla “Constitucionalismo y Garantismo” Universidad Externado, Bogotá, 2009, p.102.

válidas a pesar de ser injustas; b) la falacia ético-legalista, que confunde la justicia con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; c) la falacia normativista, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de norma inválidas a pesar de estar vigentes; d) la falacia realista, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez o hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces". Sintéticamente, la noción de validez ferrajoliana queda en buena medida asimilada a la noción kelseniana con el acento del contenido, pero focalizadamente sistémico.

• **¿Desobediencia al derecho?:** explícitamente Alexy reconoce que "la moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamenta un deber de obediencia al derecho"⁶⁶; y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: "solo

los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales. Todos los demás tienen arduos dilemas morales que resolver caso por caso"⁶⁷, aunque reconoce que la cláusula "*la injusticia extrema no es derecho*", *permite a los no positivistas resolver los casos más graves y notorios. Recordemos que el profesor de Kiel excluye de la decisión legislativa al ámbito de la "moral personal"*, y reconoce como límite de ella a la moral pública, o sea "aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello"⁶⁸.

En perspectiva iusnaturalista pensamos que es un complemento ineludible en el análisis de la ley injusta el derecho a la objeción de conciencia, que cubre cierto incumplimiento de

la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Aquel derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral -también específicamente jurídico- que corresponde asignarle a la conciencia de aquel que debe obedecer a la ley⁶⁹, y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquel que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario, y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión. Es que si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece coherente aceptar un cumplimiento dogmático o indiscriminado de todos los destinatarios cualquiera sean las circunstancias, incluyendo a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho pueden aducir razones

⁶⁷ Ibidem p.23.

⁶⁸ Robert Alexy "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático", en M. Carbonell (ed.) "Neoconstitucionalismo(s)", Trotta, Madrid, 2003, p.40. La salvaguarda de ese límite se confía al Tribunal Constitucional Federal en tanto representación argumentativa de los ciudadanos. Alexy vincula esa moral pública al consenso por superposición (overlapping consensus) de Rawls, e invoca la autoridad de Aristóteles para justificar la falta de "exactitud" de la fórmula empleada.

⁶⁹ Cfr. Jorge G. Portela "La Justificación Iusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia", Buenos Aires, Educa, 2005.

⁶⁶ Robert Alexy, "Derecho y Moral" en "La institucionalización de la justicia", Granada, Comares, p.18.

morales personales que justifiquen su pretensión de no cumplirla.

El *“iuspositivismo reforzado”* de Ferrajoli en el marco de la separación entre derecho y moral, analiza la obligación jurídica y la obligación ético-política de obedecer las leyes. Al respecto, distingue entre el ciudadano y el juez o funcionario, **concluyendo:** a) en cuanto al ciudadano, más allá de la obligatoriedad jurídica apoyada por la eficacia disuasoria de la sanción, prevalecen siempre en el plano moral los valores que justifican moralmente tanto la obediencia como la desobediencia; y b) para jueces y funcionarios, la obligación política de observar las leyes, al identificarse con la de aplicarlas, es incondicionada y enteramente formal. *“La separación entre derecho y moral que está en la base del estado de derecho asume así –concluye Ferrajoli – dos diversas y opuestas valencias axiológicas: mientras en el nivel institucional comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado de aplicarlo, en el nivel individual y social, consiste, por el contrario en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones”*⁷⁰. Queda claro que resulta coherente en la teoría ferrajoliana no tolerar del juez el apartamiento de la ley invocando objeción de conciencia, y en cuanto al ciudadano nos parece que resultaría complicado aceptar que justifique su desobligación de

la ley fundándose en su conciencia moral, pues hay que recordar la absoluta separación entre moral y derecho, y que en éste último sólo hay derecho, e incluso aquello que pudo tener una génesis moral.

- **¿Seguridad jurídica y equidad?:** Alexy, frente a la crítica que ha generado su apelación a la moral conectándola esencial y conceptualmente con el derecho, se ha esforzado por defender la importancia de la seguridad jurídica, precisando, en particular, el ámbito de la competencia del legislador, pues ello está exigido e implícito en la dimensión institucional del derecho. De todas maneras el profesor de Kiel no renuncia a las insoslayables reclamos morales o de corrección material que recaen sobre el derecho, aunque haciendo prevalecer la justicia frente a la seguridad cuando la injusticia es extrema. El *“constitucionalismo moderado”* auspiciado por Alexy⁷¹ defiende una visión de la Constitución como *“orden fundamental”* y *“orden marco”*, lo cual es posible si *“en primer lugar, ella ordena y prohíbe algunas cosas, establece un marco; si en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción”*⁷², y

en esa matriz no cabe la tesis de la infalibilidad del legislador. En cuanto al concepto de equidad es indudable que ella remite al pensamiento de Aristóteles y no está incorporado a la filosofía de Kant, pero más allá de la terminología nos parece que ella aparece en la teoría jurídica alexyana al momento de buscarse la solución para el caso que se trate, por medio de la ponderación de los principios, en tanto ellos son *“mandatos de optimización, según las posibilidades fácticas y jurídicas”*.

En el positivismo crítico de Ferrajoli el principio de legalidad se constituye en la fuente de legitimación de las normas vigentes y de las válidas, y así permite el reconocimiento de las normas jurídicas *“como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la “moderna ciencia del derecho” como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto. A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al*

71 Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob.cit., p.177.

72 Robert Alexy “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en Revista Española de

Derecho Constitucional”, Madrid, año 22, n° 66, 2002, p.23.

70 Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón”, ob.cit., p.931.

menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma"⁷³. En relación a la avaloratividad de la ciencia, Ferrajoli precisa: *"estas tesis son sacrosantas si se reducen a las de la separación entre derecho y moral, entre juicios de validez y juicios de justicia: indudablemente al jurista no le está permitido, en sede científica, valorar las normas jurídicas desde fuera y condicionar el juicio sobre su validez a valoraciones ético-políticas o, en cualquier caso, extralegales"*⁷⁴. Reiterando la mirada interna al sistema jurídico, concluye Ferrajoli: *"Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en un sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes"*⁷⁵. Respecto de la equidad, Ferrajoli haciendo gala de su potente capacidad retórica, usa ese tradicional concepto pero altera totalmente su significado, asimilándola a la **"legalidad"** como dos aspectos del conocimiento judicial: "el juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito connotada por la ley; el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de

las características accidentales y particulares del caso individual y no connotadas por la ley"⁷⁶.

"En el realismo jurídico clásico se suscribe la vieja tesis del gobierno de la ley ("razón sin pasión") y no de los hombres, promovida por Aristóteles y Cicerón, pero al mismo tiempo se incluye la exigencia de la equidad o justicia del caso".

La seguridad jurídica recién se constituye en un valor jurídico con la modernidad y llega a ser el valor exclusivo y excluyente en el iuspositivismo legalista, y un reflejo de esa tesis es el mandato para los jueces de "dura lex, sed lex". En el realismo jurídico clásico se suscribe la vieja tesis del gobierno de la ley ("razón sin pasión") y no de los hombres, promovida por Aristóteles y Cicerón, pero al mismo tiempo se incluye la exigencia de la equidad o justicia del caso. En esa teoría y sintéticamente, el derecho se constituye con algo de justicia, o mejor aún, es incompatible con una injusticia grave y evidente, pero constituido el derecho se requiere de la seguridad jurídica como valor adjetivo que contribuye al

mejor derecho. Dicho de otro modo, el valor sustantivo del derecho es la justicia y la seguridad le agrega más calidad, pero puede existir derecho aunque el mismo no posibilite seguridad. En definitiva, la equidad es el apartamiento de lo justo legal, que se decide prudencialmente, con el aval que el mismo legislador lo hubiese hecho de haber reconocido las peculiaridades del caso que se resuelve equitativamente.

- **¿Ética judicial?:** tanto en Habermas como en Alexy, aparece implícitamente la dimensión ética de los que están comprometidos en un diálogo racional afirmando con pretensiones de corrección y con sinceridad en búsqueda de la mejor o más correcta respuesta. Pero en la lista de los neoconstitucionalistas importantes en donde encontramos explícitamente tratado esa cuestión subrayando la importancia incluso de las virtudes judiciales, está Manuel Atienza quien destaca que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial, aclarando el catedrático de Alicante que "las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales...las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón

73 Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón", ob.cit., p.870.

74 Ibidem p.874.

75 Ibidem p.876.

76 Ibidem p.158.

de las peculiaridades de la práctica judicial⁷⁷. En definitiva, la inevitable discrecionalidad judicial que permite escoger entre las respuestas jurídicas disponibles, se remite a una personalidad o idoneidad ética que se supone generará la mejor matriz para la opción respectiva, generando legitimidad.

Es evidente que en el iusnaturalismo clásico la ética del juzgador o de aquel que pretende ser prudente resulta decisivo, dado que la verdad práctica requiere no sólo recta ratio sino también apetito recto⁷⁸, esa especificidad y su diferencia con la verdad teórica está remarcada por el Aquinate: *“la verdad del entendimiento práctico se toma de distinta manera que la verdad del entendimiento especulativo, como se dice en el Libro VI de los Éticos. En efecto, la verdad del entendimiento especulativo se toma de la conformidad del entendimiento a la cosa conocida.... En cambio, la verdad del entendimiento práctico se toma de la conformidad al apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, bien sean actos interiores, bien sean*

operaciones exteriores”⁷⁹. En este punto, puede resultar de interés acudir a la autorizada palabra de Adela Cortina como representante de la ética dialógica quien afirma: *“creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de la ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y telos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes, que complementará el reciente discurso de Habermas sobre la justicia y la solidaridad”*.⁸⁰

El escepticismo ético asumido por Ferrajoli se torna un obstáculo para diseñar racionalmente una ética judicial con pretensiones objetivas y cognitivas, de ese modo concluyentemente afirma Moreso: *“la posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad”*⁸¹, a lo que se suma la misma palabra del autor italiano: *“lo que constituye la ley no es esa juris prudentia o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”*⁸². Aquí conviene insistir

sobre el pesimismo antropológico y el optimismo jurídico de la teoría ferrojoliana: *“los presupuestos del paradigma constitucional...son los clásicos principios liberales según los cuales: a) los hombres, sobre todo si tienen poder, son, o de cualquiera pueden suponerse que son, tendencialmente malos e inmorales; b) lo humano no está en modo alguno unida por una “unidad moral” sino, al contrario, dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; c) los seres humanos, a su vez, son diferentes entre sí debido a razones sociales, intereses económicos y concepciones políticas y morales, por lo que están virtualmente en conflicto”*.⁸³ Cerremos con la siguiente transcripción de Ferrajoli: *“Con la fórmula -separación del derecho de la moral- pueden entenderse dos cosas diferentes, dependiendo de que se utilice en sentido asertivo o en sentido prescriptivo. En el primer caso, la fórmula es una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, que tiene que ver sobre todo con el problema jurídico de la legitimación interna o validez. En el segundo caso es un principio normativo acerca de la diversidad de funciones y la consiguiente autonomía de las normas jurídicas respecto a las normas morales, que hace referencia esencialmente al político de la justificación externa o de la justicia”*.⁸⁴ En definitiva, la eventual moral del juez está en el terreno de

79 Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c.57,5,ad.1.

80 Adela Cortina “La Ética Discursiva” en “Historia de la Ética” Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1989, p.554.

81 José Juan Moreso “Ferrajoli o el Constitucionalismo Optimista”, Doxa, Alicante, t. 31, p.286.

82 Luigi Ferrajoli “El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-Positivismo y Neo-Iusnaturalismo” en Doxa 34 (2011), Alicante, p.361.

83 Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, ob.cit.t., II p.550.

84 Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón”, ob.cit. p.219.

77 Manuel Atienza “Ética Judicial”, en “Cuestiones Judiciales”, Fontamara, México, 2001, p.153.

78 “La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone como principio, la rectitud de la voluntad”, Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c.56, 2, ad3.

lo irracional o no cognoscible, y sólo queda el derecho con sus mandatos generados en la voluntad de la autoridad.

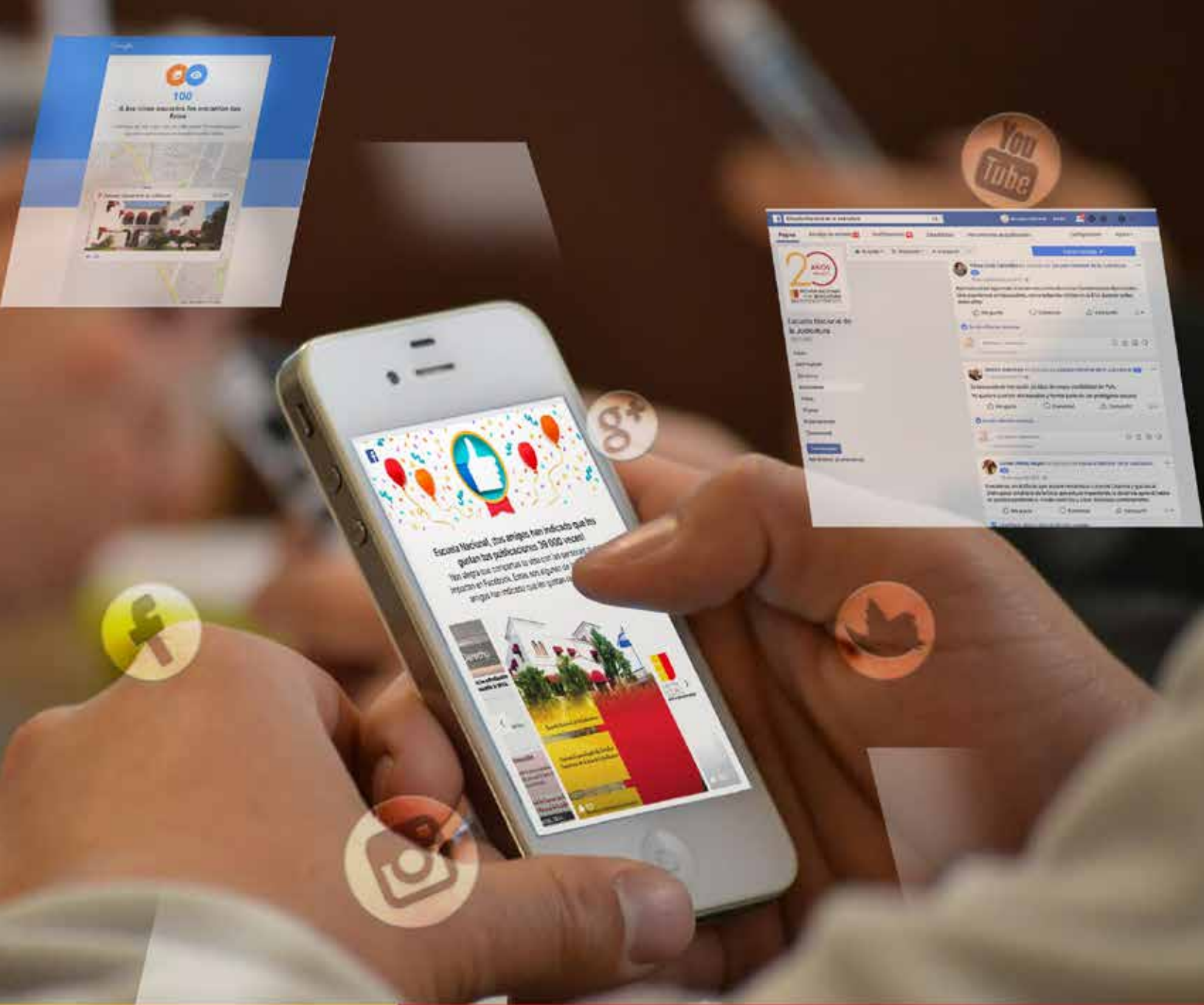
Conclusión.

En el punto anterior hemos desarrollado las perspectivas neoconstitucionales en torno trece a puntos o problemas, y fácilmente se puede concluir que existen amplias coincidencias en las respuestas que al respecto brindan las teorías jurídicas no positivistas kantianas con las de raigambre aristotélica, y al mismo tiempo, las distancias que tienen con el positivismo crítico de Ferrajoli. Por supuesto, que el estudio podría ampliarse y completarse con otros análisis, por ejemplo, podríamos destacar las peculiaridades de las diferentes teorías, en tanto hay temas o ámbitos que algunas de ellas profundizan o se detienen, mientras que las otras no lo abordan o lo hacen muy ligeramente. A este respecto, digamos que una prueba de ello puede ser el excelente desarrollo ferrajoliano en materia de las proyecciones del constitucionalismo al plano internacional, con su democracia cosmopolita y el constitucionalismo global. Pero también podríamos intentar hacer un relevamiento de las diferencias entre los neoconstitucionalismos no positivistas, en buena medida a tenor de una base antropológica, moral y gnoseológica diferenciada (Kant y Aristóteles), que finalmente se traduce en posiciones divergentes. Incluso en este estudio

podríamos detectar el acercamiento entre kantianos y ferrajolianos en temas puntuales del campo moral, como por ejemplo la respuesta positiva sobre el aborto, aunque con una amplitud y fundamentación muy diferente en Alexy y Ferrajoli. De todas maneras no es ése el objetivo propuesto, que como dijimos al comienzo, quería hacer una especie de descripción de las tres teorías jurídicas en juego, con la finalidad anexa orientada a verificar amplias coincidencias entre los no positivistas y su separación con la teoría ferrajoliana. El esfuerzo concretado no ignora que –como anticipábamos al comienzo– hay coincidencias entre todos los neoconstitucionalistas a la hora de estudiar, avalar y promover al EDCD. A los fines de poner de relieve aquellas genéricas coincidencias que constituyen tesis centrales de las variantes neoconstitucionalistas, señalemos sintéticamente por ejemplo: i) la operatividad jurídica de la Constitución; ii) el respeto irrestricto que imponen los derechos fundamentales como una fuerte preocupación para su satisfacción; iii) el importante compromiso de los juristas y el conocimiento jurídico con una dimensión valorativa y directiva de la realidad; iv) la necesidad de una reformulación del Estado superando la noción clásica de soberanía y la prevalencia del poder legislativo; v) una defensa incondicional de la democracia como forma de gobierno; y vi) el rechazo a las tesis centrales y constitutivas del “paleopositivismo jurídico

kelseniano” y del Estado de Derecho Legal. En definitiva, quizás la conclusión más importante a la que podemos arribar es que solo asumiendo a algunas de las versiones neoconstitucionalistas le resultará posible al jurista comprender y operar el derecho característico del Estado de Derecho Constitucional y Democrático propio de nuestro tiempo. Es que todo modelo de Derecho y de Estado requiere de alguna teoría que lo explique, avale y promueva, en el Estado de Derecho Legal ese papel lo cumplió centralmente el iuspositivismo, pero al haberse fracturado éste último ello ha afectado a dicha teoría⁸⁵. Una buena prueba de dicha afirmación es la jurisprudencia constitucional y la que proviene de tribunales supranacionales.

85 Cfr. Manuel Atienza-J. Ruiz Manero “Dejemos atrás al Positivismo Jurídico”, *Isonomía*, México, n°.37.



La Escuela en las Redes Sociales



PORTAL ENJ



ENJ WEB



ENJ WEB

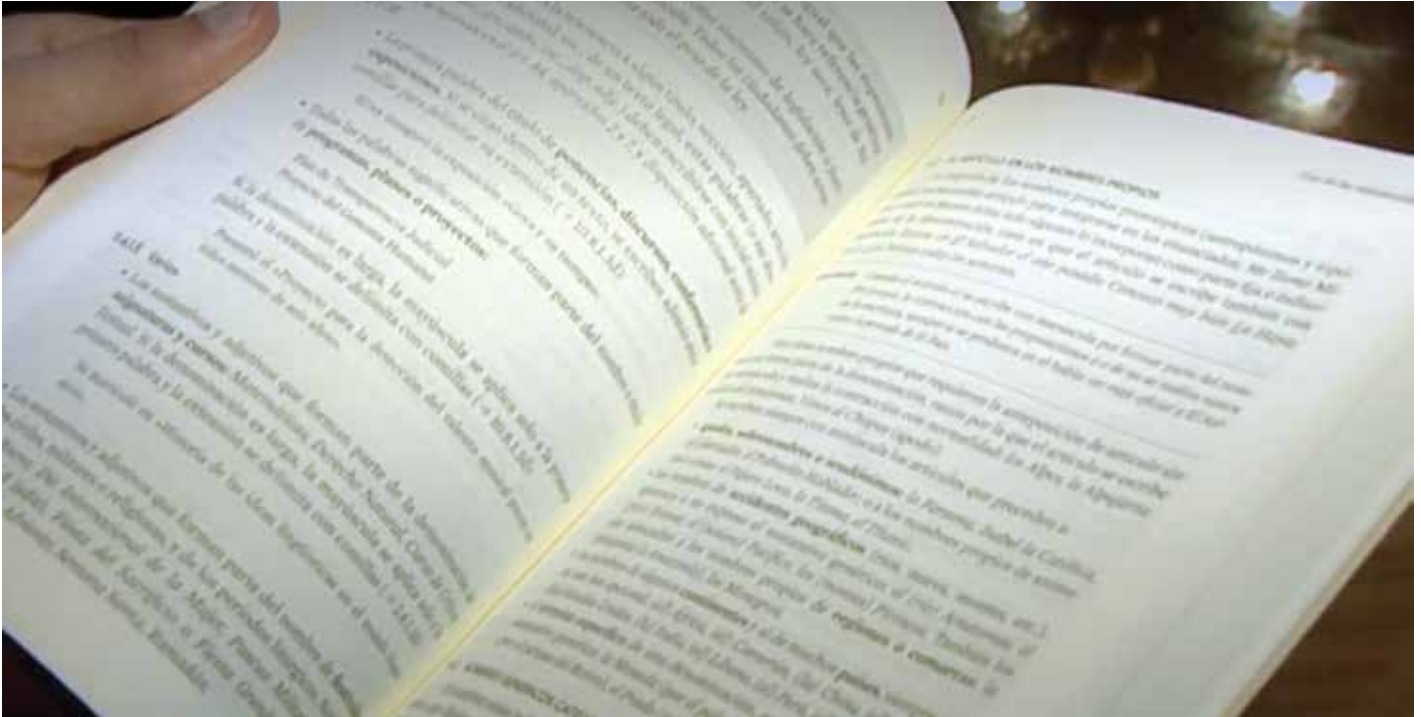


ENJ WEB



ENJ PORTAL

CÍRCULO DE ESTUDIOS JUDICIALES



ESCRIBIR EL DERECHO: COMENTARIOS SOBRE EL “LIBRO DE ESTILO DE LA JUSTICIA”

En el año 2000, el autor y crítico de cine estadounidense Roger Ebert escribió un breve artículo en réplica a las reacciones que habían provocado sus propias observaciones acerca del lenguaje del entonces candidato presidencial George W. Bush. «Me escriben que soy un *elitista*», se quejaba Ebert, y continuaba diciendo que:

«En un correo alguien afirma que “Bush habla en la forma en que habla la gente normal. Sabemos lo que quiere decir aunque no lo diga.” Esta no es la mejor recomendación sobre un hombre que busca el trabajo más importante del mundo. Pero como dicen, Ronald Reagan no era un intelectual, ni tampoco lo era Gerald Ford. Cierto que Reagan no era un intelectual pero era, por supuesto, el “Gran

Comunicador.” Si estabas o no de acuerdo con él, sabías lo que estaba diciendo. Ford era articulado y directo. No hay un candidato nacional en el último medio siglo que sea más desarticulado, confuso en su discurso y extraviado en sus propios argumentos como George W. Bush.»⁸⁶

No recordamos estas líneas porque el lenguaje jurídico deba ser como el lenguaje político. Si hay un elemento en común en ambas esferas es el de la función pública, y en el hecho de que el lenguaje contribuye enormemente con la transparencia en el desempeño de esa función.

86 Roger Ebert: “Op-ed: Why Presidents Should Speak Clearly”. En línea: www.rogerebert.com/rogers-journal/op-ed-why-presidents-should-speak-clearly. (Acceso el 25/2/2018, traducción libre del autor).

Esto adquiere mayor énfasis en el marco de una democracia, pues no basta que el *discurso* de quienes ejercen alguna autoridad –entendido el discurso como el contenido de todo acto emanado de presidentes, ministros, congresistas o jueces– se publicite y sea explicado con la amplitud necesaria. Es imprescindible que el lenguaje utilizado sea claro y comprensible.

Se adelantan muchas ideas en el párrafo anterior, pero completamos este preámbulo con las palabras de Ebert:

«¿Soy un elitista por criticar el lenguaje de Bush? No, lo que soy es un producto de mi escuela primaria, donde la Hermana Roseanne nos enseñó que un discurso y una gramática correctos son ejemplos del respeto por uno mismo. Y un producto de mi escuela secundaria, donde Marian Seward nos enseñó que una redacción descuidada no es el resultado de una mente ordenada. [...] ¿Es elitista esperar que Bush se posicione en un estándar más alto? No lo creo. Los estadounidenses merecen en el despacho más importante una persona capaz de expresarse clara y lógicamente – con la habilidad de inspirarnos a través de la claridad y de la poesía de su discurso.»

La «poesía» que menciona Ebert no es sólo la gracia y, si se quiere, un cierto lirismo que a veces hallamos en el lenguaje político. Se refiere también a la fluidez, a la elocuencia, a la eficiencia y a la precisión del discurso, o del lenguaje. Son cualidades que también debe poseer el lenguaje utilizado para comunicar las decisiones judiciales, y que convergen en la idea central del artículo antes citado: la claridad del discurso. Ciertamente nada elitista.

A propósito de lo anterior, queremos recordar también una experiencia propia. Hace unos años y por un breve periodo fungimos como Juez de Ejecución de la Pena, y en esa función debíamos ejecutar sentencias de tribunales de todo el país. Encontramos casos sencillos cuyas sentencias tenían veinte, treinta y hasta más de cuarenta

páginas, con los aspectos más relevantes sepultados en numerosas disposiciones legales y de instrumentos internacionales, o en las fórmulas genéricas que censura el mismo Código Procesal Penal cuando establece la motivación de las decisiones como principio fundamental y como «motivo de impugnación de la decisión... sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.»⁸⁷ Y es que la claridad del lenguaje no solo radica en construcciones textuales adecuadas sino también en el hecho de que la calidad no equivale a cantidad.

En este contexto pretendemos comentar un trabajo de suma importancia para la superación de muchos hábitos y de errores muy arraigados en el uso del lenguaje jurídico. El *Libro de estilo de la Justicia* es una colaboración del Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ) y de la Real Academia Española (RAE), esfuerzo que ha sido dirigido por el académico, secretario de la RAE y catedrático de Derecho Administrativo Santiago Muñoz Machado. Es también, como se ve, una propuesta del órgano de gobierno del Poder Judicial de España y de la máxima autoridad de la lengua castellana. Formalmente, la idea del *Libro de estilo de la Justicia* (en lo adelante, el *Libro*) parte de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia aprobada por el Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002. Como antecedentes significativos se encuentran el vademécum de estilo o *Libro de estilo interinstitucional*, publicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1993, con la intención de homogeneizar el lenguaje jurídico, y una publicación del mismo CGPJ del año 1997, llamada el *Libro Blanco de la Justicia*. Referencias anteriores se sitúan en los años setenta cuando en Estados Unidos, Canadá, Suecia y el Reino Unido aparece una campaña en defensa de un lenguaje jurídico claro (*Plain language campaign*).⁸⁸

87 Código Procesal Penal, artículo 24.

88 Santiago Muñoz Machado (Director), *Libro de estilo de la Justicia* (Barcelona, Espasa, 2017), pág. 14. Fabio Guzmán Ariza señala que desde el año 654 d. de C. se ha manifestado el empeño por que las normas sean escritas con sencillez y claridad, de acuerdo al Fuero Juzgo o Libro de las leyes, un código de la monarquía visigoda. En el lenguaje de la Constitución dominicana (Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2012), pág. 9.



“La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, según explica el Presidente del Tribunal Supremo de España y del CGPJ Carlos Lesmes Serrano en el prólogo de la obra, señalaba bajo el título «Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos» una serie de principios para alcanzarla”.

La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, según explica el Presidente del Tribunal Supremo de España y del CGPJ Carlos Lesmes Serrano en el prólogo de la obra, señalaba bajo el título «Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos» una serie de principios para alcanzarla. Entre estos principios se encuentra «el reconocimiento del derecho del ciudadano a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de forma que sean comprensibles para sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.» La claridad y calidad de las decisiones judiciales, nos dice Lesmes Serrano, se relaciona entonces con el derecho fundamental al debido proceso, y la propuesta no se circunscribe a la justicia española, pues la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana formuló en el año 2015 las Recomendaciones para el lenguaje claro y comprensible para el dictado de resoluciones judiciales, aprobadas por la asamblea plenaria.⁸⁹

Entre estas recomendaciones, como también se detalla a lo largo de todo el *Libro* cuando se aborda la sintaxis, la ortografía, la semántica y la presentación de textos, cabe subrayar las siguientes:

- Homogeneizar la redacción de las sentencias en cuanto a su numeración, la utilización de mayúsculas, la cita de jurisprudencia y de normas, las abreviaturas, siglas y los criterios tipográficos.
- Buscar un equilibrio entre el rigor técnico necesario de las expresiones y su comprensión por parte de la ciudadanía. Es imprescindible, para lograr la claridad, saber perfectamente lo que ha de expresarse. El discurso y el lenguaje utilizado han de

ser asequibles, pero sin incurrir en la vulgarización; el rigor y la precisión obligan a tratar con orden todas las cuestiones, prescindir de lo innecesario, evitar las expresiones redundantes y evitar la terminología extremadamente técnica.

- Eliminar el uso del latín, así como los extranjerismos innecesarios.
- Redactar los actos de comunicación, es decir, las resoluciones de trámite, como los emplazamientos y las citaciones, en un lenguaje fácil y comprensible para la persona interesada.
- Respetar las normas sintácticas y gramaticales, ya que su inobservancia normalmente es la responsable de la falta de claridad en los textos judiciales. Es importante plasmar cada idea en una frase lo más sencilla posible (no más de una idea por párrafo), y guardar el orden lógico de las oraciones: sujeto, verbo y predicado.
- Limitar las citas jurisprudenciales y doctrinarias. Un exceso de citas oscurece la exposición de razonamiento. Se sugiere reproducir solo la idea central de la sentencia citada, y en la parte directamente aplicable al caso que se está analizando; transcribir el pasaje citado empleando distintivos tipográficos para distinguirlo del texto del razonamiento que se está construyendo; parafrasear el contenido central de la sentencia citada, haciendo propias las expresiones de ella, con la obligación de señalar la fuente de referencia, de manera clara y simplificada.
- Evitar en lo posible el uso de gerundios en la construcción de la frase. Ej.: “Siendo que”, “Habiendo que”.

⁸⁹ XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana. En línea: www.cumbrejudicial.net/c/document_library/get_file?p_l_id=1696450&folderId=1521023&name=DLE-7151.pdf (acceso el 24/2/2018).

- Eliminar los arcaísmos, las frases rituales y desprovistas de verdadero contenido, los excesos de la retórica formal y aspectos tradicionales que no sintonizan con los tiempos actuales.
- Redactar las sentencias con sencillez expositiva. Para ello se debe usar frases cortas y completas, en vez de frases largas y complejas, y evitar el empleo innecesario y sobreabundante de oraciones subordinadas e incidentales.
- Identificar puntualmente las cuestiones debatidas y resolverlas por separado. Se sugiere el uso de párrafos y subpárrafos, o de ordenamiento con numerales, para ayudar a la lectura y su comprensión.
- Describir con rigor los hechos sucedidos, tanto si se trata de sentencias penales como de otro fuero.
- En la redacción de la parte resolutive han de evitarse los pronunciamientos confusos. La decisión de la sentencia definitiva debe ser clara y congruente con todas y cada una de las pretensiones deducidas.
- Evitar el uso del lenguaje sexista.

Hace dos años, la Dirección de Políticas Públicas del Poder Judicial dominicano implementó para todos los tribunales el uso de un modelo para las distintas decisiones judiciales, cuya estructura se inspira en algunas de las recomendaciones anteriores. Era una medida necesaria aunque sólo concierne a la presentación de las sentencias, en cuanto a la organización de sus partes y qué debe contener cada una de ellas. El uso del lenguaje en las motivaciones de la decisión no fue tocado, si bien podemos convenir en que la claridad del lenguaje jurídico no solo se manifiesta en el aspecto físico u organizativo de la sentencia, sino también en la construcción de los elementos textuales (como los párrafos), y en el adecuado uso de las reglas de la gramática (ortografía y sintaxis), siguiendo las pautas acordadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Eso es precisamente lo que procura el Libro desde las dimensiones del lenguaje, a las que podemos añadir

una dimensión “meramente formal” en cuanto al modo en que se organiza la decisión en su parte expositiva, considerativa y resolutive, y en cuanto a la tipografía que debe usarse. Es decir, la ortotipografía, o la «correcta presentación de los documentos que favorece su comprensión y el reconocimiento de su estructura interna.»⁹⁰ Respecto a la semántica, sintáctica y pragmática del lenguaje, encontramos una parte de la obra dedicada a las características del lenguaje jurídico como proceso de comunicación, efectivamente vinculadas a la comprensión del mensaje por parte del interlocutor, tanto en el significado como en el sentido del mensaje. Particularmente importante consideramos el capítulo dedicado a la construcción del párrafo, pues y como se afirma,

«En la redacción jurídica tradicional se impuso como norma, especialmente en las sentencias, que el párrafo debía estar formado por una sola oración. El resultado eran párrafos enormes, llenos de información secundarias, plagados de incisos, sembrados de referencias acumuladas...»⁹¹

En suma, párrafos incomprensibles por la dificultad en entender la idea expresada. Otros defectos del párrafo de una sola oración son la multiplicación redundante de sustantivos, adjetivos, verbos y adverbios, y la repetición de ambigüedades de todo tipo. Como primer consejo para solucionar y evitar este tipo de construcciones se ofrece el más natural de todos: dividir, dividir, dividir.⁹² Asimismo, evitar el exceso de oraciones subordinadas que solo contribuyen al alargamiento de los párrafos. Las subordinadas son oraciones dentro de la oración principal, que dota a la lengua de gran economía y flexibilidad, aunque en demasía hacen que la lectura se vuelva pesada y difícil.⁹³

Dentro de la parte destinada a la gramática, se estudia un error igualmente habitual en los textos jurídicos, referente a la falta de concordancia. La concordancia es

90 Muñoz Machado, pág. 196.

91 Muñoz Machado, pág. 34.

92 Muñoz Machado, pág. 35.

93 Muñoz Machado, pág. 77.



la coincidencia obligada de determinados accidentes gramaticales (género, número y persona), y obviamente la ausencia de coordinación provoca confusión. El uso del relativo *el cual* (o *la cual, los/las cuales*) es también abundante en los textos jurídicos, y se sugiere sustituirlo por un pronombre demostrativo y dividir el enunciado con un punto. Esto beneficia la brevedad de las oraciones y la fluidez del lenguaje.

En la parte semántica se enfatizan los problemas con la homonimia, la polisemia, la paronimia y las palabras que expresan ideas afines pero no idénticas. Un ejemplo notorio de esto último es lo que sucede con *legal* y *legítimo*, frecuentemente confundidas como la misma cosa. Otros defectos bastantes comunes son la vaguedad, la ambigüedad y la verborrea, que lingüísticamente informan poco o nada, y el uso incorrecto del adjetivo *mismo*, ya criticado en nuestro medio por Fabio Guzmán Ariza, quien lo denominó *mismiosis*.⁹⁴ Ello se manifiesta con el uso del elemento *el mismo* o *la misma* y sus variantes en plural, para referirse a una expresión ya citada anteriormente. Es común en todo tipo de textos jurídicos y se sugiere su supresión o sustitución por pronombres personales, posesivos o demostrativos. Por ejemplo: *La mensura se inicia con la autorización para la realización de la misma otorgada por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales* (Artículo 25 de la Ley núm. 108-05). Es mejor decirlo de este modo: *La mensura se inicia con la autorización para su realización otorgada por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales*. Es la preferencia por la sencillez, que tampoco debe confundirse con simplicidad.

En los últimos capítulos se examina lo que constituye un verdadero dolor de cabeza en el lenguaje, por su inobservancia cotidiana: la ortografía. Aquí deben destacarse dos errores muy comunes en el lenguaje jurídico: el uso indiscriminado de la coma y la ausencia de acentuación gráfica. Vale apuntar que la intensidad de la coma es menor que la del punto y coma y la del punto para

establecer disociación entre las unidades lingüísticas, que es su principal uso. Pero en la usanza corriente parece ser que quien escribe hace pausas constantemente y exterioriza esas pausas con la coma.

Las reglas del lenguaje son muchas y algunas son complejas. Pero en toda la obra su explicación ha sido realizada con sencillez y con aplicación al contexto jurídico, no solo para las decisiones judiciales, sino para todo tipo de actos y documentos. De este modo, puede decirse que el propósito del Libro empieza y termina con el derecho a comprender,⁹⁵ si se quiere un nuevo derecho que se materializa cuando los actos jurídicos de cualquier funcionario público se expresan en un lenguaje claro. Este derecho cobra mayor fuerza cuando otros derechos están en juego, como sucede en los litigios judiciales, que culminan con una decisión mucho más extensa y profunda que las decisiones emanadas de otras autoridades. Sin duda que uno de los primeros desafíos para abogados y fiscales, y sobre todo para jueces, es moderar el lenguaje técnico, sin la falsa expectativa de que la comunidad no entendería la mayoría de las decisiones judiciales de cualquier modo, o de que es muy difícil reducir el uso de los tecnicismos. Si la sentencia debe comunicar el razonamiento del juez, todas las personas tienen el derecho de comprender ese razonamiento, especialmente aquellas a quienes les afecta. La obra aquí comentada contribuye a ejercer ese derecho.

⁹⁴ Fabio Guzmán Ariza, *El Lenguaje de la Constitución Dominicana* (Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2012), pág. 78.

⁹⁵ Muñoz Machado, pág. 17.

PUBLICACIÓN ANTERIOR

Los temas tratados fueron:

- TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DESDE EL PENSAMIENTO CLÁSICO HASTA EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO.
- LA CRIMINALIDAD DE LOS PODEROSOS TIENE COMO ALIAS "LA IMPUNIDAD".
- LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.
- EL CONTEXTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL EN LA ESCUELA JUDICIAL: SU ANÁLISIS Y COMPRESIÓN PARA EL TRATAMIENTO DE LA TEORÍA JURÍDICA COMO PARTE DEL CONOCIMIENTO.
- EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA EN LA ENSEÑANZA DE LAS ASIGNATURAS: INTRODUCCIÓN AL DERECHO, TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.
- LECTURA, DECISIONES Y RACIONALIDAD.
- FORMACIÓN POR COMPETENCIAS EN LA ENJ.
- BUENAS PRÁCTICAS EN LA INTEGRACIÓN, DESARROLLO Y FOMENTO DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS EN LA CURRÍCULA UNIVERSITARIA.



REVISTA SABER Y JUSTICIA núm. 12-diciembre-2017

En esta publicación colaboraron: Armando Andruet, Cecilia Palomo, Nieves Sanz, Sergio A. Palacio, Martha Díaz, Esthel Díaz, Matías Villalón Aguirre y Miguel Ángel Díaz.



Para mantenerse al tanto de todas nuestras actividades, oferta académica y publicaciones, visite nuestra página web **www.enj.org**.

Siganos a través de nuestras cuentas de **Facebook y Twitter** o escribanos a **info@enj.org**.

Estamos disponibles de lunes a viernes en horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde.

Con gusto le atenderemos.



<https://www.facebook.com/portal.enj>



<https://twitter.com/enjweb>



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL



Calle César Nicolás Penson #59, Gazcue
Santo Domingo, D.N., República Dominicana
Tel. 809-686-0672 | Fax: 809 686-1101
info@enj.org | www.enj.org