

Conflictualidad, lenguaje y derecho

Esthel Díaz Díaz

Estándares regionales y costarricenses sobre el derecho a la vida

Víctor Orozco

Retos en la lucha contra el terrorismo

Eva Massa Arranz

Responsabilidad y derecho del consumo

Julien Couard

Entrevista

Dariel A. Suárez Adames

Regulación y competencia en el sector
de las telecomunicaciones: la experiencia
de la República Dominicana

EDITORIAL

Nos complace presentar la edición número 16 de esta Revista Saber y Justicia, una propuesta producida en línea, con una metodología de arbitraje, que se aproxima a los estándares internacionales de calidad de las revistas indexadas.

Desde el primer número en el año 1999, Saber y Justicia se ha mantenido en constante evolución. Inició como una publicación impresa de difusión e información de las actividades académicas de la Escuela y ahora pasa a formar parte de una comunidad científica en formato electrónico, lo que permite a la Escuela Nacional de la Judicatura cumplir con su visión institucional de ser un sistema abierto de educación, al ser más accesible, contribuyendo de esta forma con la transparencia, difusión y preservación del conocimiento en el área de la educación y el derecho.

Se hace oportuno reflexionar sobre la importancia de contar con una publicación de alta calidad, que apoye la divulgación de trabajos de investigación en el ámbito jurídico y judicial, a nivel nacional e internacional.

En esta ocasión, se presentan trabajos interdisciplinarios que están orientados a la teoría general del derecho, la lógica jurídica, el derecho internacional, constitucional, civil y penal. Los artículos fueron escritos por destacados y reconocidos juristas del país así como del extranjero, los cuales fueron sometidos a controles estrictos de selección/evaluación por pares (académicos expertos en cada una de las áreas mencionadas). En adición, la revista presenta la reseña de un congreso más una entrevista, con los cuales se busca enriquecer el debate académico.

Saber y Justicia agradece a los autores y evaluadores, quienes de manera desinteresada han puesto a la disposición de la Escuela su trabajo para cumplir con el rigor y la calidad exigida de una revista científica. Esperamos que el contenido presentado sea del interés de nuestros lectores y con ello continuar fortaleciendo la propuesta de contenidos.

Equipo Editorial Saber y Justicia
Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana

Recibido: 18 de septiembre 2019 • Aprobado: 08 de octubre 2019

CONFLICTUALIDAD, LENGUAJE Y DERECHO

Conflicts, language and rights

Esthel Díaz Díaz

Universidad Autónoma de Santo Domingo. República Dominicana.

estheldiaz@gmail.com

ID: <https://orcid.org/0000-0002-7047-5306>

Cómo citar: Díaz Díaz, E, (2019). Conflictualidad, lenguaje y derecho. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 7-19. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

RESUMEN

Este artículo busca visualizar la necesidad de los estudiosos del Derecho de enfocarse en el análisis de los aspectos del lenguaje que sean necesarios para entender el proceso interpretativo de las leyes y con ello determinar la contradicción entre los enunciados y la conflictualidad en el Derecho.

Se trata de un trabajo explicativo y de contraste. Las referencias bibliográficas se basan en estudiosos de la filosofía, lógica y derecho.

Palabras clave: lenguaje; derecho; interpretación; conflictualidad.

ABSTRACT

This article seeks to visualize the need for Law scholars to focus on the analysis of the aspects of the language that are necessary to understand the process of interpretation and thereby determine the contradiction between the statements and the conflict in the Law.

It is an explanatory and comparative work. Bibliographic references are based on Philosophy, Logic and Law scholars.

Keywords: language; rights; interpretation; conflicts.

Introducción

Existen variadas razones para ocuparnos y preocuparnos por temas que en ocasiones escapan de la mirada del operador jurídico. Por lo general, se suele concentrar todo el esfuerzo en los aspectos sustantivos del Derecho, dejando de lado los saberes que pudieran ampliar la visión general del entorno que le rodea. Si partimos del hecho de que el conocimiento del derecho sustantivo es condición necesaria pero no suficiente para que el operador jurídico pueda dar respuesta a los asuntos sometidos a su consideración, se hace necesario el análisis de otros elementos, tales como los lógicos y los lingüísticos.

Este operador, que es percibido por la comunidad jurídica, y a veces por sí mismo, como poseedor de un cierto nivel de éxito, no ha descubierto o todavía no se ha percatado de que la complejidad que ha alcanzado el ámbito legal o el Derecho, sí ha hecho la distinción entre uno y otro, le obligará tarde o temprano a modelar otras competencias que hasta el momento no se había visto precisado a desarrollar. O por lo menos, su falta no había constituido un verdadero obstáculo en su calificado y exitoso ejercicio profesional.

Necesariamente, en algún momento, este operador se verá precisado a revisar la correlación existente en asuntos tales como: lógica, lenguaje, contextos lingüísticos, así como el impacto que estos tienen o pueden tener sobre la esfera jurídica, específicamente las distinciones entre la contradicción lógica y la contradicción normativa, por ilustrar un punto de especial interés. La contradicción en el ámbito de la lógica formal se puede entender como "La ley de la lógica formal de la no contradicción que establece el carácter de las contradicciones inadmisibles en el pensamiento" (Kopnin, 1996, p.175).

El quehacer jurídico en general, es decir, no solo el académico, exige a su cultor un compromiso. Este habrá de hacer conciencia acerca de otras áreas que ponen en contexto y sitúan el Derecho, tales como: el razonamiento, la argumentación, la interpretación, la metodología y la epistemología; estudios todos imprescindibles para manejarse en el hoy complejo mundo del quehacer jurídico. En este sentido, si bien se ha de reconocer que da pasos cada vez más firmes hacia la especialización, no es menos exigente con la formación mínima de los egresados de grado de las facultades de Derecho de las distintas universidades. Es por ello que con el presente artículo se invita a una reflexión acerca de los problemas de la contradicción de los enunciados, la conflictualidad de las normas, la necesidad del manejo del lenguaje en la actividad jurídica, en fin, la importancia de los contextos lingüísticos en el Derecho.

Se pretende dirigir la mirada del lector, llamar su atención hacia aquellos saberes que deben formar parte de la agenda de estudio de quienes autorregulan su conocimiento jurídico y son conscientes de cumplir con el deber ético de mantenerse dentro de los parámetros del profesional competente y actualizado.

Es momento indicado para advertir que este artículo se presenta desde una visión que desborda el derecho como objeto dado, de corte *iusnaturalista*, en que los sujetos no pueden condicionar su naturaleza jurídica ni determinar su contenido; sino que, por el contrario, se enmarcará en un hacer interpretativo que construye la norma a partir de enunciados normativos que cobran vida en la medida en que se

decodifica el mensaje del texto enviado por el legislador, el constituyente, el decisor o cualquier otra autoridad.

Se necesita la dinámica interpretativa, que siempre iniciará con una interpretación exegética, por aquello de la plataforma lingüística en que se sostienen las leyes. La decodificación del texto que, por medio de ella, abrirá o cerrará lagunas, orientará y reorientará hacia las nuevas necesidades o valores de la sociedad y que, examinando diversas propuestas interpretativas, argumentará con el propósito de crear adhesión acerca de la interpretación seleccionada. En un primer momento, se dilucidarán los problemas de la contradicción lógica y en una segunda ocasión, se analizarán aspectos lingüísticos.

Los referentes lógicos

Rupert Schreiber, a finales del siglo XX, publica los resultados de su investigación en torno a la lógica del derecho y advierte la necesidad de respetar las leyes de la lógica para poder sistematizar el derecho y conocer las grandes ideas jurídicas. Más aún, advierte sobre la existencia de problemas aparentes que se resuelven mediante una corrección del lenguaje.

Una situación similar a la de la interconexión entre lenguaje y derecho ocurrió cuando Ulrich Klug buscaba estrechar vínculos entre la lógica y el derecho, dando así paso a lo que se conoce como lógica jurídica. Esta advierte que cuando las leyes que tienen validez en una disciplina no coinciden con las leyes de la lógica que valen igual para todas, Klug (1998) establece que:

La diferencia no resulta de que se haya aplicado una lógica distinta, sino de haberse partido de premisas diferentes. Y, precisamente, la diferencia de las premisas da lugar a la distinción entre las ciencias particulares. Por lo tanto, cuando se habla de lógica jurídica no se designa con esto una lógica donde tendrían validez leyes especiales; sino la lógica en la medida en que resulta específicamente aplicada en la ciencia del derecho (p.6).

Es así como, desde el lenguaje y la lógica, se analiza la técnica utilizada por los sofistas que consistía en que la prueba que sometían no descansaba sobre la verdad de los hechos sino sobre las proposiciones, lo que obviamente implica que esa verdad se justifica en la verdad de otra proposición. Los sofistas lograban con ello, demostrar simultáneamente dos proposiciones contradictorias (Schreiber, 2014, p.7-18).

Tratados de Lógica Órganon (Aristóteles, 2011, p.63-86) en el preámbulo *Peri hermeneias* (De la Proposición) plantea que la forma usual de expresar y comunicar un pensamiento es la proposición en que se vinculan los términos sujeto y predicado, afirmando o negando. Es decir, predicando el segundo del primero, para luego definir el enunciado como la expresión de un juicio, de una predicación que podrá ser verdadera o falsa. La referida predicación será verdadera, de acuerdo a Aristóteles, cuando utiliza el concepto verdadero vinculando lo pensado con la realidad, para así inferir que: "Si el pensar vincula las cosas que están unidas en la realidad, se llega a una proposición verdadera; si no es así, se tiene una proposición falsa." (Ídem, p.66) Pero, más

aún, establece como enunciación simple aquella que afirma que tal cosa es o no es, según las diversas divisiones del tiempo (Ídem. p.68).

En las divisiones del tiempo es oportuno que se observe que la noción de tiempo resalta como fundamental para determinar la verdad o falsedad del enunciado. El tiempo tiene una única dimensión, lo que impide que en él se manifiesten múltiples relaciones. Si se señala la razón del ser en el tiempo, como ley de sucesión, solo por un tiempo anterior, se puede llegar al tiempo presente, tal y como lo señala Arthur Schopenhauer en su obra *La cuadratura del principio de razón suficiente* (Schopenhauer, 1981, p.187-190).

De vuelta a la *Peri hermeneias*, ahora en su capítulo sexto, Aristóteles define la afirmación como la enunciación que atribuye una cosa a otra. La negación, por otro lado, sería la enunciación que separa una cosa de otra cosa. Advirtiendo que por la categoría tiempo, se puede afirmar todo lo que al principio se ha negado y negar todo lo que al principio se ha afirmado entonces, "para toda afirmación hay una negación opuesta, y para toda negación una afirmación opuesta". Luego concluye que no hay oposición, sino respecto a las proposiciones de lo mismo a lo mismo; pero no debido a la homonimia, ni a equívoco del mismo género (Aristóteles, 2011, p.69).

Se destaca que los enunciados normativos no tienen el carácter de verdadero o falso, ya que de ellos no se predica. Es muy conocida la advertencia que formulara Norberto Bobbio sobre las proposiciones normativas al calificarlas desde lo justo o lo injusto, lo eficaz o lo ineficaz, lo válido o lo no válido. De ellas: justicia, validez y eficacia se derivan diferentes combinaciones o planos de análisis; pero que, en definitiva, reflejan una acentuación en una u otra (Bobbio, 2017, p.22-24).

Aristóteles, padre de la lógica formal, establece que dos cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo y desde una misma perspectiva. Esto establece que cuando se afirma y se niega a la vez la misma cosa y desde la misma perspectiva, se reconoce que, ontológicamente, implica que una será verdadera y la otra, obviamente, falsa. Esto, claro está, no distinguirá cuál es cual, pues no refiere nada en cuanto al contenido. Será necesario el análisis de la cuestión desde el área de conocimiento de que se trata para la determinación de la verdad o la falsedad de cada enunciado.

De acuerdo a las formulaciones del principio de no contradicción de Aristóteles, al igual que la del alemán Gottfried Wilhelm Leibniz, se revela la imposibilidad de alcanzar la deseada coherencia lógica. Mientras Aristóteles plantea que ontológicamente o es verdadera la afirmación o lo es la negación, es decir, no pueden ser verdaderas las dos simultáneamente; Leibniz, por su lado, plantea que la no contradicción sintetiza que todo lo que no es igual a sí mismo es diferente, lo cual constituye una negación en sentido lato. Todo esto, en referencia al campo de los enunciados. Oportuno es recordar que el estar es transitorio; de ahí, la trascendencia de determinar el aquí y el ahora.

También parece oportuno destacar que no solo se trata de demostración diferenciada entre proposiciones y hechos, sino también, incluir en la revisión formulada la conflictualidad de las normas que no operan bajo los mismos

postulados de la lógica formal. Es decir, se está ante categorías diferentes: primero, la de los hechos; segundo, la de las proposiciones y tercero, la categoría de las normas. En cuanto a esta última, parece imprescindible referir a Von Wright en su texto *Norma y Acción (1970)* cuando establece lo que denomina el núcleo normativo de las prescripciones, formado por el carácter, el contenido y la condición de aplicación. Señala que su teoría de los núcleos normativos es una especie de lógica básica de las normas, en general debido a que esta se corresponden con todos, o, casi todos los tipos de normas (p. 88).

De estos, se referirá al carácter como elemento que revela la conflictualidad de las normas. En *Norma y Acción*, plantea la existencia de tres operadores deónticos, correspondientes a lo prohibido, lo obligatorio y a lo permitido y es la oposición entre ellos lo que origina la contradicción normativa. En ese sentido, Carla Huerta Ochoa, en su libro *Conflictos normativos* publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, resalta que no solo existen diversos tipos de conflictos normativos; sino también que cada uno de ellos exige una forma de resolución diferente. Formula la siguiente reflexión: "Es preciso reflexionar si realmente existe una diferencia entre los conceptos de conflicto normativo, colisión entre normas, antinomia, contradicción, vulneración, infracción, etcétera, respecto de los cuales existe la tendencia a utilizarlos como sinónimos." (Huerta, 2017, p.51). Esta inquietud le lleva a considerar que si cada uno de estos términos tiene un significado diferente, entonces ellos referirían la contradicción entre normas y las dificultades que se producen en la aplicación de las mismas. Es posible incluso que dos normas contradictorias gocen las dos de validez. Continúa su reflexión y plantea: "No todos esos conceptos son aplicables a las normas, como es el caso de contradicción en el sentido lógico estricto, dado que no son las normas las que se contradicen, sino su carácter o contenidos" (*Ibidem*).

En la contradicción lógica se confrontan enunciados relativos a la realidad, es decir, hechos o juicios como se explicó *ut supra*. Incluso se puede hablar de contradicción de conceptos en los que la exclusión mutua no se traduce necesariamente en que uno haga imposible el otro. De hecho, en los conceptos contrarios existe un término medio que es un aspecto que le distingue de los conceptos contradictorios en los que hay negación pura y simple, sin posibilidad de la existencia del referido término medio. Diferenciadas las contradicciones entre enunciados y normas, se precisa el desarrollo de un conflicto normativo (*sensu largo*):

Quando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación de sus contenidos respectivamente; en este último tipo de conflictos se puede presentar una "contradicción normativa" Esto se debe a que existen casos en que el conflicto deriva de un problema formal y la norma "imperfecta" puede ser derogada o declarada inválida; estos casos serán denominados "infracción" (Huerta, 2017, p. 52).

Se recuerda que la validez, criterio fundamental del positivismo encabezado por Hans Kelsen y como síntesis del reduccionismo más estricto, implica que la disposición normativa proviene de la autoridad competente y de acuerdo

al procedimiento establecido; requisitos que a todas luces revelan no una contradicción normativa, sino una falta procedimental.

En cuanto al caso de una contradicción material, la misma autora plantea que esta se produce cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos normativos son incompatibles. Es decir, que las normas en conflictos no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una, produce necesariamente la desobediencia de la otra.” (Huerta, 2017, p. 52).

Hasta aquí, ha quedado establecida la situación del llamado conflicto formal y el material, pero, este último, abre otras esferas problemáticas, calificadas como un dilema por la autora, es decir, una situación que plantea dos salidas, pero que ambas generan nuevos problemas. ¿Cuáles serán estas dos salidas? La que clasifica, como conflicto de obligaciones y conflicto de sanciones.

Los conflictos de obligaciones se refieren a la estructura de la norma y se ubica un operador deóntico tal y como se vio en Norma y Acción de acuerdo a Von Wright, o en el contenido de la prescripción, es decir, en la conducta regulada. Por su parte el conflicto de sanciones se configura cuando para el mismo caso se puede estar en presencia de una atribución o impedimento de un derecho o, por otro lado, puede obligar o prohibir su ejecución. En este sentido, establece:

La diferencia puede ser de grado cuando se establece el mismo tipo de sanción y la decisión del juez deberá, en dicho caso, apoyarse en el criterio de justicia; pero si se trata de consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles, estamos ante un auténtico conflicto normativo (Huerta, 2017, p.53).

Si bien existen otras clasificaciones acerca de los conflictos de normas y de que muchos resultan ser aparentes por encontrar solución desde el mismo ordenamiento jurídico y otros que tendrán métodos diversos, cuando se trata del ámbito constitucional, o se parte de un ordenamiento jurídico compuesto de reglas y principios, de acuerdo a los objetivos propuestos, se ha logrado establecer algunas diferencias en cuanto a la contradicción de enunciados y a la contradicción de normas.

Ahora se puede pasar a otro orden de problemas, es decir, los problemas del ámbito lingüístico.

Los referentes lingüísticos

La naturaleza de los conceptos ha sido una preocupación entre connotados filósofos como, por ejemplo, John Locke, L. Wittgenstein y Gottlob Frege, quienes han fijado su posición desde las ideas de representaciones mentales, habilidades o lo que se ha denominado sentido fregeano.

Antes que ellos, se encuentran las ideas platónicas acerca de la existencia de dos mundos: uno sensible en que se entendía que los universales eran las ideas que permanecían, luego de una percepción captada por los sentidos y otro, el mundo inteligible, en que el conocimiento era adquirido mediante la razón. Mientras que, para Aristóteles, existía un solo y único mundo de

carácter bidimensional, formado por la forma y el contenido. Entendiendo por forma la configuración en que, con la cooperación del lenguaje, se materializa el pensamiento; y por contenido, los elementos empíricos objetos del pensamiento.

De una u otra manera, la filosofía puede ser considerada atemporal: las ideas platónicas y aristotélicas dan paso a otras ideas y aparecen otras formulaciones y es cuando se conciben los conceptos como representaciones mentales. Esto se refiere a que, dada una percepción (conocimiento inmediato), debido a la presencia de un objeto, los sentidos crean una impresión por lo cual John Locke entiende que no existen ideas innatas: el conocimiento viene de una experiencia cognoscitiva. De ahí que, como empirista, vea los conceptos como una correspondencia con la imagen mental. En otras palabras, el origen de las ideas está en el mundo exterior.

Las críticas formuladas plantean que los conceptos no solo tienen como fuente el mundo empírico, ni tienen un carácter estático porque pueden abarcar diferentes situaciones aun en la impresión inicial y sobre todo porque existen cadenas de hechos en los que habría que determinar a cuál hecho haría referencia la idea generada o a cuál de las ideas generadas por cada percepción registrada en el cerebro estaría atada la idea (González, 2003, p.27-29).

Desde la perspectiva de la filosofía analítica, el pensamiento del austriaco Ludwig Wittgenstein fija la idea de que los conceptos están unidos a símbolos similares a los del lenguaje natural. En la primera etapa, que corresponde a su obra *Tractatus logico-philosophicus*, postula que el fundamento del lenguaje descriptivo se encuentra en la lógica. Entiende que la filosofía del lenguaje estudia la conexión entre lenguaje, pensamiento y mundo. Plantea que:

La realidad empírica viene limitada por la totalidad de los objetos. El límite vuelve a mostrarse en la totalidad de las proposiciones elementales. La jerarquía son y tienen que ser independientes de la realidad. Si sabemos por motivos puramente lógicos que tienen que haber proposiciones elementales, entonces cualquiera que comprenda las proposiciones en su forma no analizada tiene que saberlo (Wittgenstein, 2014, p.80).

Y continúa su planteamiento siempre de conformidad con la lógica:

Todas las proposiciones de nuestro lenguaje ordinario están de hecho, tal como están, perfectamente ordenadas desde un punto de vista lógico. Lo más simple que hemos de indicar aquí no es un símil de la verdad, sino la verdad misma. Nuestros problemas no son abstractos, sino acaso los más concretos que existen (Wittgenstein, 2014, p.80).

Uno de los aspectos que más refleja el pensamiento de este primer Wittgenstein se encuentra cuando expresa: "Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo... Lo que no podemos pensar no lo podemos decir; así pues, tampoco podemos decir lo que no podemos pensar." (Wittgenstein, 2014). Estos enunciados evidencian la relación lenguaje, pensamiento y mundo. Debe existir la posibilidad de "ser" para ser expresable. En otras palabras, si no

tiene la posibilidad de existir será inexpresable. Con la producción de su obra *Investigaciones filosóficas* se ocupa del uso y el abuso del lenguaje y deja de ver en la lógica el medio para analizar el lenguaje y se vuelve un tanto pragmático al considerar que el análisis del lenguaje tiene como fundamento el o los comportamientos de los usuarios del lenguaje.

Abandona la idea: "Que el mundo es mi mundo, se muestra en que los límites del lenguaje (del lenguaje que yo sólo entiendo) significa los límites de mi mundo." (Wittgenstein, 2008, p.81). En definitiva, el lenguaje no es un medio de reflejo del mundo, sino de su construcción (Diccionario Soviético). Del análisis que hace Wittgenstein de las Confesiones de Agustín de Hipona, le surgen múltiples preguntas acerca del lenguaje, su uso, descripciones, significaciones, representaciones, etc. Y plantea:

nombramos las cosas y podemos entonces hablar de ellas. Nos referimos a ellas en la alocución" - Como si con el acto de nombrar ya estuviera dado lo que haremos seguidamente. Como si solo hubiera algo que se llama: "hablar de cosas." Mientras que, en realidad, hacemos las cosas más heterogéneas con nuestras oraciones" (Wittgenstein, 2014, p.64).

Y va dando forma a la idea de las descripciones ostensivas, para luego, una vez conocidas, saber la definición ostensiva de las referidas palabras. Esa definición, el uso e incluso reseña el cómo concibe Agustín de Hipona el aprendizaje del lenguaje de interpretaciones de las explicaciones que unas veces serán correctas y otras no. Cuando Wittgenstein interpreta a Agustín de Hipona llega a decir que aunque no se sepa hablar, si se puede pensar, entendiéndose que pensar significa hablar con uno mismo.

Cuando se ocupa de la investigación de lo complejo, por encima de la significación de los nombre simples, es imposible hablar mediante una explicación de cualquier protoelemento; pues para él no hay otras cosas que la mera denominación; su nombre es todo lo que tiene.

Más adelante infiere que el protoelemento es un producto entrelazado por lo que sus elementos se convierten en un discurso explicativo cuya esencia es el entrelazamiento de nombres. Recordando el principio conceptual de Frege cuando dijo: " Una palabra solo tiene significado en el contexto de la oración" (Ídem, p.64-67). En definitiva, el uso es determinante del significado.

J. L. Austin en su obra *Cómo hacer cosas con palabras*, aporta a esta construcción la idea de que hablar, es decir, usar una lengua, implica siempre una actuación. Plantea: "el acto de expresar la oración es realizar una acción." (Austin,1955, p.5). Si bien explica diversos sentidos de términos que bordean el tema del habla, confiesa que: "...aunque estas cuestiones tienen mucho interés, ellas no arrojan luz alguna sobre nuestro problema, que consiste en distinguir, como cosas opuestas, la expresión constativa y la expresión realizativa"(Ídem, p.64).

Si bien reconoce que existen aspectos que no se encuentran perfectamente referenciados, desarrolla los enunciados performativos, los cuales describen un hecho que, al declararlo simultáneamente, se realiza. La aceptación expresada por la pareja en el matrimonio, que será base del cambio del estado

civil de los contrayentes, quienes hasta ese momento estuvieron solteros, sería un ejemplo típico de esto.

Austin señala los siguientes tres tipos de enunciados: *locutivo*, *ilocutivo* y *perlocutorio*, obviamente con sentidos diferentes. Se entiende por enunciado *locutivo* aquel que refiere el enunciado en sí mismo, mientras que el enunciado *ilocutivo* expresa la intención de la frase, el *perlocutorio* establece la conducta resultante de la frase. Advierte que estas tres clases de actos producen ciertas dificultades, pero resta importancia al sentido *perlocucionario*, cuando expresa: "Es cierto que en el sentido *perlocucionario* de "hacer una acción" de algún modo tiene que ser excluido como irrelevante para preservar el sentido de que una expresión es un realizativo si al emitirla hacemos una acción." (p.71-72). En la conferencia XII al hablar sobre los verbos realizativos explícitos expone: "decir es hacer" (idem, p.97); pero lo que resulta más interesante es la distinción de expresar que algo que produce efecto no se corresponde con la noción de causa,

Es un sentido en el que decir algo produce efectos sobre otras personas, o causa algo, es un sentido fundamentalmente distinto de "causa " que el que se emplea en la causación física [...] tiene que operar a través de las convenciones del lenguaje y es una cuestión de influencia ejercida por una persona sobre otra [...] De modo que tenemos aquí una especie de ruptura natural de la cadena, lo que no ocurre en el caso de las acciones físicas, fenómeno que se vincula con la clase especial de nombre de las alocuciones." (Austin, 1955, p.71- 73).

Austin desborda las categorías de verdadero/ falso y hecho/valor al clasificar los verbos como judicativos, ejercitativos, compromisorios, de comportamiento y expositivos.

Se entenderá por adjudicativos, aquellos en los que el acto de emitir un veredicto que no tiene que ser definitivo, sino más bien, para los casos en que se tienen dudas u opiniones y, por lo tanto, existe cierta dificultad para alcanzar la certeza. Los verbos adjudicativos son un tipo de acto judicial de carácter ejecutivo vinculados con la verdad y la falsedad, a lo fundamental o lo razonable.

En relación a los ejercitativos, son los que consisten en la práctica o el ejercicio de potestades de derechos o influencia. Pueden expresarse mediante los verbos designar, votar, ordenar. Se utilizan en actos legislativos o ejecutivos.

En cuanto a los compromisorios, por ellos se declara una obligación a hacer algo; incluyen anuncios de intención que Austin le llama "adhesiones ", como por ejemplo tomar partido. Se entienden por verbos de comportamiento a aquellos que tienen que ver con las actitudes y con el comportamiento social. Son verbos de esta clase: felicitar, dar el pésame, desafiar... Mientras los expositivos se relacionan con los argumentos y son la forma cómo las palabras se insertan en el contexto, como cuando se utiliza supongo, arguyo.

Estos verbos se interconectan y Austin los sintetiza al expresar: "podemos decir que usar el judicativo es enjuiciar; usar el ejercitativo es ejercer una influencia o una potestad; usar el compromisorio es asumir una obligación o

declarar una intención; usar el de comportamiento es adoptar una actitud y, usar el expositivo es clarificar razones, argumentos y comunicaciones (Austin, 1955, p. 96-108).

De igual manera, se encuentra a J. G Ryle, quien aporta su teoría sobre los hilos de implicación que señalan que los conceptos cooperan con las declaraciones a que se refieren. Destaca la aclaración hecha acerca de la importancia que tiene dar alguna explicación de las palabras usadas, de acuerdo al contexto; en relación al lenguaje en el que son usadas o intentan usarse en un intercambio lingüístico. Tanto Wittgenstein como el grupo de Filosofía Lingüística de Oxford, advierten que lo importante de los conceptos es "dar cuenta de las habilidades discriminatorias que detentan los agentes cuando las usan" (Bouvier, 2017, p.16-17).

En otro sentido, la visión de los conceptos de Frege se centra en analizar el pensamiento puro y, mediante abstracción, llegar a la estructura y de ahí formular un lenguaje formal, desprovisto de los errores habituales del lenguaje ordinario. Frege ve en el significado dos elementos: el sentido, como la manera de cómo se habla de las cosas y la referencia, que alude el objeto como realidad material, aquello sobre lo que se quiera hablar al utilizar unas determinadas y habituales palabras. Frege explica que los enunciados denotativos tienen significado en sí mismo; es decir, tienen un modo de presentación del objeto aunque este esté desprovisto de referente.

Las palabras gozan de un referente habitual que corresponde al uso cotidiano que se hace de la misma o un referente indirecto cuando se habla de lo que ha expresado otro. El referente directo lo tiene el que utilizó las palabras con el uso cotidiano que él le da, por eso se considera directo.

Afirman Grajales y Negri, al plantear el tema del lenguaje que: "el derecho", "se produce a través del lenguaje" (Grajales y Negri, 2015, p.121) ¿Podría considerarse por unos segundos pensar en una minúscula parte de un ordenamiento jurídico sin una red conceptual, sin disposiciones que se encuentren semánticamente sustentadas en el lenguaje? En verdad, hoy no sería posible, pues tanto las indicaciones legislativas como las de la adjudicación incluyen designaciones de objetos y representación de circunstancias (Grajales y Negri 2015, p.122).

Sin embargo, no siempre, como hoy, ha sido tan complejo el ordenamiento jurídico. Schreiber en el informe de su investigación, recogida en las primeras paginas de su *Lógica del Derecho*, aborda el tema al plantear si es concebible la existencia de normas jurídicas sin la colaboración del lenguaje, y relata el siguiente ejemplo: "una tribu primitiva en la cual sus miembros viven según determinadas tradiciones sin que estas sean fijadas lingüísticamente o enseñadas solo oralmente, *expressis verbis*. Por consiguiente, es posible que exista derecho sin formulación lingüística." No obstante las conclusiones a que puede llevar la existencia de esa tribu, él revalúa la cuestión derecho y lenguaje y señala que la verdadera importancia del asunto radica en saber si pueden existir prescripciones jurídicas que no estén sometidas a la formulación lingüística; sintetiza con esta magnífica aseveración: "El conocimiento del derecho presupone siempre el conocimiento de los problemas del lenguaje" (Schreiber, 2014, p.18-20).

Explican los autores que en el ámbito del derecho se requieren palabras, oraciones y textos con los que se construyen fundamentalmente los enunciados, implícitos; pero destacando la importancia de los llamados constituyentes de la realidad. Los constituyentes de la realidad se caracterizan por la presencia de enunciados de deber que tienen un alto contenido abstracto y las exposiciones descriptivas que refieren estados de cosas, es decir, casos y supuestos de hechos concretos. De una manera u otra correlacionan, el deber ser y el ser.

Desde una perspectiva sintáctica y más específicamente desde la red conceptual se deben señalar las distinciones entre las nociones de "deber ser" y "ser", por lo que se hace necesario destacar las diferencias estructurales que se observan entre ellas. Respecto a la noción estructural del "ser" considera: "Proposiciones indicativas son proposiciones declarativas; estas son proposiciones que declaran algo de la realidad. Verifican una situación objetiva, tal como efectivamente es" (Schreiber, 2014, p.39). Mientras que las estructuras del deber ser se refieren como "Las proposiciones normativas que describen una situación del mundo pretendida por alguien." El autor continúa diciendo: "En el caso de las proposiciones jurídicas, el volente es el poder del estado (Ídem).

En mejores términos, los constituyentes de la realidad resultan ser una especie de puente entre el deber ser y el ser, que en el ámbito del derecho tienen una función importante. Se trata pues de una "mediación entre el mundo de la realidad cotidiana, con sus circunstancias de vida jurídicamente relevantes, y el mundo del derecho, con sus normas que contienen deber ser" (Grajales y Negri, 2015, p.123).

La interpretación en sentido general y la interpretación constitucional constituyen una de las operaciones más complejas para los juzgadores quienes buscan una mediación entre el mundo formal y el mundo fáctico; en el mundo material conviven un sinnúmero de ideales morales ordinariamente contrapuestos (Kauffmann, 1999).

Se entiende que en las normas jurídicas se sintetizan aspectos lingüísticos (Grajales y Negri, 2015, p.123-139), que son: el pragmatismo del lenguaje, técnicas de comunicación aptas para el entendimiento de un grupo social y el método analítico hartiano que busca la profundidad epistemológica en las expresiones lingüísticas. Constituyéndose, fundamentalmente, dos corrientes la del positivismo lógico basadas en Frege, como antes fue señalado, y robustecida por Russell, Carnap y el primer Wittgenstein definiendo el lenguaje perfecto como el expresado mediante estructuras matemáticas; y la corriente de G. E. Moore afianzada en la idea del lenguaje ordinario propio de las actividades humanas.

Entre los siglos XIX y XX, Bretano y Russell se centran en la intencionalidad en la relación lenguaje y realidad. Hasta plantearse que "el problema de la verdad es el problema de la interpretación del pensamiento", idea que se fundamenta en que el habla no es algo innato; sino algo que se adquiere.

De nuevo se bifurca el camino y da lugar, por un lado, a la jurisprudencia de conceptos y, por el otro, a la jurisprudencia de intereses. En la primera, se desea erradicar los problemas de vaguedad y ambigüedad de los conceptos jurídicos; utiliza como fundamentos la plenitud del derecho, la creación de la ley

por científicos y la elaboración de conceptos jurídicos para ser aplicados por un juez mecánico. En la segunda, es decir, en la jurisprudencia de intereses es intencionalista y totalmente escéptica a la capacidad lingüística. El interés debe estar en la formación de los conceptos, en la unión con lo práctico y en la protección de los intereses por el derecho; limitados por la ley y el producto de los intereses.

No obstante los esfuerzos de Frege y otros, quedó establecido que solo lo racional puede ser conocido y transmitido. En la hermenéutica, se considera el lenguaje natural como soporte de las reglas y no se acepta el lenguaje matemático como soporte de la jurisprudencia conceptual. Estos autores reconocen que existen casos concretos subsumibles en el significado central de las reglas; mientras otros quedan en una zona de penumbra de ellas y, este supuesto, estará a cargo del derecho justificarlas.

Aunque, como bien sustenta Carrió, el buen juez conoce las reglas vigentes, conoce los aspectos extralegales que involucra el caso y reconoce los aspectos valorativos ínsitos en el expediente. No es menos contundente la posición de Sebastián Soler cuando plantea: "Las normas del derecho no hay que leerlas como las lee el juez en trance de dictar sentencia, hay que leerla como un hombre corriente" (Grajales y Negri, 2015, p.132-133), y concluye que de tener que hacerlo de esa forma, entonces la interpretación se corresponde con el derecho judicial.

La porosidad del lenguaje, la textura abierta estudiada por H. Hart abren las puertas a la discrecionalidad judicial. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general pueda proporcionar. Habrá por cierto casos obvios que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (Hart, 1961, p.157-158).

Hasta este momento, se han revisado unas pocas nociones que servirán de plataforma para afianzar la idea de que la elección de una palabra implica una intensión que dirija desde ella misma; es decir, desde la propia connotación del término queda trazada la línea interpretativa del mismo.

Conclusión

El lenguaje marca el camino en que el hombre comunica las reglas y la vía en que el hombre las interpreta; la construcción que se hace del Derecho mediante el lenguaje revela la posibilidad de dinamizarlo, tal como plantea la regla de cambio de Hart. No se debe permanecer ajeno a los aspectos lógicos y lingüísticos del derecho. Lógica y lenguaje se unen para que desde esa porosidad de las palabras, desde esa textura abierta poder encontrar la brecha mediante la cual la ley se puede acomodar al Derecho cuando no son idénticos en la finalidad de alcanzar la justicia.

De igual manera, la inclusión de estos y otros temas en los programas de estudios de la carrera de Derecho, su análisis en paneles, congresos y seminarios, así como, la llamada de atención de los docentes acerca de los mismos, pudieran llegar a constituir una de las vías apropiada para la construcción de un camino que permita ciertas miradas por parte de los operadores jurídicos con miras a completar sus estudios y saberes dentro del derecho sustantivo.

Bibliografía

- Aristóteles (1982). *Tratados de Lógica (Órganon)*. Madrid: Editorial Gredos.
- Austin, J.L. (1955). *Como hacer cosas con palabras*. Chile: Edición electrónica de www.philosophia.cl Escuela de filosofía de la Universidad de Arcis.
- Bobbio, Norberto (2007). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Bovier, H.; Gaido, P. y Sánchez, R.B. (2007). *Teoría del Derecho y Análisis Conceptual*. Barcelona: Marcial Pons.
- Diccionario Soviético de Filosofía, 1084:179. Recuperado de: <http://www.filosofia.org/enc/ros/filos16.htm> capturado en fecha 21 abril 2018.
- Grajales, A. y Negri, N. (2015). *Manual al pensamiento científico*. Argentina: Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Hart, H.L.A. (1961). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Huerta Ochoa, C. (2007). *Conflictos normativos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kopnin, P.V. (1966). *Lógica Dialéctica*. Ed. México: Grijalbo.
- Morfin, E.G. (2003). *Temas de filosofía del Derecho*. México: Limusa.
- Schopenhauer, A. (1981). *De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente*. Madrid: Gredos.
- Schreiber, R. (2014). *Lógica del Derecho*. México: Distribuciones Fontamara.
- Klug, U. (1998). *Lógica Jurídica*. Bogotá: Temis
- Wittgenstein, L. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.
- Wittgenstein, L. (2014). *Tractatus logico-philosophicus*. NY: Routledge Great Minds.
- Wright, G.H., Ferrero, P.G. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.

Recibido: 12 agosto 2019 • Aprobado: 23 septiembre 2019

ESTÁNDARES REGIONALES Y COSTARRICENSES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA: UNA APROXIMACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES DE SAN JOSÉ

Regional and costarrican standards on the right to life: an approximation in the context of dialogue between the courts of San José

Víctor Eduardo Orozco Solano

Universidad de Costa Rica, Costa Rica
victorozcocr@gmail.com

Cómo citar: Orozco Solano, V, (2019). Estándares regionales y costarricenses sobre el derecho a la vida: una aproximación en el contexto del diálogo entre las cortes de San José. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 21-41. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

El presente artículo que constituye una revisión y actualización de un documento previo, inicialmente publicado para el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, busca analizar el alcance jurisprudencial del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano y costarricense, con especial referencia a los casos de la fecundación in vitro, el aborto y la eutanasia. En este orden, se hará un recuento crítico y analítico de dichos criterios jurisprudenciales, sin dejar de lado el contexto socio cultural en el que han sido aplicados.

Palabras clave: aborto; derecho a la vida; eutanasia; fecundación in vitro.

Abstract

The present article is a review and update of a previous document, initially published for the Graduate Program in Law of the University of Costa Rica, that analyze the jurisprudential scope of the right to life in the inter-American and Costa Rican judicial sphere, with special reference to cases of in vitro fertilization, abortion and euthanasia. In this order, a critical and analytical account of these jurisprudential criteria will be made, without neglecting the socio-cultural context in which they have been applied.

Keywords: abortion; right to life; euthanasia; in vitro fertilization.

Introducción

Este trabajo constituye un análisis a la tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano, suponiendo, desde todo punto de vista, la obligación de examinar el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la prohibición decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de la utilización de la técnica de la fecundación in vitro, así como, la respuesta de ese mismo tribunal tras la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posterior decisión de la Corte IDH sobre los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Se examinarán los alcances del derecho a la vida y la fertilización in vitro, tanto en su concepción anglosajona como continental europea.

Además se profundizará en las sentencias de la Corte IDH, con respecto a Costa Rica, y lo que supone en el marco de la nueva doctrina del Control de Convencionalidad. En este orden de consideraciones, es preciso mencionar que el catálogo o gama de derechos analizados tanto por la Corte IDH, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en aplicación de esos fallos, es mucho más amplia que en el caso del derecho a la vida, como son, por ejemplo, los supuestos de vida privada e intimidad, así como, la prohibición de discriminación entre parejas del mismo sexo, los cuales quedan pendientes para ser tratados en otro trabajo.

En este orden, se ha sostenido que en razón del principio de subsidiariedad, en su concepción normativa, por ser el Estado costarricense democrático, con una institucionalidad consolidada de más de 50 años, el Tribunal Constitucional Costarricense se encuentra en una mejor posición que la Corte IDH de precisar los alcances y el contenido de esos derechos humanos o fundamentales. De ahí que, la Corte IDH debería emplear el criterio del margen de apreciación, como lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que atañe a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en ausencia de un consenso europeo en cuanto a los alcances de un derecho. Otros, al contrario, abogan por ese intervencionismo de la Corte IDH en procura de la protección uniforme y progresiva de los derechos humanos, cuando se han detectado ciertos fallos estructurales en cuanto al disfrute o goce de esos derechos. Tal intervencionismo se encamina hacia un derecho constitucional común latinoamericano, con semejantes estándares de protección de los derechos en el área.

El debate en ese ámbito se mantiene pendiente. En todo caso, es claro que dicha intervención de la Corte IDH se plasma, plenamente, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Por lo pronto, nos limitaremos a exponer ese diálogo, bajo el enfoque inicial de protección del derecho a la vida, desde una perspectiva crítica.

Además, en el marco del diálogo entre las cortes de San José, expondremos los criterios del Tribunal Constitucional costarricense sobre el derecho a la vida, en estricto orden cronológico, en sus 30 años de funcionamiento, teniendo en cuenta la constitucionalidad de la prohibición del aborto y algún caso emblemático sobre el homicidio por piedad, mejor conocido como la eutanasia.

Análisis sobre derecho a la vida y la fertilización In Vitro

Tras estudiar la manera en que ha sido regulado el derecho a la vida, así como la protección de los derechos del concebido, de acuerdo con Francesco Zappalá, se pueden conceptualizar dos visiones en el bioderecho relativa a esa configuración: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en el cual, están incluidos Canadá y el Reino Unido, y otro es el pensamiento europeo que caracteriza el cuadro cultural de Europa continental. Una se decanta por favorecer la libre determinación del individuo, lo que tiene sus implicaciones sobre el aborto, la eutanasia y otros, mientras que en la otra “no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino, que la misma voluntad es acompañada y algunas veces subordinada, a una serie de principios entre los cuales está el de solidaridad, pero, sobre todo, el de dignidad humana que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética” (Zappalá, 2015, p.264-265).

En este orden, el mismo autor indica que el principio sobre el cual oscilan ambos sistemas es el de la dignidad humana, de tal forma que en el ámbito norteamericano se privilegia la libre disposición, mientras que, en el europeo, la observancia de ese principio supone la obligación de acatar una serie de deberes, razón por la que, según esta vertiente, no se puede disponer de la propia vida (Zappalá, 2015, p. 265-266). Ahora bien, en lo que atañe al inicio de la vida, el mismo autor afirma que se han desarrollado dos visiones: una la del reporte Wornok, que toma su nombre de la parlamentaria inglesa Wornok, a quien le fue confiada la tarea de encontrar una solución legislativa a la tarea de proteger al embrión.

Lo anterior dio origen a la distinción entre el estado embrional y preembrional, que es actualmente adoptada en Gran Bretaña, en España y en los países escandinavos. De esta forma, “según el reporte Wornok la fase embrional empezaría al décimo quinto día contado desde la fecundación del óvulo y en los primeros 14 días existiría una fase denominada preembrional, distinción basada sobre el hecho científico de que sólo desde el décimo quinto día se forma la denominada “estría” o núcleo neurológico del embrión. Vale decir, lo que se podría considerar un principio de cerebro o de sistema neurálgico. Antes de esta fase prenatal, el embrión es un conjunto de células que no disponen aún del sistema neurológico característico e inconfundible del ser humano” (Zappalá, 2015, p.266).

De este modo, antes del día 15 de gestación del embrión, éste no se consideraría ser humano, razón por la cual en esta etapa serían permitidas: la experimentación científica, la fecundación médicamente asistida, el aborto, entre otros. Por su parte, la otra visión proteger al embrión desde el momento de la concepción y es seguida de manera mayoritaria en la mayor parte de

Europa, así como en el continente americano: centro y sur, y encuentra su primer antecedente en la regulación del Código Civil argentino de 1871.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 4° se establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Así, en Costa Rica la Constitución Política dispone, en su artículo 21, que: “La vida humana es inviolable” y tradicionalmente se ha entendido que se protege, justamente, a partir de la concepción. En este marco, es claro que en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, ese Tribunal se aparta de una interpretación literal o gramatical del artículo 4° de la Convención, para sostener, en la actualidad, que la protección del concebido inicia con la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno.

Análisis particular del caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*

En el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

En este orden, en el año 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo núm. 24029-SI, denominado “Fertilización in vitro y transferencia de embriones”. En este instrumento normativo se aprobaba la reproducción asistida entre cónyuges, aunque incluía varios requisitos, entre ellos: “que se tratara del último medio técnico para conseguir el embarazo y que, habiendo sido informados acerca de la adopción, hayan renunciado a ella. Además, permitía la reproducción asistida heteróloga con otros requisitos” (Campos, 2012).

De acuerdo con Cianciardo (2016) la Fecundación in vitro fue practicada de manera efectiva en Costa Rica durante los años 1995 y 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad, periodo durante el cual nacieron 15 costarricenses (p. 166). Con posterioridad la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una sentencia No. 2306-2000, emitida el 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos de sus magistrados, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo supra aludido.

Dice Campos (2012) que “entre los argumentos principales expuestos se menciona que a partir de la fecundación ya existe persona, además de que no hay que pasar por alto que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto; respecto de dicha postura, el artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respecto a la vida desde la concepción, de allí que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) representan un atentado contra la vida humana, debido a la pérdida elevada de embriones, considerados seres humanos” (p.3). De este modo, en la mencionada decisión la Sala Constitucional expuso, con respecto a la protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano que:

Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento.

Es así como, consiente de las divergencias entre los especialistas, concluye la decisión de la siguiente manera:

En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

Es así que, en la mencionada sentencia la Sala Constitucional adopta la construcción doctrinal según la cual la vida inicia desde la concepción y, con ese fin, se apoya en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y su constitución política

Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948, que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”

(artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley núm. 7184, del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

En la sentencia referida la Sala Constitucional concluye que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de ese tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Así, ha quedado claro a ese tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo.

No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a

implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana.

Advierte la Sala Constitucional que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.

En razón de dicha sentencia se plantearon diversas gestiones contra el Estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, a su vez, elevó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al plantear el caso contencioso ante la Corte IDH, entre otros aspectos, las víctimas alegaron que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia.

Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Luego de analizar los argumentos presentados por las partes, en esa ocasión la Corte IDH dispuso que el Estado costarricense es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión. En esa sentencia se esboza la manera en que debe ser interpretado el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la protección del derecho a la vida del no nacido, de la siguiente manera:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas

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

De esta forma, en esa sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y

escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente sentencia.

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía o no la obligación de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de in vitro, teniendo en consideración que la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias núm. 2013-10712 del 8 de agosto, y núm. 2014-3715 del 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación in vitro a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

En la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, no que se dicte una sentencia de esta sala normando esta técnica. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este

Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar.

De este modo, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la magistrada Hernández López y el magistrado Salazar Murillo a la decisión núm. 2014-3715, del 14 de marzo. Así, en el primero de ellos:

a) Se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) Se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante.

Justamente al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “self executing”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo emitió un decreto en que se regulaba la técnica de la Fecundación in vitro, que fue impugnado ante la Sala Constitucional. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional costarricense, por medio de la sentencia núm. 2016-1692, del 3 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo núm. 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de septiembre de 2015, por vulnerar el principio de reserva de ley.

Luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 26 de febrero de 2016, dispuso, entre otras cosas, que “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público” y, además, “disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo núm. 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia”. Con lo cual, a partir de ese momento,

ha sido aplicada la técnica supra aludida, mediante el ejercicio de un proceso de tutela de los derechos que, en sede interamericana, Comisión IDH y Corte IDH, demoró más de 15 años.

Jurisprudencia relevante de la Sala Constitucional en materia de penalización del aborto

Este tema, que, como es conocido, integra, plenamente, los alcances del derecho a la vida, resulta ser muy polémico y de difícil tratamiento, particularmente en el contexto latinoamericano, con sociedades tan conservadoras como las que nos encontramos, en los cuales, las posiciones ideológicas e, incluso, las religiosas, tienen, aún hoy, mucha injerencia. Bien se podría indicar que en el contexto latinoamericano, todavía es difícil encontrar sociedades fuertemente secularizadas, a diferencia de otros ámbitos. Ya veremos las soluciones que el ordenamiento jurídico ofrece en estos casos, previa elaboración de un breve marco teórico que nos permita precisar los alcances de este derecho, frente al del niño por nacer. Finalmente, analizaremos las sentencias más relevantes de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre esta materia.

El artículo 118 del Código Penal costarricense reprime el aborto, con o sin consentimiento de la madre, de la siguiente forma: “El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto “no” había alcanzado seis meses de vida intrauterina; 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer”. Además, en cuanto al aborto procurado, el Código Penal costarricense reprime con “prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”.

Ahora bien, en cuanto al aborto “honoris causa”, dicho Código establece que si “el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión”. Además, en cuanto al aborto impune, o terapéutico, dicha legislación dispone que no “es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”. Finalmente, en cuanto al aborto culposo, el Código Penal dispone que: “será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”.

Tales tipos penales se encuentran en la Sección II, del Título I, Delitos contra la vida, del Libro Segundo del Código Penal y en un marco constitucional, en el cual, en el numeral 21, se establece que “la vida humana es inviolable”. Además, no debemos soslayar los alcances que la Sala Constitucional

costarricense tradicionalmente ha otorgado a la vida, desde la concepción, con lo que, inicialmente, se podría considerar que la protección del feto se confiere, precisamente, desde el momento aludido, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo materno. Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como lo vimos supra, retrasó el momento de la protección convencional del feto, a partir, justamente, de su implantación en el vientre de la madre.

Es claro, entonces, la existencia de las mencionadas exigencias convencionales y constitucionales, que respaldan la tutela penal del embrión y del feto, a partir de su implantación en el vientre materno, así como la existencia de esos tipos penales, con la salvedad del aborto impune o terapéutico, en el cual, se debe ponderar la vida del feto, por nacer, frente a la vida de la madre. Lo discutible, en todo caso, es si esas exigencias convencionales y constitucionales son, o no, compatibles, con una ley de plazos que reconozca el derecho del aborto a favor de la madre, bajo ciertas circunstancias (como cuando el feto se produce a partir de una violación, o la madre es adolescente), o bien que se autorice el aborto siempre que el feto no haya superado ciertas semanas o meses de desarrollo. En tales casos, el juicio de ponderación entre los valores jurídicos contrapuestos resulta ser muy disputado, sin dejar de lado, desde luego, la cosmovisión y la ideología del aplicador de la técnica o el juzgador. Es, incluso, discutible, en tales supuestos, la existencia de un derecho de objeción de conciencia, en aquellos casos hipotéticos en que el ordenamiento llegase a autorizar el aborto, pero el médico o la enfermera se niegan a hacerlo. Estas situaciones suponen mayores reflexiones, acerca del valor que, en ese juicio de ponderación, tiene más peso. Como se expuso al inicio de estas líneas, en esta oportunidad nos limitaremos a realizar una muy breve reseña teórica sobre el aborto, sin dejar de lado una exposición sobre las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en esta materia, es sus 30 años de funcionamiento, pero sostendremos, que a partir de la protección convencional sobre el derecho a la vida, que se produce, como se dijo, desde la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno, se debe tutelar, plenamente, el derecho a la vida del niño por nacer.

De acuerdo con Gorjón Barranco (2015), el aborto puede ser definido como la interrupción voluntaria del embarazo. Según la misma autora, una de las formas de pensamiento que más influye en esta polémica es el feminismo, que dentro de sus propósitos o fines se encuentra procurar la despenalización del aborto, relativizándose el valor de la vida del niño por nacer, pero potenciándose el derecho de la madre de planificar su familia. En este orden, en el mundo, en el año 2008, se produjeron cerca de 28 millones de embarazos, de los cuales casi la mitad eran no deseados, en tanto que un 36% terminaron en aborto. Por su parte, en España, para la misma época, en los 24 años de despenalización parcial del aborto se han producido cerca de un millón de interrupciones (Gorjón Barranco, p. 46). Ahora bien, en cuanto al supuesto del aborto cuando el embarazo procede de una violación o incesto, Zúñiga Fajuri (2011), pone de manifiesto que la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de

Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas contra la Tortura, entre otros, han declarado unánimemente, en los últimos años, que la penalización del aborto, en tales circunstancias, constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres (Zúñiga, 2011, p. 164). En términos generales, esta autora pone de manifiesto como las tesis feministas que abogan por potenciar los derechos de las mujeres a decidir, voluntariamente, acerca de la interrupción del embarazo y, su consecuente despenalización, parte de la necesidad de relativizar el carácter de persona humana del feto, una vez que ha sido implantado en el vientre materno, así como de su protección constitucional y convencional. Es un tema que requiere, sin duda, mayores reflexiones, que, finalmente, será decidido por los jueces ordinarios y constitucionales a partir de su cosmovisión y su ideología, sobre todo teniendo en consideración, que por el carácter ambiguo y vago de las normas constitucionales y convencionales que tutelan el derecho a la vida, es jurídicamente posible sustentar una tesis conservadora o progresista, en esta materia.

Ahora bien, en el ámbito de la justicia constitucional costarricense, destaca, sin duda alguna, la sentencia núm. 2001-6685, del 17 de julio, en la cual, la recurrente alegó que el 30 de marzo de 2001, ingresó al Hospital Enrique Baltodano Briceño de Liberia teniendo cuatro meses y medio de embarazo, ingresó a dicho hospital con síntomas propios de parto. Después de realizarle los exámenes y revisiones correspondientes se determinó que el feto que cargaba en su vientre se encontraba sin vida, por lo que se procedió a realizarle un aborto natural y un legrado uterino. Acusa que ni a ella ni a su esposo se les dejó ver al feto, no se le enteró de su destino y no se les quiso entregar a efectos de enterrarlo en calidad de hijo, como corresponde dentro de la fe Católica. Tras realizar el juicio de ponderación correspondiente y haber escuchado la versión de la autoridad recurrida, la Sala Constitucional dispuso:

Efectivamente la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatómopatológicos” no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta) a terceros y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos “desechos”. Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el “desecho” de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondrá finalmente de éste, respetando el derecho de los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo –cual si éste fuera un simple objeto-, debe estimarse el recurso ordenando a la Directora del Hospital Enrique Baltodano Briceño, que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, Kathia Cecilia Saborío Obando, el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias.

Por su parte, en la sentencia núm. 2006-10390, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 118 del Código Penal, en que se regula el delito de aborto. En esa oportunidad se pidió la inconstitucionalidad de la norma, al considerarse que adolece de una deficiente técnica legislativa. Finalmente, el asunto fue rechazado por falta de legitimación del actor, al incumplir requisitos formales para la debida impugnación de la norma.

Un caso emblemático lo constituye, sin duda alguna, la sentencia núm. 2007-7958, de 7 de junio, en el cual, la recurrente alegó violado el artículo 21 de la Constitución Política, pues los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México se negaron a practicarle a su hija, la aquí amparada, un aborto, a pesar de que tiene un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, lo que implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral está fuera de la cabeza, patología que hace imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer. La Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo, al considerarse que: “la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico interno rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso”. De igual modo, en esta sentencia se recuerda los alcances del aborto terapéutico o impune, efectuada en la sentencia núm. 2004-02792, del 17 de marzo, con el siguiente orden de consideraciones:

VII.- Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida.

Y continua su planteamiento conforme a la doctrina y la legislación comparada:

Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad

como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas (sic) más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

Otro caso relevante y similar puede ser encontrado en la sentencia núm. 2013-2331 del 22 de febrero, en el cual se alega vulnerado el derecho a la salud, pues a pesar de los padecimientos que sufre la amparada como consecuencia de un embarazo en el que el feto tiene el síndrome de abdomen pared, las autoridades recurridas se niegan a adelantar su parto. En ese asunto se determinó que la criatura producto del embarazo de la recurrente tenía diagnóstico de patología fetal denominado Síndrome Abdomen-Pared, sin pared abdominal, de ahí que si bien estaba con vida y no tenía problemas cardíacos se trataba de un producto incompatible con la vida. Dicho recurso fue desestimado, al considerarse que la amparada finalmente fue atendida por las autoridades sanitarias.

Por su parte, en la sentencia núm. 2014-1861 del 14 de febrero de 2014, la recurrente señaló que presentó un aborto completo espontáneo, con un producto muerto por lo que fue retirado del lado materno, y al preguntar por si se le entregaría, se le dijo que por protocolo de la institución si el bebé cuenta con menos de 500 gramos de peso, no sería entregado a la madre. La Sala Constitucional estimó que la situación impugnada en ese proceso de amparo se sustenta en la Norma para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos del Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional, adscrito a la Dirección Técnica de Servicios de Salud, que a su vez es un órgano asesor de la Gerencia División Médica, la cual, en el capítulo 7 establece su ámbito de aplicación “será de **carácter obligatorio** en todos los establecimientos de atención de la salud de la Caja Costarricense del Seguro Social en los que se producen desechos anatomopatológicos (...) Deben ser depositados en envases rígidos, herméticos, reusables, en espera de transporte a disposición final. Los productos de la concepción de peso menor de 500g, tamaño menor a 25 cm. O edad menor de 20 semanas serán dispuestos como se indica anteriormente...”. De lo expuesto, en la norma de cita y según informaron las autoridades recurridas bajo juramento, todo producto de un aborto de menos de 500 gramos de peso y una edad gestacional menor de 20 semanas debe ser analizado por patología para determinar las causas de la interrupción del

embarazo. Así, se cumplió con la entrega del producto a sus familiares, unido al consentimiento informado firmado y aceptado por la señora Denia Zamora Zumbado, quien dijo ser la abuela del bebé. Por ese motivo, el amparo fue desestimado, en vista que la pretensión de la parte actora fue satisfecha pocos días antes de la notificación del auto inicial del amparo (véase, en un sentido similar, la sentencia núm. 2014-8707, del 13 de junio).

Ahora bien, en la sentencia núm. 2015-12925, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 119 y 120 del Código Penal, por incumplir requisitos formales. De otro lado, en la sentencia núm. 2018-5296 del 4 de abril, la Sala Constitucional conoció un recurso de amparo, en el cual la recurrente demandó tutela de su derecho a la salud, pues, según afirma, las autoridades médicas del Servicio de Obstetricia del Hospital de las Mujeres, se niegan a practicarle un aborto terapéutico, a pesar de poner en riesgo su salud y su vida. En una votación dividida se desestimó el amparo, pues si bien se había determinado que el desarrollo del feto era incompatible con la vida, en todo momento se garantizó el derecho a la salud de la afectada, siendo intervenida cuando finalmente se acreditó un riesgo para su integridad. Por su parte, en el voto particular, se advierte que, en términos generales, la afectada mantenía, a causa de su condición, un cuadro depresivo severo con tendencia suicida que a su juicio justificaba la aplicación del aborto terapéutico desde un inicio.

Tales son, pues, algunos criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, acerca del aborto, como se puede observar, la mayoría de casos están relacionados con la aplicación del aborto impune o terapéutico. Bien puede considerarse que a la fecha no se ha planteado, ni a nivel legislativo, ni judicial, una discusión extensa y profunda sobre despenalización del aborto, o una reforma para introducir un régimen de plazos en lo que atañe a la protección del “nasciturus”. Mucho por discutir queda por esa hacer este ámbito, con las salvedades que se indicaron al inicio de este apartado.

La eutanasia, o el homicidio por piedad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

Para la doctrina especializada, forma parte del derecho a la vida el derecho a morir, lo que incluye, por un lado, el derecho a una vida digna, con los cuidados paliativos pertinentes y necesarios en caso de una enfermedad incurable que conduzca a la muerte y que genere amplio dolor al paciente y, por otra, la eutanasia o el homicidio por piedad. Esta última figura ha sido regulada por el Código Penal costarricense, en el artículo 116, de la siguiente forma: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco”.

Al respecto, el exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, José Ramón Cossío Díaz, pone de manifiesto como: “la Asamblea

Nacional francesa aprobó la ley que confiere a todas las personas el derecho a finalizar su vida digna y tranquilamente”; también señaló que “los legisladores fueron cuidadosos en no señalar que se trataba de una solución eutanásica activa, en tanto el derecho conferido no implica la entrega de un fármaco para terminar directamente con la vida de quien lo ingiere; tampoco, aclaran, si se está ante una solución de tipo pasivo, al no abrirse la posibilidad de suprimir la totalidad de apoyos que a una persona le permiten mantenerse viva. Lo que se quiso aprobar, dicen, es algo distinto” (Cossio, 2015, p. 1). De este modo, argumenta el anterior ministro, lo que la legislación francesa autoriza las personas mayores que padezcan una enfermedad incurable en fase terminal que produce dolor a exigir que se les proporcione una sedación profunda y continuada. Además, si así lo desean, deberá retirárseles la alimentación y la hidratación artificiales, hasta que finalmente fallezca.

Al respecto, Sergio García Ramírez (2015) comentaba que dicho debate acerca de la eutanasia se plantea, primordialmente, con respecto a quienes sufren enfermedades graves en etapas terminales, con dolores insoportables que no ceden con los recursos terapéuticos disponibles. Sobre el particular, dicho autor agrega que: “la cuestión no se confina en ese espacio, donde se alojan sus más intensas expresiones, captadas por los ordenamientos penales, que tienen a su cargo la tutela de bienes jurídicos principales -la vida ante todo- frente a las conductas que los atacan o los ponen en más grave peligro” (p. XVI).

En este orden de ideas, García Velasco, al comentar una decisión de la Sala Constitucional costarricense, núm. 2277-C-94, pone de manifiesto como el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha ordenado a las autoridades sanitarias suministrar, de manera oportuna, a los pacientes, en estado terminal, que no se encuentran en un centro hospitalario, sino en su domicilio, a suministrar los medicamentos necesarios para controlar su dolor, lo que está vinculado con el goce del derecho a la salud y a la vida y con el respeto de la dignidad humana. Al respecto, indica la profesora: “Por tanto, para el tribunal, en aplicación de los principios de razonabilidad, equidad, justicia y dignidad, existen dos excepciones más: a) cuando estando el paciente en su casa y esté siendo atendido por un médico particular, él podría perfectamente proceder a inyectarle aquellas ampollas que calmen su dolor, siempre que exista receta médica y b) cuando el enfermo terminal no tenga médico particular, la Caja Costarricense del Seguro Social debe procurar por cualquier medio que dicha medicina le sea trasladada a su hogar y que un funcionario de la *lex artis*, cumpla con el cometido, siempre y cuando medie receta y control médico” (García, 2015, p. 92).

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha tenido la ocasión de avalar la conformidad con el Derecho de la Constitución del tipo penal que establece el delito de homicidio por piedad, (sentencia núm. 239/97), el cual fue cuestionado por relativizar los alcances del derecho a la vida y para deshacerse de personas que constituían un obstáculo para la sociedad y un alto costo.

Al respecto, Guillén Elizondo (2015) nos comenta la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido de respaldar la constitucionalidad de esa normativa, de la siguiente manera: “en el caso, la Corte Constitucional Colombiana realizó el estudio de constitucionalidad del tipo penal en comentario tomando en cuenta, como elemento psicológico, la definición de piedad y abordando ciertos puntos clave que llevaron a determinar que el artículo reclamado es constitucional. El primero de ellos, es en el que determinó los elementos característicos del tipo penal del homicidio por piedad, a saber, que i) el sujeto pasivo siempre debe ser una persona con una enfermedad terminal o con una lesión tan grave, que se tenga por cierto el hecho de que va a morir en poco tiempo sin probabilidades de cura a futuro; ii) que éste exprese una voluntad libre y con conocimiento, de querer poner fin a su propia existencia antes de que ello ocurra naturalmente como efecto de la lesión o enfermedad que padece y; iii) como móvil psicológico, que el sujeto activo sea vea impactado o motivado por ese sentimiento de piedad para ayudar al sujeto pasivo a morir” (Guillén, 2015, p. 101).

También señaló la Corte Constitucional Colombiana que el tipo penal no desconoce los alcances del derecho a la vida, sino que, al contrario, lo protege. Lo anterior por cuanto, aun cuando la pena es menor comparada con otros delitos contra la vida, sigue existiendo el juicio de reproche, teniendo siempre en consideración la dignidad de la persona humana (Guillén, 2015, p. 101). Por su parte, en el sistema de justicia constitucional argentino es paradigmática una decisión de la Corte Suprema de Justicia que respaldó la decisión de un particular que había sufrido un accidente grave de negarse a recibir una transfusión sanguínea en razón de su convicción religiosa, pues era testigo de Jehová. Lo que se produjo en la especie fue discusión entre su padre, quien abogaba a favor del procedimiento médico y su esposa quien se negaba amparada en su cosmovisión, sin dejar de lado que, expresamente, el herido había suscrito con anterioridad un consentimiento informado en el sentido que se negaba a la aplicación de la transfusión (Bonifaz, 2015, p. 133-147).

Finalmente, en Costa Rica es relevante, sin duda, la sentencia núm. 1729-92, del 26 de junio, en la cual alega el recurrente que el día 1º de junio de 1992, acompañó a la persona afectada al Hospital San Juan de Dios en busca de alivio a sus ataques de asma y que tres días después la encontró conectada a un respirador mecánico, con una gruesa sonda introducida en su tráquea, una sonda nasogástrica, dos sondas gruesas por ambos costados que conectan a las pleuras, una sonda uretral y una aguja conectada a la vena. Además, indica que está amarrada a la cama de pies y manos con una sábana atravesándole el pecho por lo que está completamente inmovilizada. Explica que la enferma está en pleno uso de sus facultades mentales. Estima que ha sido privada de su libertad y sometida a sufrimiento mental y moral pese a que ella se ha negado al tratamiento suministrado, e indica que ni la afectada ni ella fueron consultadas sobre el tratamiento, sus ventajas, desventajas o eficacia, que califica de cruel, degradante, aparte que considera que se le anuló su capacidad de decisión. Explica que las autoridades se han negado a suspender el tratamiento médico porque incurriría en el delito de eutanasia

u homicidio por piedad contemplado en el artículo 116 del Código Penal, pero, según su criterio, no es este el caso pues ella no ha pedido que la maten sino que no se le aplique sin su consentimiento un tratamiento ineficaz y se le deje ir a otro lugar en donde pueda permanecer en forma tranquila. Por ello estima violado el derecho de petición de la tutelada, al habersele negado su derecho a escoger entre el tratamiento actual o ser alojada en otro sitio que le ofrezca alivio a su pena. Tras examinar el material probatorio existente, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, al constatar, que la amparada se encontraba consciente y que, más bien, abogó por el hecho de que se le siguiera suministrando el procedimiento y la respiración artificial. En este orden de ideas, señaló la Sala que:

- II. También se ha demostrado que la paciente no ha sido inmovilizada arbitrariamente en contra de su voluntad, lo que daría margen a alguna consideración sobre el recurso de hábeas corpus; al contrario, de las pruebas se desprende que si temporalmente fue atada a su cama de enferma, ello se hizo con fines eminentemente terapéuticos, para evitar que, mediante movimientos inconscientes; por ejemplo, cuando dormitase, se retirase accidentalmente la cánula endotraqueal, único conducto por el cual ella puede respirar, accidente que, inevitablemente, produciría su muerte inmediata.
- III. Por otra parte, a pesar de que la señora Squiers no puede hablar en vista del tratamiento que se le está aplicando y del equipo médico empleado -que interesa a su boca y a su laringe- tanto el informe como el testimonio agregados al expediente permiten concluir que ella, en forma inequívoca, no ha solicitado de ninguna forma que se le suspenda; al contrario, de las pruebas se desprende que ella ha solicitado su continuación. Prueba de ello es que una vez que dejó de estar atada o inmovilizada por las razones dichas, ella no ha suspendido tal tratamiento, como podría hacerlo directamente y sin ayuda de nadie, según lo declarado por el Fiscal del Colegio de Médicos y Cirujanos y de las manifestaciones de la misma recurrente en programas de televisión que la Sala ha estudiado como prueba complementaria. Todo lo cual hace innecesario formular consideraciones en torno a la llamada “salida exigida” por parte del paciente o en torno a los altos valores de la dignidad humana, piedra angular de los derechos humanos, entendida tal como una forma decorosa de vivir e incluso de morir.

Conclusiones

Tales son algunas sentencias emblemáticas de Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales latinoamericanos sobre la eutanasia o el homicidio por piedad. También se han analizado los casos del aborto y la fecundación in vitro, en el supuesto de la tutela del derecho a la vida. Al respecto, es posible concluir que el diálogo entre las Cortes de San José, en el caso de la fecundación in vitro no es pacífico sino que, al contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la tesis de la Sala Constitucional tendente a reconocer el principio de reserva de ley en esta materia, de tal forma que sea el Legislador quien regule esta técnica.

Sobre el aborto ya hemos comentado que, a partir del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la vida del niño por nacer se debe proteger desde la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno, sin perjuicio, desde luego, de reconocer, únicamente, las hipótesis del aborto terapéutico, cuando el producto en el vientre no es compatible con la vida y se pone en peligro la de la madre.

En los demás supuestos el juicio de ponderación resulta, como se dijo, muy disputado y depende, finalmente, de la cosmovisión de los jueces llamados a tomar esas decisiones. También hemos mencionado algunos casos sobre la eutanasia, en la que, sí es importante asegurar que el enfermo terminal reciba, oportunamente, acorde con su dignidad personal, los cuidados necesarios para que no sufra dolor y mantenga, en la medida de lo posible, sus facultades físicas y mentales. Se espera continuar analizando y ampliando el abordaje de estos temas en otros trabajos.

Bibliografía

- Aparisi Miralles, y otro (2019). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal, *Revista Biomedicina*. 10(26), 35-51. Recuperado de http://www.um.edu.uy/docs/revistabiomedicina_nov_dic%202009/bio_elderechoalaobjecion.pdf
- Bombillar Sáenz, y otro (2015). El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 1(25), 299-331. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/410050>
- Bonifaz, L. (2015). Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (Caso *Albarracini*, sentencia 523 XL VIII, de 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema Argentina), en *Garantismo Judicial*, Silvia García F., Ciudad de México: Porrúa.
- Campos Vargas G. (2012). Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica, *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*, 1(22). Recuperado de <http://www.revenf.ucr.ac.cr/vitro.pdf>
- Cianciardo J. (diciembre, 2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “*Artavia Murillo*”, *Revista Dikaion*, Universidad de La Sabana, 25 (2).160-189. DOI: 10.5294/dika.2016.25.2.2
- Cossío Díaz, J. (2015). Decidir nuestra vida, Derecho a morir, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. México: Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, E., y otros (2018). Inclusión, *ius commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia interamericana, el caso *Lagos del*

Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

García Ramírez S. (2015). Presentación ¿Derecho a Morir?, en Garantismo Judicial, Silvia García F. México: Porrúa,

García Velasco, L. (2015). Morir sin dolor es morir dignamente: Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio (Amparo 2277-C-94 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en Garantismo Judicial, Silvia García F. México: Porrúa.

Gorjón Barranco, M.(2009), Reflexiones sobre la problemática del aborto, Iustitia, (7), 43-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5978975>

Guillén Elizondo, C. (2015). Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona (Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional Colombiana), en Garantismo Judicial, Silvia García F. Coordinador. México: Porrúa.

Martínez de Pisón, J. (2016). El derecho a la salud: un derecho social esencial, Revista Derechos y Libertades, 2(14), 129-150. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Jose_Cavero2/publication/315788859_El_derecho_a_la_salud_un_derecho_social_esencial/links/58adb7ef-45851503be91e15f/El-derecho-a-la-salud-un-derecho-social-esencial.pdf

Orozco Solano, V, (2019). La tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano y costarricense. Recuperado de <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-constitucional/la-tutela-del-derecho-a-la-vida-en-el-ambito-judicial-interamericano-y-costarricense/>.

Peman Gavin, J., (2009). El derecho a la salud como derecho social, Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado, Revista de Administración Pública, (179),37-86. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3050200>

Zappalá F, (2007). Estatuto Jurídico del Concebido, en Revista Javeriana, 1(7), 263-280. Recuperado de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/281/1076>

Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos, Revista de Derechos, 24(2),163-177. DOI: 10.4067/S0718-09502011000200007.

Recibido: 06 de septiembre 2019 • Aprobado: 10 de octubre 2019

RETOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y LA RADICALIZACIÓN DESDE EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

Challenges to the fight against terrorism and radicalisation from the respect of human rights

Eva Massa Arranz

Consejo de Europa. Francia

Eva.MASSA-ARRANZ@coe.int

Cómo citar: Massa Arranz, E, (2019). Retos en la lucha contra el terrorismo y la radicalización desde el respeto a los derechos humanos. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 43-56. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

En los últimos años se ha producido un incremento de la radicalización que conduce al terrorismo y a la violencia extremista. Es, por tanto, crucial prevenir este riesgo global con el fin de asegurar una respuesta efectiva al terrorismo, atajando la raíz del problema especialmente en los lugares y circunstancias en los que se genera.

Uno de los retos en la lucha contra el terrorismo y la radicalización es la obligación de respetar los derechos humanos. En efecto, los Estados deben encontrar un equilibrio entre, por un lado, garantizar la seguridad de sus ciudadanos y por otro, el respeto a los derechos y libertades fundamentales de estos.

Este artículo subraya la importancia de la cooperación internacional en esta materia, para responder a un problema global, y destaca el papel fundamental de la formación a todos los niveles, particularmente de los profesionales que intervienen en el proceso de lucha contra el terrorismo y la radicalización.

Palabras clave: terrorismo; radicalización; *cooperación internacional*; derechos humanos.

Abstract

In the past few years there has been a rise of radicalisation leading to terrorism and violent extremism. It is therefore crucial to prevent this global risk in order to ensure an effective response to terrorism, by tackling its root causes particularly the places and circumstances where it occurs.

One of the main challenges in the fight against terrorism and radicalisation is the obligation to respect human rights. Indeed, States must find a balance between, on the one hand, guaranteeing the security of their citizens and, on the other hand, respecting the fundamental rights and freedoms of those same citizens.

This article highlights the importance of international cooperation in this matter, to respond to a global issue, and stresses the fundamental role of training at all levels, particularly among all professionals involved in the process of combatting terrorism and radicalisation.

Keywords: terrorism; radicalization; international cooperation; human rights.

Introducción

El terrorismo, en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de la persona, el lugar o el propósito por el que se lleve a cabo, constituye una de las amenazas más serias a la paz, a la seguridad y al bienestar internacional (CoE Strategy, 2018-2022).

Es un fenómeno global que afecta a todas las regiones del mundo. Según el informe de situación y tendencias del terrorismo elaborado por Europol, en 2017, 67 países registraron al menos una víctima mortal por terrorismo, con un total de 18,814 víctimas mortales. Diez países concentraron el 84% de todas las muertes por terrorismo: Afganistán, Irak, Nigeria, Somalia, Siria, Pakistán, Egipto, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana y la India (TESAT, 2018).

En los últimos años, han surgido nuevos retos en la lucha contra el terrorismo, debido principalmente a los nuevos métodos y tecnologías utilizadas por organizaciones terroristas para perpetrar atentados. El desarrollo tecnológico ha ampliado además el acceso a recursos disponibles para los grupos terroristas, incrementando su capacidad de financiación, reclutamiento, adiestramiento y propaganda (ESN, 2017). En este contexto, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU), ha expresado su preocupación por que los terroristas y quienes los apoyan utilizan cada vez más las tecnologías de las comunicaciones, en particular Internet, con fines de radicalización conducente al terrorismo y reclutamiento e incitación a cometer actos terroristas [...] (S/RES/2178).

En cuanto a nuevos métodos, según datos de Europol (TESAT, 2018), en 2018 la Unión Europea (UE) registró un total de 129 ataques terroristas (todos ellos cometidos por individuos actuando solos) y 1.056 detenciones. Todas las muertes por terrorismo fueron causadas por ataques yihadistas.

No es suficiente luchar contra el terrorismo, debemos prevenirlo. No se trata exclusivamente de prevenir ataques terroristas, sino también de prevenir los factores que conducen al terrorismo, tales como la propaganda, la provocación pública, el reclutamiento, el adoctrinado y, sobre todo, la radicalización. En efecto, la radicalización que conduce a la violencia extremista ha experimentado un crecimiento considerable en los últimos años y es necesario garantizar que los Estados se mantengan en primera línea en lo que concierne a esta amenaza.

¿Qué es la radicalización?

No existe una definición de radicalización acordada a nivel internacional, como ha remarcado la doctrina (Sedgwick 2010; Hardy 2018). El concepto de radicalización no es tan sólido ni claro cómo se tiende a asumir (Schmid, 2013). Es complicado establecer una línea clara entre las acciones o comportamientos que constituyen radicalización y los que no, principalmente porque, al igual que sucede con el concepto de terrorismo, no hay una definición clara, ni un consenso sobre el término (Almagro, 2016). Cada Estado define el concepto de una forma más o menos estricta. Sin embargo, está claro que

la radicalización no es un fenómeno individual y aislado que se produzca en la vida de un individuo, sino un proceso dinámico que depende de multitud de factores tanto internos (la personalidad, las creencias, etc.) como externos (la falta de oportunidades socio-económicas, la discriminación, etc.). Las razones detrás del proceso de radicalización pueden ser ideológicas, políticas, religiosas, sociales, económicas o personales.

El concepto de radicalización es muy amplio y puede aplicarse a una gran variedad de situaciones y contextos. Es común identificar radicalización con yihadismo/islamismo debido, en parte, al incremento de ataques con base yihadista ocurridos desde el 11 de septiembre de 2001, y a que el extremismo islámico es una de las cuestiones más relevantes de la agenda internacional de los últimos años (ESN 2017) – y se prevé que continúe siendo una amenaza de primer orden para la seguridad y la estabilidad global (Gunaratna, 2014). Sin embargo, puede haber múltiples formas de pensamiento radical como la extrema izquierda, el anarquismo, la extrema derecha, los movimientos nacionalistas, independentistas, o separatistas, que pueden pasar de ser una mera ideología a constituir la base de acciones violentas, incluidos actos terroristas. Por ejemplo, la amenaza del terrorismo de extrema derecha en los Estados Unidos -y Europa- parece incrementarse, particularmente los supremacistas blancos y extremistas antisistema interesados en planear ataques contra objetivos gubernamentales, raciales, religiosos o políticos (Jones, 2018); o los ataques terroristas llevados a cabo por grupos étnico-nacionalistas y separatistas en la UE, que continúan excediendo en número a otros tipos de actos terroristas (TESTAT, 2018).

La radicalización no es un concepto jurídico per se, pero puede tener consecuencias jurídicas. Es decir, desde un punto de vista general, tener ideas políticas o religiosas radicales no está penalizado, a menos que esas ideas se traduzcan en la comisión de un delito. Por ejemplo, el fundamentalismo islámico define una ideología -y un modo de vida- que busca en los ancestros del Islam y en las fuentes originales pautas para el mundo contemporáneo. No indica, en sí mismo, una propensión a la violencia. Sí lo hace el yihadismo, que para lograr una política y una sociedad acorde al imaginario rescatado y reconstruido del Corán y de la Sunna, recurre a la violencia (Tomé, 2014).

El radicalismo tiene muchas versiones, siendo una de ellas el radicalismo violento-, de la que el terrorismo sería una manifestación extrema (Jalloul, 2018). Podemos afirmar entonces que los procesos de radicalización pueden “preceder o sustentar” el terrorismo (ESN, 2017), por lo que los principales esfuerzos de los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, se concentran específicamente en la radicalización que conduce al terrorismo o a la violencia extremista.

No existe tampoco un perfil determinado de individuo radicalizado; puede tratarse de un joven con dudas de identidad que viaja a Oriente Próximo para luchar para grupos terroristas; una persona que recibe entrenamiento de estos grupos u organizaciones pero que regresa a su país para actuar por su cuenta; personas que actúan inspiradas o dirigidas por un líder; un individuo que se radicaliza solo a través de Internet; un delincuente que entra en prisión por un delito común y se radicaliza como consecuencia del contacto con otros; o mujeres adolescentes que han sido reclutadas para convertirse en esposas de combatientes yihadistas.

La importancia de la Cooperación Internacional

La lucha contra el terrorismo y la radicalización requieren una estrecha cooperación internacional. Con este fin, en los últimos años diversas organizaciones internacionales han desarrollado nueva legislación y estrategias.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), en su resolución 2178, exhorta a todos los Estados Miembros a que, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, cooperen en las iniciativas para enfrentar la amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros, lo que incluye prevenir la radicalización conducente al terrorismo [...] (S/RES/2178).

A nivel regional, la Unión Europea (UE) desarrolló en 2005 una Estrategia de Lucha contra el Terrorismo (Estrategia 2005) construida sobre cuatro pilares específicos: Prevenir, Proteger, Perseguir y Responder. El primer pilar se centra en la prevención de la radicalización, en evitar que personas se acerquen al terrorismo, abordando los factores o las causas de raíz que conducen a la radicalización y al reclutamiento, tanto en Europa como a nivel internacional.

Si bien la Comisión Europea reconoce que las acciones contra la radicalización son competencia y responsabilidad principalmente de los Estados Miembros, la Estrategia 2005 resalta la importancia de coordinar políticas, compartir información, determinar buenas prácticas y desarrollar nuevas ideas. Asimismo, en 2011, la Comisión estableció la Radicalisation Awareness Network (RAN), una red internacional para poner en contacto a organizaciones y redes locales involucradas en la prevención de la radicalización que conduce al terrorismo y a la violencia extremista. Esta red incluye a profesionales de distintos ámbitos, como trabajadores sociales y sanitarios, organizaciones de sociedad civil, grupos de víctimas, autoridades locales, legisladores, fuerzas de seguridad, fiscales, académicos y otros.

Otras acciones de la UE en esta materia incluyen: la Comunicación de 2014 sobre la 'Prevención de la radicalización: reforzando la respuesta de la UE' (COM/2013/0941), en la que identifica diez áreas en las que los Estados Miembros y la UE pueden reforzar sus acciones para prevenir la radicalización; la Directiva (EU) 2017/541 y la Decisión Marco 2008/919/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.

Asimismo, el Consejo de Europa (CdE) ha sido muy activo en los últimos 40 años en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y la prevención de la radicalización. Algunas de sus acciones incluyen el Convenio de Varsovia para la Prevención del Terrorismo, 2005 (Convenio de Varsovia), la Estrategia contra el terrorismo (2018-2022), el Manual para los servicios de prisiones y libertad condicional sobre la radicalización y el extremismo violento, 2016, o el Comité del Consejo de Europa de Lucha Contra el Terrorismo (CDCT).

En América, el mandato del Comité Interamericano contra el Terrorismo se centra en "desarrollar la cooperación a fin de prevenir, combatir y eliminar los actos y actividades terroristas". En la práctica esto se ha llevado a cabo a través de programas de cooperación y desarrollo de capacidades en materia de seguridad y control fronterizo, tráfico de armas, protección de infraestructura, entre

otros. En su plan de trabajo para el 2018-2019, el Comité incluye la promoción de la aplicación de instrumentos jurídicos y tratados para prevenir y combatir el terrorismo, así como el refuerzo de las estrategias antiterroristas en el Caribe y el fortalecimiento de los mecanismos regionales de cooperación.

En 2002, como respuesta a los ataques del 11 de septiembre del 2001, la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CIACT), que establece que la sistematización de las principales conductas referidas al terrorismo internacional debe tener una respuesta regional, e incluye una cláusula de respeto a los derechos humanos.

Es por tanto fundamental unir los esfuerzos de todos los Estados en esta materia - no solo de aquéllos directamente afectados- garantizando la cooperación transnacional e inter-agencial y el intercambio de buenas prácticas para evitar la duplicación y conseguir resultados más efectivos.

Lucha contra la radicalización respetando los derechos humanos

Las medidas antiterroristas basadas únicamente en la seguridad han demostrado ser insuficientes contra la radicalización. Estas deben complementarse con el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, para conseguir una respuesta eficaz contra el terrorismo.

En el marco europeo, la lucha contra el terrorismo y la prevención de la radicalización son áreas prioritarias tanto para la UE como para el CdE, que han unido sus esfuerzos para asegurar un equilibrio eficaz entre, por un lado, garantizar la seguridad de los ciudadanos y, por otro, respetar los derechos fundamentales de estos.

Son muchos los derechos y libertades que pueden verse impactados por medidas de seguridad adoptadas por los Estados en la lucha contra el terrorismo y la prevención de la radicalización, tales como:

- El derecho a la vida.
- La prohibición de la tortura y el trato inhumado o degradante.
- La prohibición de detención arbitraria.
- El derecho a un juicio justo y con todas las garantías de la ley.
- El derecho a la vida familiar, a la privacidad y al secreto entre abogado y detenido.
- Libertades de expresión, asociación, religión, creencias e información.

Estos derechos pueden verse afectados concretamente por acciones relacionadas con la vigilancia, la detención y el registro, el uso de la fuerza, la vida en prisión, medidas policiales especiales, disolución de organizaciones, extradición o expulsión, derechos parentales o laborales, etc.

En efecto, los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para combatir el terrorismo se ajusten a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, tal y como ha establecido el CSNU (S/RES/2178). El incumplimiento de obligaciones de derechos humanos por parte de los Estados, es uno de los factores que contribuyen al aumento de la radicalización y hace que cobre fuerza la sensación de impunidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo, es el tribunal internacional con más experiencia en casos relacionados con el terrorismo y los derechos humanos, habiendo resuelto más de 800 casos en esta materia (Salinas De Frías, 2013). La jurisprudencia del Tribunal analiza la posible violación por parte de un Estado Miembro de unos o varios de los derechos enumerados anteriormente. Así, por ejemplo, en el caso de *Szabo y Vissy c. Hungría* referente a la legislación antiterrorista húngara, que permite la vigilancia secreta de determinados individuos, que era considerada como injustificada y desproporcionada por los demandantes. El TEDH determinó que hubo violación por parte de Hungría del artículo 8 (derecho al respeto por la vida privada) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Tribunal, aunque reconocía como legítimo el uso por los Estados de tecnologías avanzadas como la vigilancia masiva de las comunicaciones, para prevenir actos terroristas, en este caso particular, no tuvo la convicción de que la legislación húngara ofreciera las garantías necesarias para evitar el abuso.

En contraste, los casos de *Leroy c. Francia* (36109/03) y *Herri Batasuna y Batasuna c. España* (25803/04 y 25817/04) en los que el TEDH no consideró que existiera una violación de derechos fundamentales por el Estado. El primer caso (*Leroy*) fue presentado por un dibujante de cómics condenado en Francia por complicidad con el terrorismo tras publicar un dibujo ofensivo sobre los ataques del 11 de septiembre de 2001. En este caso el Tribunal no encontró violación del artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión) por Francia, al considerar que la penalización impuesta al demandante era muy modesta y en ningún caso desproporcionada en relación al objetivo perseguido.

El segundo caso (*Herri Batasuna y Batasuna contra España*), se refería a la ilegalización de estos dos partidos políticos considerados antidemocráticos por la legislación española (por su vinculación a grupos terroristas). El TEDH determinó que no hubo violación del artículo 11 (libertad de reunión y asociación) por parte de España ya que la injerencia del Estado correspondía a una necesidad social imperiosa y fue proporcionada con el objetivo perseguido. Por ello, la resolución del Tribunal Supremo de España puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática.

En el ámbito interamericano, el texto del artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CIACT) determina que las medidas para hacer frente al terrorismo deberán ser implementadas con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo, la Asamblea de la OEA, en su Resolución 1906, afirma que la lucha contra el

terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario y a las instituciones democráticas para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio (AG/RES. 1906 (XXXII-O/02)).

La Corte interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dictado numerosas sentencias en las que analizaba la conformidad de la legislación anti-terrorista con los postulados de la Carta Americana de Derechos Humanos (CADH), tales como las sentencias para los casos Loayza Tamayo, Barrios Altos y Castillo Petruzzi (Herencia Carrasco, 2015). En el primer caso, la Corte identificó las restricciones al derecho de defensa que una persona afrontaría por el fuero militar en un proceso referido al delito de traición a la patria en Perú.

En el caso de Barrios Altos, determinó que las normas de amnistía, prescripción y excluyentes a la responsabilidad, cuyo fin sea impedir la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, es contraria a la CADH y al derecho internacional de derechos humanos.

En Castillo Petruzzi, el tratamiento proporcionado por las autoridades militares peruanas en la investigación, el procesamiento y la condena de ciudadanos de otro país por los delitos de traición a la patria y terrorismo era contrario a las garantías propias del derecho de defensa, tanto por la autoridad encargada de administrar justicia como por las limitaciones impuestas al abogado defensor.

¿Cómo luchar contra la radicalización?

La naturaleza heterogénea del fenómeno de la radicalización hace muy difícil encontrar una única solución al mismo. En este sentido, se plantean muchas cuestiones. ¿Es posible la desradicalización o la desvinculación de individuos radicalizados? (La diferencia entre ambos conceptos consiste en que la desradicalización se refiere a creencias y la desvinculación se refiere a comportamientos), ¿Es más útil abordar las ideas radicales directamente o comenzar por abordar el entorno?, ¿Las medidas requeridas, deben ser implementadas por el Estado o por otros actores?, ¿Las medidas deben ser activas (alentando u obligando al individuo radicalizado) o deben ser pasivas (solo para aquéllos individuos que dan el paso y están dispuestos?).

Para prevenir la radicalización es importante hacer frente a la inestabilidad en algunas regiones del mundo como el Norte de África, Oriente Próximo, etc. Los conflictos armados, la falta de acceso a necesidades básicas como la educación, la discriminación o la falta de oportunidades, fomentan la aparición y el incremento de la violencia extremista.

Un reto importante en la lucha contra la radicalización es el cambio en la naturaleza del terrorismo y los métodos empleados para adoctrinar. Tradicionalmente se luchaba contra una organización terrorista, mientras que en la actualidad muchas acciones terroristas se producen de forma individual; es por tanto necesario adaptar la legislación a nivel internacional y nacional para incluir las distintas categorías.

Otro reto específico es el caso de mujeres y niños retornados de países como Siria, que no siendo autores ningún delito o ataque terrorista, regresan a sus países de origen. Estas mujeres, en principio, solo han actuado como amas de casa y madres de familia dentro de una organización como el Estado Islámico (IS), sin embargo, se ha demostrado recientemente que las mujeres juegan un papel fundamental dentro del IS. El crecimiento de mujeres dentro de organizaciones terroristas supone una amenaza potencial al incorporarlas en la lucha activa, tanto las mujeres radicalizadas que regresan a países occidentales como las mujeres desplazadas a otras zonas las cuales luchan por la causa (Loken y Zelenz, 2018). Hoy por hoy, la militancia de mujeres en organizaciones terroristas de etiología yihadista ya no es una excepción. Su incorporación, se vincula al conflicto emergente en Siria e Irak y al Daesh (Trespaderne y Garriga 2018). Existe además el riesgo de que los niños y jóvenes retornados, que han estado expuestos al adoctrinamiento ideológico y, en algunos casos, incluso a la formación militar de grupos radicales se conviertan en futuros radicalizados/terroristas, constituyendo una posible amenaza en sus países de origen.

Cualquier acción contra la radicalización debería tener dos objetivos:

1. Fortalecer el marco jurídico para el terrorismo y el extremismo violento.
2. Prevenir la radicalización en los lugares en los que está produciéndose actualmente: escuelas, prisiones e internet (Salinas De Frías, 2019).

De acuerdo a la Comisión Especial sobre Terrorismo (2018/2044(INI), es fundamental que las autoridades de protección de la infancia y los servicios sociales, mediante una mejor cooperación con las unidades competentes de los servicios policiales y los órganos judiciales, participen a la hora de abordar los casos más graves de radicalización. En lo que respecta a las prisiones, deben crearse procedimientos e indicadores específicos para identificar y gestionar a los reclusos radicalizados, a fin de evitar la radicalización de otros, garantizar una vigilancia específica y medidas de desvinculación específicas.

Un aspecto clave en la lucha contra la radicalización es la importancia de la formación y la educación de todos los profesionales expuestos a este problema e involucrados en las diferentes fases del proceso, como jueces, fiscales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, educadores, agentes de prisiones y libertad vigilada. En este contexto se enmarca, por ejemplo, el proyecto HELP sobre Prevención de la Radicalización, financiado por la Unión Europea e implementado por el Consejo de Europa en el marco del Programa HELP (Human Rights Education for Legal Professionals). Este proyecto tiene por objetivo mejorar la respuesta de la justicia penal (en la UE) a la prevención de la radicalización que conduce al terrorismo y a la violencia extremista incrementando las capacidades y la confianza mutua de los profesionales de la justicia, fundamentalmente a través de la formación. El proyecto ha sido implementado en 2018-2019 con la participación de jueces, fiscales, personal de prisión y libertad vigilada de 14 países, que ha obtenido resultados muy positivos.

El papel fundamental de los jueces

Desde el punto de vista de la judicatura, es importante determinar cuándo el proceso de radicalización de un individuo se considera concluido y cuándo se traduce en un delito. Especial dificultad presentan los llamados “actos preparatorios”, considerados como delito por muchos ordenamientos jurídicos. Según datos de Europol, en 2018, la mayoría de los arrestos se realizaron sobre la sospecha de preparación o tentativa a cometer un acto terrorista, pertenencia a grupo terrorista y financiación del terrorismo (TESAT 2018).

Es difícil establecer una línea clara entre comportamientos que pueden ser considerados como prueba de un proceso de radicalización. Por ejemplo, un proceso de radicalización a través de internet comienza por iniciativa de la persona radicalizada y no se puede identificar a un reclutador particular.

En España, la Audiencia Nacional, en su sentencia SAN 2547/2017, condenó a un grupo de personas que formaban parte de una estructura en Melilla que desarrollaba bajo el ideario yihadista, labores de captación, radicalización, adoctrinamiento, financiación y posterior envío de voluntarios yihadistas para llevar a cabo acciones operativas de naturaleza terrorista a zonas de conflicto con integración en la rama de Al Qaeda del Magreb Islámico (AQMI), o bien el desarrollo de acciones terroristas en suelo occidental. Fueron condenados como autores responsables de un delito de promoción de una organización terrorista.

Otro caso visto por la Audiencia Nacional fue el de una ciudadana marroquí que empezó a hacer público en las redes sociales que compartía los postulados de DAESH, y a insertar mensajes dirigidos a exponer la conveniencia de hacer la yihad. Viajó a Siria y a su vuelta a España siguió difundiendo, pero ya con mayor proliferación, fotografías y videos en las redes sociales, utilizando sus perfiles en Facebook y Twitter, o mediante YouTube y Google +, imágenes de propaganda del Estado Islámico, en las que se veía a sus miembros armados, incluso a mujeres, presentándolos como héroes y mártires, así como ejecuciones de infieles o traidores. Fue condenada a 5 años de prisión como autora de un delito de colaboración con organización terrorista (SAN 11/2017).

En el Reino Unido, un nacional sirio fue arrestado y condenado a siete años de prisión por posesión de un documento que podría ser de utilidad a una persona para cometer una acción terrorista y por diseminar publicaciones de contenido terrorista. Entonces, el acusado publicó en su cuenta de Facebook más de cien mensajes de apoyo a los objetivos del Estado Islámico (IS) e incitando a otros a cometer actos terroristas en nombre del IS (R v Abdul Rahman Saik).

Una solución posible es la aplicación de medidas alternativas a la detención, empleadas por algunos Estados, como la prohibición de viajar, la limitación del derecho de reunión o del acceso a Internet, la vigilancia electrónica o la asistencia a programas intensivos. Estas medidas están inspiradas por varios factores como: el creciente número de personas radicalizadas y de personas enjuiciadas por delitos de terrorismo; el aumento del riesgo de radicalización en las prisiones; o la dificultad que presenta la recogida de pruebas en algunos

casos. Su uso ha sido reconocido en instrumentos jurídicos internacionales tales como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas de Tokio (A/RES/45/110) o las Reglas Nelson Mandela (A/RES/70/175). Sin embargo, para asegurar la correcta y eficaz aplicación de dichas medidas, éstas deben ajustarse unos requisitos o parámetros determinados como la gravedad del delito/la infracción, el grado de radicalización, el riesgo de reincidencia, etc. (Salinas De Frías, 2019).

Las medidas alternativas a la detención pueden adoptarse en la fase de juicio, como sustitución a una pena de prisión o como medida posterior a la condena. La buena aplicación de estas medidas puede contribuir a reducir la reincidencia, a prevenir una mayor radicalización, a garantizar la reinserción efectiva o a reducir los costes del sistema penitenciario, entre otras consecuencias.

Conclusiones

De todo lo expuesto anteriormente se desprende que, desafortunadamente, no hay indicaciones de que el fenómeno del terrorismo vaya a desaparecer en los próximos años, por ello, es necesario atajar las raíces del problema.

Es necesario asimismo, prevenir la radicalización a través del adoctrinamiento que se produce, principalmente, en escuelas y prisiones. Para ello, es fundamental que las autoridades de protección de la infancia y los servicios sociales, mediante una mejor cooperación con las unidades competentes de los servicios policiales y los órganos judiciales, participen a la hora de abordar los casos más graves de radicalización.

En lo que respecta a las prisiones, deben crearse procedimientos e indicadores específicos para identificar y gestionar a los reclusos radicalizados, a fin de evitar la radicalización de otros, garantizar una vigilancia específica y medidas de desvinculación específicas.

Es cierto que la creciente preparación y cooperación entre Estados ha permitido evitar un mayor número de ataques en los últimos años, sin embargo, es necesario mantener y reforzar la cooperación internacional para poder responder a nuevos retos específicos como las nuevas formas de terrorismo (ciber-terrorismo, el uso de materiales biológicos, químicos, nucleares...) o el retorno de combatientes extranjeros y sus familias.

La educación debe convertirse en una herramienta consolidada en la lucha contra todo tipo de violencia extremista y procesos de radicalización violenta, con especial atención a la formación que se ofrece a los jóvenes y al personal penitenciario para poder ofrecer una respuesta adecuada a este problema.

Se requiere que todos los actores que intervienen en la 'cadena de justicia' - principalmente jueces, fiscales, abogados, personal de prisiones y de libertad vigilada, pero también agentes de orden público-, representantes religiosos, trabajadores sociales y consejeros- estén familiarizados con los estándares internacionales en derechos humanos y en prevención de la radicalización y sean capaces de aplicarlos en situaciones concretas. Esta es una condición necesaria para conseguir una implementación efectiva a nivel nacional de políticas de prevención de la radicalización que garanticen el respeto de los derechos humanos.

Bibliografía

- Almagro, I. (2016). El arte de la prevención y la des-radicalización, Estudios de Política Exterior. Recuperado de <https://www.politicaexterior.com/actualidad/el-arte-de-la-prevencion-y-la-des-radicalizacion/>
- Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Primera. (17 de marzo de 2017) Sentencia 11/2017.
- Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Tercera. (14 de julio de 2017) Sentencia 2547/2017.
- Consejo de Europa, Council of Europe Counter-Terrorism Strategy (2018-2022) (CoE Strategy) - Approved by the Committee of Ministers at the 1321st meeting of the Ministers' Deputies (4 July 2018, CM/Del/Dec. (1321/10.1). Recuperado de www.coe.int/cm
- Consejo de Europa, Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, (2005). Warsaw. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016808c3f55>
- Consejo de Europa, Programa HELP (Human Rights Education for Legal Professionals). Recuperado de <http://help.elearning.ext.coe.int/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Case of Loayza-Tamayo v. Peru, Judgment of September 17, 1997 (Merits).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Case of Barrios Altos v. Peru, Judgment of November 30, 2001 (Reparations and Costs).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Case of Castillo Petruzzi et al, Judgment of May 30, 1999.
- EUROPOL, European Union Terrorism Situation and Trend Report 2018 (TESAT 2018). Recuperado de <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2018-tesat-2018>
- García-Calvo, C. (2017) "No hay vida sin yihad y no hay yihad sin hégira: la movilización yihadista de mujeres en España", 2014-2016. ARI nº 33/2015, Real Instituto Elcano.
- Gunaratna, R. (2014). Terrorist Threat in 2014", UNISCI Discussion Papers, nº34.
- Hardy, K. (2018). Comparing Theories of Radicalisation with Countering Violent Extremism Policy, Journal for Deradicalisation, Summer 2018 (15) p. 99.
- Herencia Carrasco, S. (2015). El tratamiento del Terrorismo en la Organización de los Estados Americanos y en el sistema Interamericano de Derechos Humanos, Grupo latinoamericano de estudios sobre derecho penal

internacional, Terrorismo y derecho penal, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (editores).

House of Lords (United Kingdom), Case R v Abdul Rahman Saik (2006) UKHL 18, 03/05/2006.

Jalloul H. (2018). Realidad, ideología y terminología: entre la radicalización, la violencia política y el terrorismo yihadista. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 4 (2), 99-121 DOI:10.18847/1.8.7

Jones, S. (2018). The Rise of Far-Right Extremism in the United States, Centre for Strategic and International Studies, CSIS Briefs. Recuperado de <https://www.csis.org/analysis/rise-far-right-extremism-united-states>

Loken, M., y Zelenz, A. (2018). Explaining extremism: Western women in Daesh”, *European Journal of International Security*, 3(1), 45-68.

Ministerio de Defensa de España, Estrategia de Seguridad Nacional (ESN), España 2017. Recuperado de <http://www.defensa.gob.es/defensa/politicadefensa/estrategiaseguridad/>

Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. ONU. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Naciones Unidas, Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, S/RES/2178 de 24 de septiembre de 2014. Recuperado de [https://www.undocs.org/S/RES/2178%20\(2014\)](https://www.undocs.org/S/RES/2178%20(2014))

Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), A/RES/70/175, 17 de diciembre 2015. Recuperado de <https://undocs.org/A/RES/70/175>

Naciones Unidas, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), A/RES/45/110, 14 de diciembre de 1990. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/45/110>

Neumann, P. (2013) “The trouble with radicalization”, *International Affairs*, Volume 89, Issue 4, July 2013, Pages 873–893. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/1468-2346.12049>

Organización de Estados Americanos (OEA). Asamblea General, AG/RES. 1906 (XXXII-O/02) Promoción y respeto del derecho internacional humanitario, 4 de junio de 2002. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/ag02/agres_1906.htm

Salinas de Frías, A. (2103). Counter-terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rights (2013), ECtHR.

- Salinas de Frías, A. (2019). Módulo 3: Jueces y Fiscales” Curso HELP (UE/CdE) sobre Prevención de la Radicalización, 2019.
- Schmid, A. (2011). Introduction, *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, New York, Routledge, pp.1-37.
- Schmid, A. (2013). Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review, ICCT Research Paper, March 2013. Recuperado de <https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf>
- Sedgwick, M. (2010). The Concept of Radicalization as a Source of Confusion, *Terrorism and Political Violence*. 22. 479-494.
- Tomé, B. (2014). Extremismo y Radicalismo Islámico en la Estrategia de Seguridad Nacional 2103: una visión fragmentada e incompleta, UNISCI Discussion Papers, N° 35 (Mayo / May 2014).
- Trespaderne, A. y Garriga, D. (2018). Perfiles y signos de radicalización de las mujeres radicalizadas por organizaciones terroristas de etiología yihadista en España, *Behavior & Law Journal*, 4(1), 21-28.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Szabó and Vissy v. Hungary, (Application no. 37138/14), European Court of Human Rights, 06/06/2016. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2237138/14%22%7D%7D>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Affaire Leroy c. France (Requête no 36109/03), Cour Européenne de Droits de l’Homme, 06/04/1999. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2236109/03%22%7D%7D>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (Applications nos. 25803/04 and 25817/04), European Court of Human Rights, 06/11/2009. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2225803/04%22%22%7D%7D> y <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2225817/04%22%22%7D%7D>
- Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, AL Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Prevenir la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento: una respuesta más firme de la UE. COM/2013/0941. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52013DC0941>
- Unión Europea, Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Recuperado de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0919&from=ES>

Unión Europea, Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0541>

Unión Europea, Informe sobre las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial sobre Terrorismo (2018/2044(INI)), Comisión Especial sobre Terrorismo, Parlamento Europeo, 21.11.2018. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630320/EPRS_ATA\(2018\)630320_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630320/EPRS_ATA(2018)630320_ES.pdf)

Recibido: 18 de septiembre 2019 • Aprobado: 17 de octubre 2019

ENFOQUE SOBRE LA RELEVANCIA LEGAL DEL PORTE Y TENENCIA DEL ARMA DE FUEGO DE FABRICACIÓN CASERA O DOMÉSTICA: UN ABORDAJE DESDE LOS IUSFILÓSOFOS: KELSEN, VON WRIGHT, HART, DWORKIN, WROBLEWSKI, MACCORMICK Y ALEXY

Approach on the legal relevance of the bearing and possession of the hunting or domestic firearm: an approach from the philosophers: Hans, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, MacCormick and Alexy

Ismael Ramírez

Universidad Central del Este (UCE). República Dominicana
dr.ismaelnehemiasramirez@hotmail.com

Cómo citar: Ramírez, I, (2019). Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, MacCormick y Alexy. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 57-73. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

La no especificación de manera taxativa de la denominada “arma de fuego de fabricación casera”, podría generar un problema para el operador jurídico, específicamente para los jueces, quienes tendrían que determinar si se trata de un fenómeno que transgrede o no, tanto con el principio de legalidad penal o como con el de taxatividad. Partiendo de ello, surgen las siguientes inquietudes: ¿Es un problema de vaguedad, textura abierta del lenguaje, laguna normativa o axiológica? ¿Se violenta el principio de cláusula penal o de prohibición? ¿Se evidencia que se está ante una tipicidad conglobante o existe un problema de legalidad o taxatividad? ¿Falta algún elemento de las normas de carácter deóntico, especialmente de las prescripciones? ¿Qué aporta la justificación interna y la justificación externa? ¿Se tratar de dar relevancia específica a un fenómeno de trascendencia social? En este artículo se tratará de dar respuesta a los cuestionamientos desde los presupuestos de los iusfilósofos mencionados.

Palabras clave: antijuricidad; legalidad; taxatividad y tipicidad

Abstract

The non-specification of the “homemade weapons” could generate a problem for the legal operator, specifically for the judges, who may determine if it is a phenomenon that trespasses or not the principle of criminal legality or the taxativity. Consequently, the following questions arise: Is it a problem of vagueness, open texture of language, normative or axiological gap? Is violated the principle of criminal closure or the principle of prohibition? Is there a congenital typicity or is there really a problem of legality or taxativity? Is there any missing element of the deontic norms, especially the prescriptions? What is the contribution of the internal justification and external justification? Are we trying to give specific relevance to a phenomenon of social significance? This article will deal with the possible responses to these questions from the perspective of the aforementioned iusphilosophers.

Keywords: antijuricidad; legality; typicality and; taxation

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wróblewski, Alexy y MacCormick

Introducción

En la V Reunión realizada los días 6 y 7 de abril de 2006, en la Ciudad de Buenos Aires, la Comisión de Seguridad Ciudadana, Combate y Prevención al Narcotráfico, Terrorismo y Crimen Organizado del Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), decidió elaborar un proyecto de ley marco sobre control de armas y municiones con la colaboración de la Fundación Viva Rio de Brasil. En agosto de 2006, el Grupo de Trabajo sobre Legislación y otros organismos, la Coalición latinoamericana para la prevención de la violencia armada, junto al Movimiento Sueco por la reconciliación, diseñaron los lineamientos y avanzaron en el desarrollo del Proyecto de Ley Marco. Esta etapa de trabajo culminó con la presentación del Proyecto de Ley Marco sobre Armas, Munición y Materiales.

Debido a factores sociales y políticos que en la actualidad han dejado de existir en el año 1965, la República Dominicana adoptó una legislación que buscaba el desarme de la población civil la que estuvo presente en nuestro sistema jurídico hasta el 2 de agosto del año 2016, fecha en la cual el legislador convirtió en instrumento jurídico interno las directrices que el país había hecho suyas durante el parlamento latinoamericano (PARLATINO), ello para responder a factores sociales y políticos que no estaban contemplados en la ley número 36-65. El instrumento jurídico vigente es la Ley 631-16, del 2 de agosto de 2016, para el Control y Regulación de Armas, Municiones y Materiales Relacionados. G. O. No. 10854 del 5 de agosto de 2016.

En el presente trabajo se abordará la problemática que prohíbe el porte y tenencia de armas de fuego de fabricación casera, su relevancia como especie del género “armas de fuego”. De igual manera, si el fenómeno de “porte de arma de fuego de fabricación casera”, al no estar plasmado de manera particular en la Ley 631-16, crearía problemas que de no ser resueltos ocasionarán situaciones que afectan el pleno desenvolvimiento de la aplicación de justicia en esta materia. Se analizará, si es necesaria la combinación de las reglas definitorias, la clasificatoria, la sancionadora y los principios, para poder invocar la sanción que prevé la ley, así como, si esa combinación, hecha en base a un ejercicio hermenéutico, no dificulta el pleno desenvolvimiento de la actividad decisoria en esta materia.

El fenómeno objeto de estudio de este trabajo se abordará desde una perspectiva filosófica, para ello se revisarán los siguientes aspectos: principio de clausura o prohibición del autor Hans Kelsen; la tipicidad, la antijuridicidad, la legalidad y la taxatividad desde la óptica de autores connotados del derecho penal; la lógica de la acción o deóntica de Henrik G. Von Wright; la zona de penumbra, la discrecionalidad, y la unión de normas primarias y secundarias desde la perspectiva de Herbert Lionel Adolphus Hart; los casos difíciles, y la justificación interna y externa del filósofo americano Ronald Dworkin, así como el pensamiento filosófico Robert Alexy y Jerzy Wróblewski.

Este trabajo intentará ofrecer una solución a la problemática planteada desde un abordaje filosófico, y a su vez advertir, tanto al legislador como al operador de justicia, que de no abordarse con premura la regulación de este fenómeno se pondría en juego la seguridad ciudadana y en consecuencia la cohesión social y la convivencia pacífica.

Planteamiento del problema

Al analizar el posible proyecto inicial de la ya mencionada ley 631-16, se advierte que la propuesta fue enviada desde la Cámara de Diputados hacia la Cámara del Senado, mediante el oficio 00473, de fecha 20 de julio del año 2015. En ese proyecto, el artículo 6 párrafo establece lo siguiente:

Clasificación de las armas. Para los efectos de la presente ley, las armas de fuego se clasifican de la manera siguiente: 1) Armas prohibidas; 2) Armas restringidas; 3) Armas de uso civil. Párrafo I.- Se consideran armas prohibidas y proscritas por el Estado dominicano: las armas de destrucción masiva, atómicas, químicas y biológicas y aquellas sustancias químicas, tóxicas o sus precursores, municiones y dispositivos, que estén destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante propiedades tóxicas provocadas por estas sustancias, las armas de fabricación casera y aquellas armas prohibidas comprendidas en los convenios internacionales ratificados por la República Dominicana. Se prohíbe la importación, distribución, intermediación, posesión, transporte y tránsito de armas prohibidas, por el territorio nacional indistintamente de su objetivo y finalidad.

Sin embargo, con el interés de señalar la falta de dicha clasificación, en la ley promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo, no se observa la clasificación de “arma de fabricación casera”. En el artículo 6 de ese proyecto se establece lo siguiente:

Clasificación de las armas. Las armas se clasifican de la manera siguiente: 1) Armas prohibidas. 2) Armas restringidas, y 3) Armas de uso civil. Las armas de uso civil se clasifican en: a) Armas para protección personal e instalaciones físicas. b) Armas de uso deportivo y caza, y c) Armas antiguas y de colección.

Huelga establecer que el proyecto convertido en ley fue dado a conocer en la Cámara de Diputados en fecha 8 de junio del año 2015, en una fecha anterior al envío del proyecto depositado en la Cámara del Senado de fecha 20 de julio del año 2015.

Ante esta situación, iniciaremos analizando el problema desde el “principio de clausura penal”.

Principio de clausura penal o de prohibición desde la perspectiva de Hans Kelsen

Si se parte del enfoque de la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, se puede establecer que el acontecimiento en cuestión logra su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido. El acto puede ser explicitado según esa norma que funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específico, a saber, una explicitación normativa (Kelsen, 1982, p.18).

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

Carlos Santiago Nino, establece lo siguiente: “Según la *Teoría pura*, cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo” (Nino, 2003, p.199). *mientras*, Kelsen refiere que todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que “*todo lo que no está prohibido, está permitido*”. (Nino, 2003, p.199).

El criterio de validez del derecho, refiere que la aplicación del derecho posee un inicio y un final es decir que es lo que se puede denominar como “el principio de clausura”. Entonces, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución.

De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerarse como implícita aún cuando no esté formulada expresamente por el legislador. Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que se resumirán brevemente omitiendo ciertos tecnicismos (Nino, 2003, p.199).

El principio de clausura, como todo enunciado sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico, por ejemplo, si “permitido” significara en él nada más que “no prohibido”, sustituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: “todo lo que no está prohibido, no está prohibido”, lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo, es decir, el principio es necesario (Nino, 2003, p.200).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgarle al término “permitido” un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición (...) (Nino, 2003, p.200). Si se adopta este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente. (Nino, 2003, p.200).

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como aclara Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante, el sistema puede, indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho (Nino, 2003, p.200).

En relación con el tema objeto de estudio, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si “derecho subjetivo” se usara como equivalente a “no prohibido”, habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando se dice, en este sentido, que se tiene el derecho a fumar, a sentarse

en un banco, a vestirse como guste, etc., Se está sosteniendo sólo que no han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejar hacerlas, o que deben ayudar a ejecutarlas, o que no se aplique una sanción por el hecho de haberlas llevado a cabo (*Nino, 2003, p.200*).

Puede entenderse que si el sistema normativo que sirve como marco, contiene (tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos) una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado “Fulano tiene derecho a X” no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato, la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente” (*Nino, 2003, p.200*).

Ilustrados por lo anterior, cabe preguntarse si ¿la combinación de los diferentes enunciados y proposiciones que constituyen la disposición normativa de la Ley No.631-16 podría reflejar una laguna normativa o axiológica respecto al tipo penal objeto de estudio? Hans Kelsen responde la cuestionante anterior al establecer que puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, se estaría frente a lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa*, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería poco legítimo decir que se tiene derecho a ejecutar la conducta no normada como sostener que tal acción está prohibida, pues falta la base normativa que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones. Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas. Según la *Teoría pura* cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo” (Kelsen, 1982, p.18).

Tipicidad, antijuridicidad, legalidad y taxatividad desde la perspectiva de varios tratadistas de derecho penal

Para abordar el problema de la posible omisión legislativa en la que incurrió el legislador con relación a la regulación de armas de fabricación casera en la ley 631-16, es necesaria una correcta comprensión de los valores jurídicos en juego para lo cual es preciso definir los términos, tipicidad, legalidad y taxatividad. Lo anterior se intentará ilustrar desde la óptica de las más connotadas voces en materia penal y como fin ulterior, se buscará apreciar de forma adecuada la dimensión que abarca este fenómeno, en principio solo de manera filosófica, posteriormente si de manera legislativa el mismo puede ser resuelto.

Consecuentemente, resulta lógico tratar en primer orden la tipicidad, luego la antijuridicidad, por último, la legalidad y la taxatividad. Se enfocará de esa forma, ello debido a que los dos últimos tienen que ver con la norma expresa, las otras dos primeras con la conducta. Es de interés, resaltar el problema que genera la imprecisión de la norma o la caracterización específica que se corresponde con la taxatividad. La tipicidad de acuerdo al autor español Santiago Mir Puig es:

El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa,

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wróblewski, Alexy y MacCormick

la falsificación de documento público, etc. Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito. (...) (Puig, 2008, p.58).

Es decir, para este estudioso de las ciencias penales en derecho solo podemos hablar de que una conducta se enmarca dentro de las características de la tipicidad cuando se haya prevista en la ley, cuando dicha conducta configura algún tipo de acción que lesiona bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. El mismo autor, también concluye que:

La tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de legalidad. La efectiva realización de este principio requiere no sólo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (aspecto formal del principio de legalidad), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas: «mandato de determinación» de la ley penal (aspecto material del principio de legalidad). Un Derecho penal que no definiese de forma diferenciada las distintas clases de conductas típicas, sino que se limitase a castigar al que «causare un mal a otro» o acudiese a otras cláusulas generales semejantes, no respetaría la exigencia de determinación, porque tales cláusulas no permitirían al ciudadano saber con una mínima seguridad qué comportamientos entrarían en ellas. La técnica de descripción de tipos de conducta pretende evitar este inconveniente (Puig, 2008, p.87).

El filósofo del derecho penal alemán Claus Roxin en relación al concepto de tipicidad ha manifestado que:

Esa acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP (...) Por tanto, quien p.ej. mediante una determinada acción “sustraer una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente”, realiza el tipo del hurto (§ 242). La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (...) (Roxin, 1997, p.194).

Y establece con más precisión dicho autor que:

Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y los demás presupuestos de la punibilidad. Esta estructuración en determinados pasos de razonamiento ordenados en una sucesión lógica garantiza en primer lugar que todas las cuestiones importantes para juzgar la punibilidad también se examinen realmente; en cambio, si lo que se hiciera fuera un “hurgar aquí y allá”, de modo no estructurado sistemáticamente y sin orden ni concierto, en la problemática jurídica del caso, existiría el peligro de pasar por *alto* aspectos decisivos y de tomar decisiones incorrectas (Roxin, 1997, p.194).

Este importante dogmático establece respuestas puntuales al fenómeno que se analiza, dado que el mismo establece que la tipicidad forma parte de una estructura gobernada por el razonamiento lógico, lo que evidentemente influye en la toma de decisiones correctas en cuanto a establecer los presupuestos de la punibilidad. Lo anterior, evidentemente tiene vinculación con su definición de tipicidad dado que una vez se define la conducta prohibida en la ley, es cuando surgen las consecuencias que impone la punibilidad, pero

dichas consecuencias solo pueden ser obtenidas mediante la secuencia lógica que el autor Claus Roxin describe.

No podríamos concluir este apartado sin incluir las palabras de Raúl Plasencia Villanueva al establecer que:

(..) En cuanto a la tipicidad existen infinidad de postulados en torno a cómo identificarla y, en su caso, definirla, aspecto que deriva de la postura teórica a la cual nos apegamos, sin embargo, resulta claro el carácter eminentemente valorativo que tiene el tipo penal y, por ende, la tipicidad, lo cual da lugar a que se le defina como la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo en concreto el resultado afirmativo de ese juicio. Lo cual podemos entender como la adecuación de los elementos y presupuestos del delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley (Villanueva, 2004, p.96).

Un autor que debe ser tomado en cuenta por la claridad con la cual define el concepto de antijuridicidad es el argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien la define de la siguiente manera:

En tanto que la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, el injusto es la misma conducta humana desvalorada. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cual ninguna ley penal o no penal reconoce el carácter de ejercicio de un derecho. A la conclusión de que una acción está prohibida como injusto penal se llega mediante dos juicios valorativos: (a) el de antinormatividad, que sólo tiene en cuenta las normas prohibitivas que se deducen de los tipos, conglobadas con las restantes normas del orden normativo (tipicidad); (b) pero como el orden jurídico se integra también con preceptos permisivos, que reconocen ejercicios de derechos, la antijuridicidad no afirma la prohibición justamente en estos últimos supuestos de ejercicios de derechos, o sea, cuando éstos consisten en la realización de una acción típica (Zaffaroni, 2002, p.590).

La definición de Zaffaroni es esencial para el desarrollo de una solución al presente fenómeno dado que el referido autor enfoca la antijuridicidad, desde el ámbito del injusto penal, es decir que para este autor constituye un hecho antijurídico aquello prohibido o permitido por el derecho penal, dígame aquella conducta vulnerada pero que está inserta de manera explícita en la legislación penal, sin ambigüedades, sin vaguedades, sin lagunas sino de manera explícita, situación que no se da en la legislación que regula el uso de armas de fuego en la República Dominicana, con relación a la relevancia punitiva las armas de fabricación casera.

Una visión que resulta interesante es la del destacado autor alemán Hans Welzel para quien la antijuridicidad es:

(...) es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada). En estas condiciones, por tanto, la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. De ahí que, por consiguiente, la antijuridicidad debe ser la misma en la totalidad del ordenamiento

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

jurídico, en tanto que existe un injusto específico, pero no una antijuridicidad específicamente jurídico-penal. El injusto es la misma forma antijurídica de la conducta. Conviene, desde este punto de vista, expresar que el tipo (como figura conceptual) no es antijurídico, ya que únicamente su realización puede ser antijurídica. Así pues, no hay tipos antijurídicos, sino solamente realizaciones antijurídicas del tipo (Welzel, 2004, p.75).

Definida la manera más escueta posible la antijuridicidad, se tratará de definir mediante el mismo ejercicio otro término que sin duda dará una correcta comprensión del fenómeno y no sólo una correcta comprensión, sino que ofrece una perspectiva diferente que pueden ofrecer soluciones eficaces para la oportuna solución a una problemática normativa tan compleja.

Abordado los elementos de la tipicidad y la antijuridicidad, “ocupémonos” ahora del concepto de legalidad. Para ello, a continuación, expondremos su definición desde la óptica de varios tratadistas, ello con la finalidad de definirlo de la manera más acabada posible a los fines de seguir construyendo el camino para poder dar solución al fenómeno tan complejo que estamos abordando. Cuestión similar a la anterior, se hará con el concepto de legalidad, o como diría la dogmática penal de avanzada “principio de legalidad”.

La Constitución Dominicana (2010) establece de manera clara el principio de legalidad en su artículo 40 numeral 13: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa”.

Evidentemente el legislador a sabiendas de que existen arbitrariedades por parte del Estado y en aras de garantizar los bienes jurídicos de la libertad personal y la integridad física de la persona, optó por colocar en la carta magna el principio rector de las agencias estatales que es el principio de legalidad.

Tomás Salvador Vives Antón con relación al referido principio establece lo siguiente:

Pues, en primer término, el principio de legalidad, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido (1), constituye la base de “la libertad de los modernos” (2), que descansa sobre la seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acción (3). Pero, además, es el de legalidad una suerte de “principio de principios”. De modo que, en tanto se afirma en las sociedades modernas la legalidad como una esfera pública Autónoma e independiente de la moralidad individual (4), el principio de legalidad comporta una delimitación de lo que puede llegar a prohibirse: bajo la vigencia del principio de legalidad no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de la prohibición, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad (Antón, 2011, p.1).

Si partimos de la perspectiva de Tomás Salvador Vives Antón, el principio de legalidad es la norma reguladora que constituye el catálogo que establece que puede ser y no puede ser perseguido por las agencias que ejecutan la

política criminal estatal, lo que se constituye en una garantía que regula las actuaciones del operador de justicia al momento de aplicar las sanciones que establece la norma. Es indispensable la existencia del principio de legalidad a los fines de garantizar la seguridad jurídica y el estado de derecho. Y de evitar fenómenos como el de objeto de estudio de este trabajo.

Con relación al último término, dígame la taxatividad, es preciso definirlo y establecer de acuerdo al pensamiento dogmático como servirá a los fines de brindar solución al fenómeno que estamos estudiando. La taxatividad es definida por el tribunal constitucional español en varias sentencias como:

“Principio jurídico que exige al legislador que las leyes penales describen de modo preciso y estricto las conductas delictivas. «El principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica [...] que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)» (STC (sentencia del Tribunal Constitucional) español 133/1987, 21-VII-1987).

En otra Sentencia el mismo tribunal ha manifestado con relación a la taxatividad que:

«El derecho a la legalidad penal [...] comprende [...] una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa)»

Solución sistemática o conglobada

Una vez vistas, así como descritas las figuras jurídicas con las cuales abordar el problema que presenta la ley de armas en la República Dominicana, en torno a las armas de fabricación casera; como al momento de promulgar la ley solo se describieron las normas que de manera general define el tipo, clasifican las armas de fuego y la sancionadora. Resulta evidente que, al no precisar el fenómeno social analizado, dicha problemática advierte falta de dinamismo de nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, se advierte que de la conglobación de las diferentes disposiciones normativas que respecto al porte, tenencia y fabricación de armas de fuego posee la Ley 631-16, bien se puede construir el tipo penal de “porte de arma de fuego de fabricación casera”, constituyendo la conducta contraria en una antijuridicidad, por lo que no se violenta el principio de clausura. Lo anterior no elimina la relevancia específica del fenómeno, máxime cuando en un proyecto anterior hasta término, conceptual se le otorgó. A sabiendas de que no es suficiente con solo definir esas figuras, dentro de un marco lógico operativo que haya sido establecido por la dogmática, se abordará de manera breve como la lógica de la acción, el correcto entendimiento de los elementos de la norma y las prescripciones, debido a que pueden ayudar al operador de justicia dominicano a dar luz al fenómeno. Este apartado será abordado bajo la influencia de la doctrina de Georg Henrik von Wright, una autoridad indiscutible en cuanto al estudio de la lógica deóntica.

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

La lógica de la acción o deóntica, los elementos de las normas y de las prescripciones (Von Wright)

Los capítulos I y II de la obra de Von Wright, condensan todo lo referente a la lógica deóntica, y es por ello que nos enfocaremos en esa parte de la obra de este autor. Para explicar las prescripciones Von Wright, parte del lenguaje operativo: en determinadas condiciones, implica realizar la acción a que esas palabras se refieren

A propósito del lenguaje operativo, es conveniente hacer énfasis en lo **prescriptivo o directivo**: Dirigir el comportamiento del otro. Inducirlo a que adopte un determinado curso de acción, se logre o no el propósito. No tiene sentido predicar que son verdaderas o falsa. No están destinadas a dar información respecto de la realidad. Las prescripciones están caracterizadas por una superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario. El emisor no supedita el cumplimiento de la prescripción a la voluntad del destinatario. Además de las órdenes y mandatos también pueden ser permisos o autorizaciones.

Un elemento de relevancia es el núcleo normativo: Es una estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otras normas, compuestas por: a.- **Carácter**: Está en función de que la norma es para que algo deba, no deba o pueda ser hecho, es decir: lo obligado, lo prohibido y permitido. En realidad, son los operadores deónticos. b.- **Contenido**: Es lo que una norma declara como lo prohibido, obligatorio o permitido. Además, las prescripciones deben tener los siguientes elementos: 1. Autoridad normativa. 2. Sujeto normativo y 3. La sanción.

Las prescripciones necesariamente deben tener **la ocasión de aplicación**, consistiendo en la localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la prescripción. Se puede verificar en: 1) Particulares: establece una ocasión determinada; 2) Conjuntivamente general: cuando se menciona una clase de situaciones en todas las cuales debe o puede realizarse el contenido y; 3) Disyuntivamente general: su contenido debe realizarse en alguna de una clase de ocasiones. Huelga manifestar que cuando una norma es general tanto respecto del sujeto normativo como de la ocasión, Von Wright le llama "**eminente general**", (Wright, 1970, p.p.97-98).

Para el análisis del fenómeno abordado, no debemos soslayar la **condición de aplicación**: Se refiere a la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de una norma.

Resulta evidente que, respecto al contenido genérico de las normas definitorias y clasificatorias de "armas de fuego" constituye una ocasión de aplicación eminentemente general. Como ejemplo, se puede decir que todo aquel que porte arma de fuego de uso civil de manera ilegal será castigado a la pena X, fulano posee un arma de fuego de manera ilegal, pues debe ser condenado a la pena X.

Por lo que sigue, es preciso hacer la relación silogística de un hecho cuya premisa fáctica sea que una persona fue detenida portando un arma de fuego de fabricación casera de las denominadas “Chagón o Chilena”, puede verse sencillo, pero las refutaciones respecto a las condiciones de aplicación, muy específicamente la condición hipotética de necesidad o posibilidad de que sea “de fabricación casera”, lo haría complejo; máxime cuando tendríamos el problema de “taxatividad de la norma penal”. La relevancia específica del arma de fabricación casera, viene dada por constituir un fenómeno de importancia punitiva. Se debe referencial que ese tipo de arma de manera frecuente, se usa para cometer concurso ideal, ideal-medial y real de infracciones criminales.

El análisis efectuado hasta el momento, no nos dispensa revisar algunos de los postulados de Hebert Hart. Tales como, **zona de penumbra, discrecionalidad y la unión de normas primarias y secundarias de Herbert Hart**. El caso objeto de estudio, se puede analizar bajo la visión del autor inglés Herbert Hart. Como es sabido este autor define el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. También se conoce que, Hart sostiene que en un sistema jurídico según el intérprete puede haber un caso simple o claro, pero también un caso oscuro o con zona de penumbra.

Visto lo anterior Hart establece que:

(...) De aquí que la forma típica, incluso de una ley criminal (que de todas las variedades de normas jurídicas es la que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas), es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescripto. Las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan aquí un lugar secundario: si las directivas primarias generales no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordárselas y exigirle que las acate, tal como hace un inspector de impuestos, o la desobediencia puede identificarse y documentarse oficialmente, y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal.

Por lo tanto, en forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son generales. (...) (Hart, 2003, pág. p.27).

Al analizar los postulados de Hart, a propósito de la relación entre la autoridad normativa (quien dicta la ley) y el destinatario (quien debe cumplirla o aplicarla), se entiende que, en el caso del juez, debe interpretar la norma para su efectiva aplicación.

Resulta necesario manifestar que cuando el destinatario sea cualquier ciudadano, en el ámbito penal, con relación al funcionamiento de la norma punitiva y la obligación del agente *activo* (*quien comete la acción delictiva*) El juez, al castigar, toma reglas como guía y la transgresión como la razón y justificación del castigo al agresor.

■ Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

Asimismo, el juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el status de ella como guía y justificación es esencial. Así, decidimos que censuramos o castigamos a un hombre porque ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos. Sin embargo, algunos de los críticos que han insistido en estas obligaciones a la aplicación predictiva confiesan que hay aquí algo oscuro; algo que se resiste al análisis en términos fácticos, claros y rigurosos.

El juez al decidir casos fáciles no tiene mayores dificultades e incertidumbres, sin embargo, en ocasiones tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes sobre la que “expresa” un precedente. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla. Siempre hay penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.

Lo anterior hace oportuno revisar las categorías de “casos difíciles de Ronald Dworkin” y lo relativo a “la justificación interna y externa en Robert Alexy y Jersy Wroblewski”, con la intención de arribar a una solución integral de la problemática central de nuestra reflexión.

Los casos difíciles, justificación interna y externa (Dworkin, Alexy y Wroblewski)

Dworkin sostiene que: los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial. Dworkin propone un modelo de juez omnisciente –el célebre Hércules- que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente. Pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente (Dworkin, 1989, p.p.13-14).

Se conoce que en los postulados de Dworkin, cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios no son pseudo reglas.

En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

La Ley 631-16, contiene un catálogo de principios que bien pueden combinarse con principios generales del derecho para que, combinado con las demás reglas, facilite la solución al fenómeno social del porte de arma de fuego de fabricación casera. A propósito de solución, la misma debe ser como resultado de un proceso hermenéutico, por lo que resulta relevante lo que plantea en siguiente autor respecto a los tipos de decisiones jurídicas.

Wroblewski distingue tres tipos de decisiones jurídicas que merecen ser justificadas, las cuales son: “las decisiones de quien hace el derecho, las decisiones interpretativas y las decisiones de aplicación del derecho” lo que corresponde con las decisiones del legislador, de todo aquel que interpreta el derecho y finalmente el juez. Al mencionar que tales decisiones han de ser justificadas se afirma necesariamente que tales no pueden ser tomadas arbitrariamente, sino todo lo contrario, las tres decisiones deben de ser racionales -entendida la racionalidad como aquello basado en un determinado conocimiento y determinadas valoraciones. Después de esto, se distinguen dos tipos de justificaciones que han de tener las decisiones jurídicas y dos herramientas usadas para justificarlas; los tipos de justificación son la interna y la externa de cada una de las decisiones jurídicas y los métodos para alcanzarlas son la lógica formal y/o la lógica informal.

La justificación interna o in-justificación consiste en la validez de un silogismo que será lo fundamental para cada decisión judicial, es decir, consiste en determinar si la conclusión es inferida correctamente de las premisas; para esta justificación la validez de las premisas no importa, ya que se da por verdadera.

(...) La justificación externa (a la que de aquí en adelante nos referiremos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar IN-justificada pero no tener la EX-justificación, si p.ej. los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión (Wróblewski, 2008, p.13).

Lo que establece Wróblewski, resulta ser contrario a lo que al respecto señala Norberto Bobbio, quien dice que las normas pueden ser justas, validas, eficaces o sus contrarios.

Para el autor Alemán Robert Alexy “*en la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas*” (Alexy, 1997, p.333). Alexy ofrece fundamento a la justificación mediante reglas universales requerida por el principio de universalidad, el cual sirve como base al principio de justicia formal. Debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones

Respecto a la **justificación interna** Alexy establece:

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser distintas. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo. Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico (Alexy, 1997, p.306).

Resulta evidente que, acudiendo a la aplicación sistemática y funcional de los diferentes tipos de normas del ordenamiento jurídico, se justifica interna y externamente un caso en el que se verifique, una conducta del porte de arma de fuego de fabricación casera. Como ya vimos de constituir un caso difícil o no dependerá del intérprete.

Los problemas de la interpretación (MacCormick)

El autor Neil MacCormick parte de considerar que, “al menos, en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo. (Premisa Normativa: Quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y; Premisa Fáctica: X ha cometido un acto de la clase C; Conclusión: por tanto, X debe ser condenado a la pena Y). Así, MacCormick acepta que una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición, pero no suficiente, para la segunda (Sánchez, 2009 p.p.99-134).

La argumentación deductiva de un caso puede aplicarse en un caso fácil. Sin embargo, a los juristas se les presentan también casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, según se trate de problemas: a) de interpretación; b) de relevancia; c) de prueba o d) de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica.

Existe en la premisa normativa un problema de interpretación cuando hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, ya que puede presentar o admitir más de una interpretación. Otro tipo de problema lo constituye el de calificación, se plantea cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

Para MacCormick una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo. MacCormick considera que la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista. Un argumento consecuencialista implica que la decisión adoptada por el juez sea consciente de las consecuencias que va a generar, ya que ésta necesariamente se inserta en el complejo tejido de una sociedad.

El contenido del párrafo anterior desvela la relevancia o significancia del fenómeno analizado. Para dicha relevancia, se puede tomar en consideración la norma heterónoma de alcance general y particular, como así estaba concebido en el proyecto de ley enviado desde la Cámara de Diputados hacia la Cámara del Senado, mediante el oficio 00473, de fecha 20 de julio del año 2015.

Conclusión

Mediante la combinación de las diferentes normas, se puede arribar a la sostenibilidad epistemológica de una conducta prohibida. Se observa que, se podría establecer el tipo penal, ya que existe una norma que establece el género “armas de fuego”, otra que establece la clasificación de armas, otra que establece el porte y tenencia de armas de fuego de manera ilegal y otra que establece el *quantum punitivo*. Resulta fácil inferir que mediante el carácter axiológico, y teleológico del objeto, objetivos y principios (ver artículos 1 y 2 de la Ley No. 631-16) el deseo del legislador es disminuir o erradicar el uso de armas de fuego en la población civil.

Huelga manifestar que, haciendo un uso sistemático de las diferentes normas, no se acudirá a interpretación analógica o extensiva en mala parte (ver artículo 25 del Código Procesal Penal). Mediante una hermenéutica exhaustiva, bajo la combinación literal, sistemática y teleológica, se puede llegar a la conclusión de que existe el mandato deóntico de prohibición “portar, tener o fabricar cualquier arma de fuego de manera ilegal”. El paso obligado subsecuente a la formación de la duda es la interpretación de la norma en función de: a) su sentido gramatical; b) el contexto del sistema al que pertenece la norma y; c) el contexto histórico en el que se creó la norma.

En abono a lo anterior, mediante un argumento “*a fortiori*”, se puede hacer el siguiente razonamiento: “Si está prohibido portar, tener o fabricar de manera ilegal arma de fuego de fabricación genuina, con mucha más razón estaría prohibido portar arma de fuego de fabricación casera o rudimentaria. Resulta pertinente resaltar, el conocimiento que se tiene respecto a que, este tipo de arma se usa para cometer concurso ideal, ideal-medial y real de infracciones”. Como ejemplo se puede ilustrar con el contenido del artículo 66, en los párrafos del II al V, a saber:

párrafo II.- Cualquier persona física que le quite la vida a otra para cometer robo con violencia, poseyendo un arma de fuego ilegal, será castigada con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de privación de libertad.

Párrafo III.- Cualquier persona física que para cometer robo use un arma de fuego ilegal y con esta provoque heridas que causen lesión permanente, será sancionado con una pena de veinte (20) a treinta (30) años de privación de libertad. En caso de que las heridas no causen lesión permanente se impondrá la pena de quince (15) a veinte (20) años de privación de libertad. Párrafo IV.- Cualquier persona física que usará un arma de fuego ilegal, cual sea su naturaleza, para llevar a cabo un secuestro será sancionada con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de privación de libertad. Párrafo V.- Las personas que formen una asociación de

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

malhechores y en la misma sean utilizadas armas de fuego ilegales, cual sea su naturaleza, serán sancionadas con penas de veinte (20) a treinta (30) años de privación de libertad.

Un fenómeno adquiere relevancia, y así debe dársele un tratamiento punitivo especial o individual, de acuerdo a su comportamiento social; comportamiento que puede ser positivo o negativo. En el caso del fenómeno abordado, es evidente que su comportamiento ha sido progresivamente negativo, basado en que no solo se afecta un bien jurídico de lesividad al Estado, sino que también se usa como medio para afectar bienes jurídicos de mayor grado de lesividad social, ya sea en contra de la persona y la propiedad. Por lo que, bien se puede otorgar la relevancia legislativa que socialmente ha alcanzado, mediante el tratamiento punitivo que provoque mayor grado de efecto disuasorio.

Como colofón, se advierte que, si bien con la combinación sistematizada de las diferentes normas, se puede construir el tipo, también se debe considerar la relevancia que, por la fenomenología jurídica, posee histórica y socialmente el fenómeno “arma de fuego de fabricación casera”. Resulta evidente su relevancia específica, ya que mediante definición conceptual nominal o real, no habría la necesidad de colocar el término “ilegal”, debido a que razonablemente nunca adquiriría la condición contraria.

Bibliografía

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid:Suhrkamp.
- Anton, T. S. (2011). Principios Penales y Dogmática Penal Estudios sobre el código penal español de 1995 (parte general). *Derecho y Cambio Social*, 1-35.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho*. Bogota: Temis.
- Constitución Dominicana. (2010). *Constitución Política de la República Dominicana*. Santo Domingo de Guzmán: Congreso Nacional.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio (Trad. Marta Guastavino)*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Hart, H. L. (2003). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Puig, S. M. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: TECFOTO.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: Gráficas Rogar, S. A.
- Sánchez, O. V. (2009). De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 99-134.
- STC/133/1987 (Sentencia Tribunal Constitucional español de de 1987).
- VILLANUEVA, R. P. (2004). *Teoría del Delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Welzel, H. (1964). El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas por José Cerezo Mir, editorial IBdef Montevideo-Buenos Aires 2004: Ariel.
- Wright, G. H. (1970). *Norma y Acción Una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecno S.A.
- Wróblewski, J. (2008). *Justificación de Las Decisiones Jurídicas Sentido y Hecho en El Derecho*. México. DF: Fontamara.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

RESPONSABILIDAD Y DERECHO DEL CONSUMO: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. ASPECTOS DEL DERECHO FRANCÉS¹

Julien Couard

Universidad de Toulon, Francia

jcouard@yahoo.fr

Cómo citar: Couard, J, (2019). Responsabilidad y derecho del consumo: la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Aspectos del derecho francés. En: Congreso Internacional Responsabilidad Civil: Retos y tendencias actuales. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 75-78. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

Recensión

El desarrollo del derecho del consumo por la ley o la jurisprudencia, a partir del decenio de 1980, aumentó significadamente las posibilidades de responsabilidad de los profesionales. Así, por ejemplo, surgió la responsabilidad del profesional en materia alimentaria, bancaria, inmobiliaria, de información, de advertencia, de sobreendeudamiento etc.

En Francia, este régimen constituye una excepción a la tendencia más global a la especialización del derecho del consumo. De conformidad con los actuales artículos 1245 y siguientes del Código Civil francés relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, los productores son responsables de estos productos en todas situaciones, con o sin contratos, cuando el producto ha causado daños personales o materiales. Es decir que, tenemos aquí un régimen de responsabilidad por determinación de la ley que no se refiera a la distinción

clásica entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Esta evolución de la legislación francesa viene de la transposición de la Directiva (85/374/CEE) del 25 de julio de 1985 por la ley del 19 de mayo de 1998. De hecho, fue condenada en 1993 por incumplimiento de sus obligaciones. ¿Por qué esta resistencia del legislador y su respuesta tardía para transponer la directiva? Tenemos dos razones: Primero, el sentimiento de buena aplicación del derecho existente. La certeza del carácter perfecto de las disposiciones del Código de 1804, adecuadas para regir todas las situaciones particulares. Segundo, más prosaico, la presión de los industriales para conservar un régimen que era favorable para ellos.

Así, en caso de daño nacido del defecto de un producto, distinguimos dos situaciones:

1. La víctima disponiendo de un contrato con el productor o el vendedor, podía actuar con arreglo a las disposiciones sobre la garantía del vicio oculto, dicho de otro modo,

¹ Extracto de ponencia realizada en: Congreso Internacional Responsabilidad Civil: Retos y Tendencias Actuales, organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana.

por defectos latentes, mientras que no era su finalidad (que es de remediar a falta de utilidad de la cosa vendida). Debía pues, producir la existencia del vicio y de su carácter oculto o latente: «probatio diabólica» porque a menudo es imposible de practicar.

2. La víctima no disponiendo de un contrato, debía actuar con arreglo a las disposiciones sobre la responsabilidad extracontractual, sea clásica, con el problema de la prueba de la falta del productor o del vendedor quasi imposible de practicar, sea a causa de las cosas de las que se tiene a la guarda, eficiente porque no es necesario probar una falta sino la guarda de la cosa por la víctima.

I. Un reto: el ámbito de aplicación muy general

El artículo 1245 del Código Civil francés dispone que «El productor se responsabilizará del daño causado por un defecto de su producto, esté o no vinculado a la víctima por un contrato». Así podemos ver que este texto que introduce la responsabilidad derivada de productos defectuosos es de aplicación muy general en cuanto a los orígenes del daño (A) y en cuanto a las personas concernidas (B).

- » A. En cuanto a los orígenes del daño

La primera condición de aplicación de la ley es que el daño invocado tiene su origen en el defecto de un producto puesto en circulación, lo que conduce a estudiar primero el concepto de producto puesto en circulación (1) y luego, el concepto de defecto (2).

- » 1) El concepto de producto puesto en circulación

El concepto de producto puesto en circulación pone en tela de juicio el significado preciso de las nociones de producto (a) y de puesta en circulación (b).

El producto

El artículo 1245-2 del Código Civil afirma que «se entiende por producto cualquier bien mueble, aunque esté incorporado a un inmueble, con inclusión de los productos de la tierra, la ganadería, la caza y la pesca». Añade que «la electricidad se considerará un producto». Es decir que, la noción de producto aquí es muy larga: solo los edificios escapan el texto; por analogía o referencia a otros textos, los productos del cuerpo humano, los gases, los medicamentos son productos. Por otra parte, los medicamentos representan un problema a causa del tiempo, a veces muy largo entre el momento del consumo y el daño que, además, puede producirse sobre otra persona como, por ejemplo, los niños.

La puesta en circulación

La puesta en circulación se entiende cuando el productor se haya desprendido de su producto voluntariamente. La ley establece que un producto solo puede ser objeto de una única puesta en circulación.

El desapoderamiento del producto debe tener como finalidad la venta o cualquier otra forma de distribución. Es decir que el productor no asume la responsabilidad en cuanto a los productos que todavía son bajo su control y no ofrecidos para la venta. No asume también el defecto de un producto robado ni transmitido a fines de ensayo, de estudio (como prototipos, moldes o modelos) o de destrucción (si son desechos o residuos por ejemplo).

La puesta en circulación constituye realmente el hecho generador de la responsabilidad. Es a partir de ella que corre el plazo de prescripción de la responsabilidad. No obstante, el texto existente no resuelve totalmente ciertos problemas.

- » 2) El concepto de defecto

El segundo criterio de la responsabilidad por los daños causados por productos, depende del concepto de defecto del producto.

Según la ley (art. 1245-3), un producto será defectuoso «cuando no ofrezca la seguridad

que quepa legítimamente esperar de él». «En la apreciación de la seguridad que quepa legítimamente esperar deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias y, en particular, la presentación del producto, el uso que pueda esperarse razonablemente de él y el momento de su puesta en circulación».

Es importante destacar que es al «momento de su puesta en circulación» que se considerará el defecto. El defecto posterior no será considerado (art. 1245-10, 2°), como no serán considerados el uso no previsible normalmente del producto al momento de su puesta en circulación (art. 1245-3 al. 2) ni «el estado de los conocimientos científicos y técnicos» (art. 1245-10, 4°) posteriores a la puesta en circulación.

Estas condiciones relativas al origen del daño son objetivas. Pero, la buena aplicación de la ley necesita interesarse a las personas.

» B. En cuanto a las personas

En cuanto a las personas, hay que distinguir entre el productor y la víctima, que son los dos protagonistas del régimen de responsabilidad estudiado.

» 1) El concepto del productor

Con la definición del producto, podemos ver la evidente y estrecha referencia de la ley con el derecho del consumo. En efecto (art. 1245-5), «son productores, cuando actúen a título profesional, el fabricante de un producto acabado, el productor de una materia prima y el fabricante de un componente». A los efectos de la aplicación del texto, el legislador precisa que «se asimila a un productor a cualquier persona que, actuando a título profesional: 1° Se presente como productor estampando su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto; 2° Importe un producto a la Comunidad Europea con la intención de venderlo, alquilarlo, con o sin pacto de venta, o distribuirlo de cualquier otra forma».

Sin embargo no se considerarán productores, el vendedor de un inmueble por construir o el constructor de un edificio (art. 1792-1).

» 2) El concepto de víctima

La ley no define a la víctima pero la interpretación de sus diferentes artículos conduce a considerar como víctima, toda persona natural o jurídica que sufra un daño en su ser o en sus bienes, a excepción del productor mismo. Así, un profesional puede ser una víctima, como un consumidor. Recordemos que ninguna importancia tiene la existencia de un contrato entre el productor y la víctima.

II. Una tendencia: la indemnización del usuario

Esa tendencia exige de considerar la aplicación del régimen de responsabilidad en cuanto a la víctima (A) y en cuanto a los responsables (B).

» A. La ejecución en cuanto a la víctima

En cuanto a la víctima, es necesario tratar los plazos por la presentación de demandas (1) y de la carga de la prueba (2).

» 1) Los plazos de presentación de demandas

La ley establece un dispositivo original para actuar, con dos plazos de prescripción que se aplican simultáneamente. Así, la responsabilidad se extinguirá a los diez años de la puesta en circulación del producto que hubiese causado el daño (art. 1245-15). Y en este período, la acción de reparación prescribirá en un plazo de tres años tras la fecha en que el demandante hubiese tenido o debiese haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.

» 2) La carga de la prueba

Según la ley (art. 1245-8), «el demandante deberá probar el daño, el defecto y el vínculo de causalidad entre el defecto y el daño».

Tipo de daño y tipo de reparación

El daño se irroga a alguien o a algo, a una persona o a sus bienes. Pues, puede ser corporal,

moral, material o no, económico: en este sentido, el ámbito de aplicación de la ley es muy amplia. Si embargo, la ley no prevé nada a propósito del modo de reparación. Por analogía con el régimen general, la indemnización consiste normalmente en el pago de una suma de dinero.

Si la víctima debe probar el defecto del producto, no tiene que probar la falta del productor. Tratándose de un hecho, la prueba se hace por cualquier medio.

En cuanto al vínculo de causalidad entre el daño y el defecto, se remite a la posibilidad para el juez, de designar a un experto y, para el productor, a las causas de exoneraciones previstas por la ley.

» B. La ejecución en cuanto a los responsables

En efecto, el productor es responsable de pleno derecho. Por ejemplo en caso de daño causado por el defecto de un producto incorporado a otro, se responsabilizará con carácter solidario el productor del componente y el que hubiese realizado la incorporación (art. 1245-7). La víctima puede también prevalerse de la responsabilidad derivada de productos defectuosos y de la responsabilidad contractual o extracontractual: es posible la acumulación (art. 1245-17).

Por último, «se prohíben las cláusulas destinadas a descartar o limitar la responsabilidad derivada de los productos defectuosos, que se tendrán por no puestas» (art. 1245-14). Pero, la responsabilidad del productor puede reducirse o suprimirse según causas generales (1) o específicas (2) de exoneración.

» 1) Las causas generales de exoneración

La ley establece que la responsabilidad del productor podrá reducirse o suprimirse, teniendo en cuenta todas las circunstancias, cuando el daño hubiese sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la falta de la víctima o de una persona de la que esta sea responsable (art.1245-12).

Sin embargo, «la responsabilidad del productor ante la víctima no se verá reducida por el hecho de que un tercero hubiese concurrido a la realización del daño» (art. 1245-13).

» 2) Las causas específicas de exoneración

El productor no se responsabilizará de pleno derecho si demuestra (art. 1245-10):

- 1° Que no había puesto el producto en circulación (que es la hipótesis del robo en la fábrica o en la tienda, por ejemplo);
- 2° Que el defecto causante del daño no existía en el momento en que puso el producto en circulación, o que dicho defecto nació posteriormente;
- 3° Que el producto no estaba destinado a la venta o a cualquier otra forma de distribución;
- 4° Que, en el momento en que puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía la detección del defecto (tenemos aquí un terreno fértil para el juez en cuanto a su evaluación del estado de los conocimientos en un momento determinado);
- 5° Que el defecto se debía a la conformidad del producto con normas imperativas de carácter legislativo o reglamentario.

Conclusión

Para concluir, podemos decir que tenemos un régimen equilibrado entre los intereses de seguridad jurídica del productor y de protección e indemnización de los usuarios de productos que permitió librarse de las dudas nacidas con el tiempo a propósito de los textos originales del Código Civil, pero sin abolirlos porque todavía tienen toda su utilidad. Y es interesante constatar que el proyecto de reforma sobre la responsabilidad no prevé modificaciones en cuanto a la responsabilidad derivada de productos defectuosos.



*“Actualmente la
Escuela
Nacional de la
Judicatura
está dando
pasos hacia el
fortalecimiento de
la virtualización”*

Entrevista a: Darriel A. Suárez Adames

Darriel A. Suárez Adames (Santiago de los Caballeros, 1982) es el director de la Escuela Nacional de la Judicatura desde julio de 2019. Doctor en Derecho, profesor universitario, especializado en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, en Regulación del Mercado y Derecho de la Empresa.

En esta entrevista, Suárez nos introduce en su preparación académica previo a asumir la dirección de la ENJ. Habla de la visión y retos que enfrenta la institución de cara a fortalecer la justicia dominicana. Admite la necesidad de contar con un perfil docente que asuma la tecnología y la formación por competencias, pero deja claro que: *“La tecnología no sustituye al docente; lo que hace es cambiar su rol”*. Responde a nuestras preguntas sobre la investigación realizada en el marco de su tesis doctoral titulada: *“Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones: la experiencia de la República Dominicana”*.

Sj ¿Qué experiencias considera usted fueron determinantes en su vida para decidir incursionar en la rama del derecho?

DS Provengo de una familia en la que el Derecho ha tenido una influencia importante. Mi padre, con mucho esfuerzo y sacrificio, se graduó de licenciado en derecho de la entonces Universidad Católica Madre y Maestra (UCMM), en Santiago. Luego de él, mi madre, que era primero enfermera, se hizo abogada. Después les seguimos mis dos hermanos y yo y también 3 de los hermanos de mi padre. En algún momento pensé en estudiar otra carrera; pero ese deseo duró muy poco tiempo. La integridad y el ejercicio ejemplar de mi padre creo que ha sido una gran motivación para todos nosotros y una importante fuente de inspiración para encontrar nuestra vocación en esta carrera.

Sj ¿Cuáles han sido las lecturas que han influenciado su pensamiento y su quehacer jurídico?

DS En mis estudios de grado, me marcaron especialmente algunos libros de Filosofía del Derecho; por citar dos que creo marcaron mi manera de concebir el Derecho: “Teoría pura del Derecho”, de Hans Kelsen y “Derecho Natural”, de Antonio Fernández-Galiano.

En los estudios de máster y de doctorado han influenciado en mi, los libros de derecho administrativo y de la regulación, así como los relacionados con el derecho y la tecnología. Por citar algunos: “Derecho administrativo económico”, “Telecomunicaciones: regulación y mercado” y “Servicios de interés económico general”, de José Carlos Laguna de Paz; “Principios de derecho administrativo”, de Juan Alfonso Santamaría Pastor; “Introducción al derecho administrativo”, de José Luis Martínez López-Muñiz; “Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica”, de José

Luis Piñar Mañas y “Principios de derecho de Internet”, de Pablo García Mexía.

También otras obras no jurídicas. Destaco, por ejemplo, dos: “El discurso del método”, de René Descartes y “El arte de la prudencia”, de Baltasar Gracián. Me resulta sorprendente cómo obras de hace casi 400 años (de 1637 y 1647, respectivamente) conservan tanta actualidad. A pesar de los avances de la ciencia y la tecnología, ¡cuán poco hemos cambiado los seres humanos, sujetos del Derecho!

Sj En el año 2017, usted presentó en la Universidad de Valladolid, España, su tesis doctoral titulada “Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones: la experiencia de la República Dominicana”. ¿Cuáles fueron las motivaciones para elegir esta área de estudio?

DS He estado estudiando el tema de la regulación del sector de las telecomunicaciones desde el año 2005, cuando realicé mi primer máster en la Universidad Carlos III de Madrid. Posteriormente, a partir del año 2007, cuando emprendí mi labor docente universitaria, inicié impartiendo la asignatura de Derecho de las Telecomunicaciones, entre otras. En 2013 realicé un segundo Máster, esta vez en la Universidad de Valladolid. Allí conocí al Dr. José Carlos Laguna de Paz, Catedrático de Derecho Administrativo y autor, entre otros, del libro “Telecomunicaciones: regulación y mercado” (2004 y 2010), así como de múltiples artículos relacionados con el tema de la regulación y, particularmente, del sector de las telecomunicaciones. Tuve el honor de que el profesor Laguna fuera el director de mi tesis doctoral.

Fue, pues, una dicha entrar en contacto con una autoridad en la materia. Y me pareció importante aprovechar su experiencia para trabajar la tesis sobre la

regulación de este sector en la República Dominicana; en mi caso, implicaba cerrar una etapa iniciada en el 2005. Tuve la oportunidad de abordar el tema desde una perspectiva holística, desde las categorías del derecho administrativo, que es el derecho que hay detrás de la regulación.

Sj Siguiendo por esa línea, ¿por qué es importante la investigación que realizó?

DS El tema tiene importancia porque el sector de las telecomunicaciones es fundamental para el desarrollo de nuestras sociedades actualmente; y el uso de las técnicas de regulación correctas incide en el desarrollo del mercado y en una mejor prestación de estos servicios de interés general a los ciudadanos. En el caso de la República Dominicana, luego de más de 20 años de vigencia de una ley que pretendió liberalizar el sector, analizamos las categorías jurídicas que hay detrás e hicimos una propuesta de orden de las mismas en nuestra tesis.

Lo más importante de la tesis fue el estudio de las categorías jurídicas que hay detrás de la regulación del sector de las telecomunicaciones; el haber podido evidenciar incoherencias en el ordenamiento jurídico dominicano en relación con la aplicación de dichas categorías al sector. Y la apelación a la construcción de un derecho administrativo en el que se consoliden los instrumentos de intervención pública. Además, la tesis hace un análisis histórico del sector, desde las primeras regulaciones hasta nuestros días.

«Las telecomunicaciones son hoy en día esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales y para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos»

Sj Entonces, ¿cuáles fueron sus conclusiones?

DS De manera sucinta, las siguientes: 1) que continúa siendo una tarea pendiente la efectiva liberalización de las telecomunicaciones en el país; 2) que el ordenamiento jurídico dominicano no es claro en relación con la naturaleza jurídica de los servicios de telecomunicaciones ni hace un uso correcto de los títulos habilitantes para la regulación; razón por la cual se hace necesaria la consolidación de los instrumentos de intervención para tener un ordenamiento más coherente; 3) que es necesario fortalecer el servicio universal de las telecomunicaciones; que los impuestos que se pagan por los servicios de telecomunicaciones deben contribuir de manera más efectiva al acceso de las personas a estos servicios, esenciales para su desarrollo. 4) que es destacable el rol del INDOTEL desde su creación en el 1998, debiéndose fortalecer su independencia y neutralidad.

La tesis está disponible en el Repositorio Documental de la Universidad de Valladolid, en este enlace: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/29503>

Sj En estas conclusiones usted advierte la necesidad de un ordenamiento jurídico que proteja los derechos de los ciudadanos. En ese aspecto, ¿cómo ve el panorama actual en la República Dominicana?

DS Las telecomunicaciones son hoy en día esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales y para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Uno de los fines de la regulación es garantizar la efectiva prestación de este tipo de servicios y el efectivo respeto de los derechos de las personas. Al mismo tiempo, la regulación debe permitir la existencia de competencia (y, en algún caso, fomentarla) y tener en

cuenta el incentivo de nuevas inversiones, las cuales son fundamentales para mantener servicios de calidad.

El INDOTEL aprobó en el 2017 el “Reglamento sobre los derechos y obligaciones de los usuarios y prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones” y en el 2018 la “Carta de derechos y deberes de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones”, documentos que reflejan el compromiso del órgano regulador de fortalecer los derechos de los usuarios de los servicios de las telecomunicaciones. Evidentemente que estos instrumentos no son suficientes; se hace necesaria una adecuada vigilancia para el respeto efectivo de estos derechos. Y esta es una tarea permanente.

Sj **Por otro lado, ya hablando de los retos que plantea el uso del Internet, en donde uno de los elementos que genera más preocupación es el tema de la seguridad en el manejo de las informaciones personales, de ahí la existencia en nuestro país de la Ley 53-07 sobre Delitos de Alta Tecnología. ¿Considera que la indicada ley ha cumplido o no los objetivos por los que fue promulgada? ¿Qué sería necesario para combatir este tipo de delitos en materia de legislación?**

DS Bien es sabido que la sola adopción de una ley, por sí misma, no garantiza su cumplimiento y la consecución de los objetivos que persigue. La Ley 53-07 significó un paso importante para la prevención y sanción de los ciberdelitos, particularmente en un país cuyo Código Penal permanece anclado al 1884, año de su promulgación. Vista en perspectiva, significó un paso importante de avance para la persecución de los delitos cometidos a través de medios tecnológicos. 12 años después, en una sociedad cada vez más digitalizada, se impone su revisión para su adecuación a un nuevo entorno y una

nueva realidad. ¿Si todo es cada vez más digital, cómo no habrá de serlo también la delincuencia?

Deseable sería la aprobación de un nuevo código penal dominicano y la inclusión dentro del mismo de los delitos tipificados en la legislación sobre delitos de alta tecnología. Hay que enfrentar nuestro serio problema de dispersión normativa. Luego de la Ley 53-07, otras leyes han tipificado y establecido sanciones penales a conductas realizadas a través de medios electrónicos, relacionadas con la protección de las informaciones personales. Por ejemplo, la Ley 172-13, de protección de datos personales y la Ley 310-14, que regula el envío de SPAM.

Como diría Descartes: “las muchas leyes suelen servir de excusa para los vicios, de modo que un Estado está mucho mejor reglado cuando tiene muy pocas pero son rigurosamente observadas [...]”.

«La tecnología no sustituye al docente; lo que hace es cambiar su rol»

Sj **Pasando a la formación de los operadores de la justicia, en donde la Escuela ha tenido un rol importante, especialmente en la incorporación del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), en los procesos de enseñanza-aprendizaje. ¿En cuáles innovaciones ha pensado usted para fortalecer su modelo educativo?**

DS Sin dudas, la ENJ es un referente de calidad en el ámbito educativo, pionera en la implementación de la tecnología en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Al momento de esta entrevista, la institución se encuentra trabajando en su Plan Estratégico para los próximos 5 años, enmarcado dentro de la transformación

que se llevará a cabo en el Poder Judicial dominicano bajo el liderazgo del Magistrado Presidente Luis Henry Molina Peña.

Para esta transformación, esta nueva visión de la justicia, se requiere una nueva Escuela, que re-evoluciona y que está llamada a fungir como agente y motor de cambio. Y este cambio pasa, sin dudas, por la innovación a través de la tecnología. Aunque la tecnología es un medio y no un fin en sí misma, no es cualquier medio. Es uno que ha transformado la sociedad y, particularmente la educación, la forma como aprendemos y enseñamos en todo el mundo.

Lo que pensamos hacer, junto al excelente equipo que conforma la institución, es potenciar la Escuela, ayudando a que su formación llegue más y mejor a todo el país y el mundo; principalmente a su público: jueces y servidores judiciales, pero expandiéndose también a la comunidad jurídica nacional e internacional.

La ENJ está llamada a seguir siendo referente en innovación y calidad académica, centro de pensamiento, espacio de debate, abierta, accesible, participativa y moderna. En el plano pedagógico, se está preparando para fortalecer la enseñanza por competencias, implementando estrategias de aprendizaje centrado en la práctica y de aula invertida, apoyándose en la tecnología como medio para la innovación constante.

Actualmente la ENJ está dando pasos hacia el fortalecimiento de la virtualización. A título de ejemplo, destacamos que la ENJ está preparando sus primeros cursos MOOC que esperamos puedan ser puestos a disposición del público próximamente a través de las más importantes plataformas de cursos. Además, la Escuela ya inició la realización de webinars que permitirán, igualmente, acercar la formación a toda la comunidad jurídica; y actualmente está actualizando su plataforma a la última versión de Moodle, cuyas mejoras permitirán

fortalecer la enseñanza semipresencial (B-learning) y completamente virtual.

Sj Para lograr estas innovaciones ¿sería necesario o no replantearse los criterios o el perfil del docente?

DS La formación por competencias y el uso de la tecnología conllevan la asunción por los docentes, de un nuevo rol. La tecnología no sustituye al docente; lo que hace es cambiar su rol. Ya el docente no tiene, como antes, el monopolio del saber. Es, más bien, un facilitador del aprendizaje; un intermediario entre el conocimiento y aquel que quiere aprender (discente). Y claro que sí, que se necesita un nuevo perfil de docente. De nada sirve cambiar los programas e implementar tecnologías que faciliten y acerquen el aprendizaje, si los docentes no asumen adecuadamente sus roles. No hay revolución educativa sin buenos docentes.

Sj Ya para finalizar esta entrevista, cuando hablamos de formación en el área de las telecomunicaciones ¿considera usted que se necesita la incorporación de cursos, talleres o alguna especialización a través de la ENJ?

DS La oferta de la Escuela Nacional de la Judicatura está llamada a renovarse constantemente y a responder a las necesidades de los jueces y juezas, así como de los servidores del Poder Judicial. En el pasado, han sido importantes los cursos de la Escuela sobre el tema de la regulación de las telecomunicaciones. A título de ejemplo, cabe recordar el curso virtual impartido por el profesor José María Chillón Medina, que dio lugar a la obra “Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información”, realizada en conjunto con el INDOTEL. Actualmente, sin dudas, es importante incrementar las capacitaciones relacionadas con el impacto que ha tenido la tecnología sobre el Derecho.