



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

# Biblioteca Básica del Juez de Paz

Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura

PARTE GENERAL

1

Versión gratuita



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

# Biblioteca Básica del Juez de Paz

---

**Autor:**

Víctor José Castellanos Estrella

**Coautores:**

Esthel Evangelista Díaz Díaz, Miguel Ángel Díaz Villalona, Radhar Coronado, Esther Reyes Aracena, Mayra Cabral, Jhonathan Baró, Xiomara Silva, Elka Reyes, Ismael Nehemías Ramírez Santana, Kenya Scarlett Romero S., Rosaly Y. Stefani Brito, Nelson Eddy Romero Alba, Zuleyca Jocabeb Castillo Peña, Amauri Marcos Martínez Abreu, Darío Gómez Herrera, Fanny Martich Báez, Carlos Augusto Suero Peralta, Ana Magnolia Méndez Cabrera, José Manuel Méndez Cabrera, Octavio Augusto Mata Upia, Katty Alexandra Soler Báez, Natali Moya Estrella, Patricia Yone Rocha, Tania Indira Gómez Rodríguez, Nidia Victoria Jorge Taveras, Leidilyn Ana Rosario Gutiérrez, Yumiris Tuitt Santana, Vladimir Marx Rosario, Berenice Altagracia Núñez, Alicia Mabel Guzmán Bencosme

---

**Segunda Edición  
2019**

# **Biblioteca Básica del Juez de Paz**

**2da Edición 2019**

**Autores 1ra. ed. 2001**

**Autor:** Víctor José Castellanos Estrella

**Actualización 2da. ed. 2019:**

Víctor José Castellanos Estrella, Esthel Evangelista Díaz Díaz, Miguel Ángel Díaz Villalona, Radhar Coronado, Esther Reyes Aracena, Mayra Cabral, Jhonathan Baró, Xiomara Silva, Elka Reyes, Ismael Nehemías Ramírez Santana, Kenya Scarlett Romero S., Rosaly Y. Stefani Brito, Nelson Eddy Romero Alba, Zuleyca Jocabeb Castillo Peña, Amauri Marcos Martínez Abreu, Darío Gómez Herrera, Fanny Martich Báez, Carlos Augusto Suero Peralta, Ana Magnolia Méndez Cabrera, José Manuel Méndez Cabrera, Octavio Augusto Mata Upia, Katty Alexandra Soler Báez, Natali Moya Estrella, Patricia Yone Rocha, Tania Indira Gómez Rodríguez, Nidia Victoria Jorge Taveras, Leidilyn Ana Rosario Gutiérrez, Yumiris Tuitt Santana, Vladimir Marx Rosario, Berenice Altigracia Núñez, Alicia Mabel Guzmán Bencosme

© **Escuela Nacional de la Judicatura, 2019**

Calle César Nicolás Penson No.59, Gazcue

Tel.: (809) 686.0672 | Fax: (809) 686.1101

Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana

e-mail: [info@enj.org](mailto:info@enj.org)

[www.enj.org](http://www.enj.org)

**Hecho el depósito de Ley**

**ISBN Obra Completa:** 978-9945-425-49-9

**ISBN Tomo I:** 978-9945-425-50-5

**Coordinación técnica:** Ellys Coronado, Soriana Soriano, Yocasta Rodriguez, Laurie Mercedes, Magui Rosado y Ulises Guevara

**Corrección:** Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (CENDIJD)

**Diseño de Flujogramas:** Dirección de Planificación y Proyectos

**Diseño Gráfico Editorial:** R2a, *diseño + comunicación corporativa* [info@erre2a.com](mailto:info@erre2a.com)

**Impresión:** Editora Corripio, C. Por A.

Castellanos, Víctor José, Biblioteca Básica del Juez de Paz / Castellanos, Víctor José; Díaz, Esthel; Díaz, Miguel Ángel; Coronado, Radhar, et al. - 2da. Ed. - Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2019

**ISBN Tomo I:** 978-9945-425-50-5



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

# **Biblioteca Básica del Juez de Paz**

---

## **Parte General**

---

# **1**

Versión gratuita

Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Índice

<b>Presentación</b>	13
<b>Prólogo</b>	21
<b>Libro 1. Teoría General del Derecho</b>	
<b>Capítulo 1. Noción de Teoría General del Derecho</b>	
1.1 El lugar de los conceptos en la teoría general del derecho	31
1.2 El lugar del concepto Derecho desde las teorías jurídicas	59
1.3 Perspectiva general del Derecho y la Perspectiva particular de la dogmática jurídica	73
<b>Capítulo 2. Teoría de las normas</b>	
2.1 Concepto de la norma y norma jurídica	82
2.2 Los tipos de normas	92
2.3 Los principios y su contenido normativo	109
2.4 La justicia, la validez y la eficacia de las normas	117
2.5 La interpretación como actividad y como producto normativo	122

### **Capítulo 3. Fuentes del Derecho**

3.1	La Noción de fuentes del Derecho	128
3.2	Enfoque epistemológico de las fuentes del Derecho	129
3.3	Modelo de las fuentes-actos	140
3.4	Modelo de las fuentes-hecho	144
3.5	La costumbre	145
3.6	El orden jurídico positivista	149
3.7	Las fuentes del Derecho de acuerdo a Hans Kelsen	150
3.8	Las fuentes del Derecho según Santiago Nino	151
3.9	Las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales	154
3.10	La norma judicial	156
3.11	Elaboración racional del propio Derecho	159
3.12	Normas originadas de la elaboración racional del propio Derecho	160
3.13	Las fuentes del Derecho en el orden jurídico Neoconstitucionalista	162

### **Capítulo 4. Teoría del Ordenamiento Jurídico**

4.1	El concepto de sistema en la ciencia jurídica	165
4.2	Sistemas normativos, sistema jurídico y ordenamiento jurídico	170
4.3	Características del ordenamiento jurídico	178

## **Libro 2. Derecho Constitucional**

### **Capítulo 1. Constitución y Constitución Normativa**

1.1	Conceptos clásicos de constitución	195
1.2	Historia y Evolución de la Constitución	197
1.3	Concepto Normativo de la constitución	201

1.4	Bases de la supremacía de la constitución	206
1.5	Derecho Sustantivo y adjetivo constitucional	210
1.6	Neoconstitucionalismo	212
1.7	Constitucionalismo Mundial	218

## **Capítulo 2. Contenidos de la constitución**

2.1	Organización del estado y sus poderes	223
2.2	Valores, Principios y Reglas	224
2.3	Derechos fundamentales y constitucionales	225
2.4	Garantías constitucionales	225
2.5	Cláusula de intangibilidad	228

## **Capítulo 3. Medios de Garantía de la Constitución**

3.1	Justicia constitucional y Derecho Procesal constitucional	229
3.2	El Garantismo	236
3.3	Medios de garantía de la constitución	241

## **Capítulo 4. La interpretación de la constitución**

4.1	Aplicación o Interpretación de la norma constitucional	244
4.2	Interpretación jurídica e interpretación constitucional	247
4.3	Especialidad de la interpretación constitucional	248
4.4	Métodos de interpretación de la constitución	250

## **Capítulo 5. Modelo constitucional dominicano**

5.1	Nacimiento del estado constitucional dominicano	252
5.2	Neoconstitucionalismo dominicano	254
5.3	Justicia constitucional dominicana	259



## **Capítulo 6. Sometimiento del juez de paz a principios constitucionales y a los criterios de interpretación de los derechos fundamentales**

6.1	Misión constitucional del juez de paz	268
6.2	Papel activo del juez de paz en el control de constitucionalidad	272
6.3	Función administrativa (tutela oficiosa de los derechos fundamentales)	273
6.4	Función contenciosa (tutela judicial efectiva y control difuso)	275

## **Libro 3. Derechos Humanos**

### **Capítulo 1. Aspectos Básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

1.1	El concepto de derechos humanos y su relación con la dignidad humana	284
1.2	Características esenciales de los derechos humanos	286
1.3	La responsabilidad internacional del Estado	288
1.4	Obligaciones generales de los Estados en materia de los derechos humanos	292

### **Capítulo 2. Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos**

2.1	La Organización de las Naciones Unidas	396
2.2	La Organización de los Estados Americanos (OEA)	317

### **Capítulo 3. El derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho interno (el caso de la República Dominicana)**

3.1	Jerarquía normativa de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos	339
3.2	El bloque de constitucionalidad	341
3.3	El control de convencionalidad	342

## **Capítulo 4. Derechos civiles y políticos**

4.1	Prohibición de la esclavitud y la servidumbre: El delito de trata de personas	348
4.2	Derecho a la libertad y a la seguridad personal	370
4.3	Debido Proceso de ley	395

## **Capítulo 5. Los derechos económicos, sociales y culturales**

5.1	Consideraciones generales respecto de los derechos sociales	418
5.2	La justiciabilidad de los derechos sociales	421
5.3	Las posibilidades de justiciabilidad indirecta de los DESC	435

## **Capítulo 6. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación**

6.1	Algunos estándares en materia de género	441
6.2	Niños, niñas y adolescentes: El Interés Superior del Niño	444

## **Libro 4. Ética Judicial**

<b>Introducción</b>	452
---------------------	-----

### **Capítulo 1. Ética**

1.1	Ética. Concepto	454
1.2	Evolución histórica	455
1.3	Ética y Moral	464
1.4	Bioética y Bioderecho	465

### **Capítulo 2. Teoría Éticas**

2.1	Subjetivismo	470
2.2	Intersubjetivismo	472
2.3	Consecuencialismo ético	471

2.4	Juridicismo	472
2.5	Teologismo	472

### **Capítulo 3. Ética Judicial**

3.1	Ética Judicial. Concepto	473
3.2	El Profesional del Derecho	477
3.3	El Juez. Condiciones de aptitud	478

### **Capítulo 4. Principios, valores y virtudes del buen juez**

4.1	Independencia	483
4.2	Imparcialidad	487
4.3	Prudencia	489
4.4	Transparencia	491
4.5	Conciencia institucional	493
4.6	Sensibilidad social	494
4.7	Laboriosidad	495
4.8	Capacidad	495
4.9	Integridad	496
4.10	Cortesía	497
4.11	Motivación y Argumentación	497

### **Capítulo 5. El juez**

5.1	El juez en su labor jurisdiccional	499
5.2	La impronta del juez	501
5.3	El juez y la comunidad	503
5.4	El Juez y la Vida Privada	503

5.5	El juez y los medios de comunicación	504
5.6	Las redes sociales	508
5.7	Conclusiones	509
5.8	Recomendaciones	509

## **Capítulo 6. Normativas nacionales e internacionales**

6.1	La Constitución de la República: Aspectos éticos	511
6.2	El Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial	515
6.3	El Código Iberoamericano de Ética Judicial	516

<b>Referencias Bibliográficas</b>	521
-----------------------------------	-----

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Presentación

## Año 2019

Todo en la vida tiene su historia, sea ésta muy breve o muy extensa; en efecto la Biblioteca Básica del Juez de Paz también tiene la suya. Es uno de esos acontecimientos que particularmente ha marcado mi vida. Nació en el año 1991 como un libro de texto en la formación de los jueces de paz. En aquel entonces, no existía todavía la Escuela Nacional de la Judicatura, pero, tuvimos el honor y el privilegio de impartir en ese entonces por encargo de la Suprema Corte de Justicia, para todos los jueces del país unos cursos de formación a todas las instancias judiciales.

Luego de tiempo impartiendo dichos cursos llegué a la conclusión de que había que preparar un material que sirviera no sólo para los cursos, sino que fuera un instrumento permanente de consulta para los jueces. Así nace el Manual para Jueces de Paz por el cual, con mucha humildad lo mencionó, en el año 1992, se nos otorgó el Premio Nacional de Literatura, mención Didáctica, dirigido y organizado por el Ministerio de Educación de ese entonces, por el diseño, contenido y de utilidad pedagógica de dicho Manual. A partir de ahí surgieron nuevas ediciones con mayor ampliación y actualización.

Al pasar de los años, esa obra: Manual para Jueces de Paz, cuando se estaba preparando el Programa de Formación de Aspirantes a Jueces de Paz, se convirtió en algo de mayor profundidad al editarse entonces como Biblioteca Básica para los Jueces de Paz, cuyo

contenido ya no era de un Manual, sino que era una obra de cuatro tomos, con teoría, flujogramas de procedimientos, modelos de decisiones de la competencia del Juez de Paz, prontuario de legislación y una extensa bibliografía. Así con ese contenido ampliado y actualizado siguió al servicio de la docencia y de consulta en la formación de los jueces.

Hoy nos toca poner en circulación la actualización de esta obra, que con la ayuda imprescindible de profesores y magistrados del orden judicial sale a la luz la Biblioteca Básica del Juez de Paz. Esta obra consta de tres Tomos. El primero de ellos está formado por una Parte General, que incluye en breve síntesis los principios y normas generales de Derecho, Derecho Constitucional, Derechos Humanos, ética Judicial, y la Organización Judicial. El Tomo Segundo corresponde a la Jurisdicción Penal del Juez de Paz, cuyo contenido sintetizado es lo correspondiente al Juez de Paz Ordinario, las pensiones alimentarias, la materia municipal, materia de tránsito y las infracciones penales laborales competencia del Juez de Paz. El Tomo Tercero organiza la Jurisdicción Civil y Administrativa que corresponde al Juez de Paz que abarca las generalidades del procedimiento civil y comercial, el desarrollo de la competencia contenciosa del Juzgado de Paz, así como la competencia de la Jurisdicción graciosa del mismo, las vías de ejecución del Juzgado de Paz y los conceptos generales sobre obligaciones y contratos.

Todo esto acompañado de un Prontuario de toda la legislación de la competencia del Juez de Paz en formato digital, que estará disponible en la página web de la Escuela Nacional de la Judicatura y que permitirá mantener al Juez de Paz actualizado.

Es importante recalcar que cada procedimiento está organizado no sólo con la teoría que le concierne, sino que, al mismo tiempo, se introducen modelos de decisiones, que en cada caso corresponderá decidir al Juez de Paz.

Como se podrá apreciar la Biblioteca Básica del Juez de Paz viene a ser un instrumento de consulta del diario quehacer de este juez, cuya jurisdicción hoy día desbordó la que en un principio le correspondía, que era la de un funcionario de libre componedor de las dificultades que se presentaban en las comunidades dominicanas pequeñas. Esta

Biblioteca le permite al Juez de Paz, como instrumento de consulta, rendir un servicio judicial mejor, rápido y eficiente al usuario del sistema judicial dominicano.

Sin lugar a dudas, el esfuerzo ha sido agotador, pero hoy nos embarga la satisfacción del deber cumplido. Es una obra dedicada enteramente al pueblo dominicano, con el propósito sincero de que se pueda conseguir el mejor provecho, en particular para la gran cantidad de dominicanos cuya asistencia judicial resulta en muchas ocasiones muy precaria.

En fin, señoras y señores, magistrados y magistradas, abogados y abogadas, ministerios públicos y sociedad en general, esperamos que esta obra de fácil manejo y consulta, muy completa y de utilidad diaria para el ejercicio de tan noble y necesaria función, permite con su implementación, el desarrollo del valor del servicio hacia los demás y, al mismo tiempo, responder a los reclamos de nuestros Padres de la Patria Duarte, Sánchez y Mella.

Quiero, en esta parte, agradecer a una serie de instituciones, magistrados y personal que trabajó en la organización, diagramación, impresión y publicación de la obra: A los Honorables Jueces de la Suprema Corte de Justicia, a los Miembros del Consejo del Poder Judicial. Mención muy especial a la Escuela Nacional de la Judicatura y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID); sin su intervención no hubiese sido posible esta publicación. Gracias del alma.

De igual manera a las magistradas y magistrados que aportaron sus capacidades intelectuales y jurisdiccionales en la organización y redacción de esta Biblioteca Básica del Juez de Paz, cuyos nombres figuran como coautores y que se encuentran escritos en las primeras páginas de esta obra. Gracias, la Patria dominicana se lo agradece.

Gracias a todas y a todos.

***Víctor José Castellanos Estrella***

Ex Juez de la Suprema Corte de Justicia



Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Presentación

## Año 2001

La función del juez de paz tiene mucha significación para quien suscribe, porque, fue el inicio de mi carrera judicial en el año de mil novecientos setenta y dos. Además, es la función jurisdiccional más amplia y completa de todas las existentes hasta ahora en el organigrama judicial dominicano.

Todo esto supuso un reto enorme, puesto que, en muchas ocasiones las leyes especiales que le otorgan su competencia, estaban muy dispersas; existen malas prácticas en los tribunales, lo que me obligó a investigar lo que establecía la normativa y lo que sucedía en la realidad. Otras veces eran confundidas las labores administrativas y jurisdiccionales. El quehacer judicial varía de región a región en toda la geografía nacional y aunque se ha escrito mucho sobre esta función, el estudio resulta difícil por lo amplio que es.

El esfuerzo ha sido agotador, pero hoy, sentimos la satisfacción del deber cumplido. Es una obra dedicada a todos los jueces dominicanos, con el propósito sincero de que le puedan sacar el mejor provecho; recordemos que la función de juez es una de las más nobles del género humano, en la medida que nos permite desarrollar el valor del servicio a los demás y, al mismo tiempo, rendir un servicio a la Patria.

La obra completa estaría compuesta por cinco volúmenes, que comprenden: Manual para Jueces de Paz; Manual Descriptivo de Procedimientos; Prontuario de toda la Legislación de la Competencia del Juzgado de Paz; Compendio de Jurisprudencia del Juez de Paz (en preparación). Todo esto conforma lo que hemos querido llamar **“BIBLIOTECA BÁSICA DEL JUEZ DE PAZ”**.

Este primer tomo, Manual para Jueces de Paz, es su tercera edición, revisada, actualizada y ampliada, compuesto de seis partes: la Primera: Normativa Jurídica; la Segunda: análisis de las distintas leyes penales que son de la competencia del juez de paz. Incluyendo modelos de actos y sentencias; la Tercera: Modelos de sentencias de carácter civil y comercial; la Cuarta: Actos administrativos; la Quinta: Modelo de sentencias para los juzgados de paz municipales y la Sexta, que comprende anexos, glosario y bibliografía consultada.

Esperamos haber satisfecho nuestro ideal, de dotar a los aspirantes a jueces, los jueces en funciones, así como a los abogados en ejercicio, de un instrumento de fácil consulta, muy completo y de utilidad diaria para el ejercicio de tan noble función. Sirva esta ocasión para agradecer a una serie de personas e instituciones, que sin su colaboración no hubiese sido posible concretizar esta obra. Así tenemos, a mis compañeros jueces de la Suprema Corte de Justicia por haber confiado en nuestro trabajo, a la Asociación Hipólito Herrera Billini; a la Escuela Nacional de la Judicatura; a las Consultoras Thalía Goldberg y Yildalina Taten; a los Jueces de Paz, Juana Omaira Santana, Kenia Tavarez, Iris Duarte, Josefina Bernabel, July Tamaríz, Francisco Madera y otros que, con su trabajo completaron este esfuerzo.

***Víctor José Castellanos Estrella***

Juez de la Suprema Corte de Justicia

Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura



Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Prólogo

## Año 2019

Una de las fortalezas de la Escuela Nacional de la Judicatura ha sido la implementación del Programa de Formación de Aspirantes a Jueces(zas) de Paz, programa que nació bien estructurado y con un material educativo especialmente desarrollado para apoyo de docentes y participantes. Esto así, gracias a la oportunidad brindada a la Escuela por el magistrado Víctor José Castellanos Estrella, al poner a nuestra disposición de manera desinteresada su Manual para Jueces de Paz, cuya primera edición había sido publicada en el año 1992, y que en el año 2002, al inicio del programa formativo. fue presentada como **La Biblioteca Básica del Juez de Paz.**

El Magistrado Víctor José Castellanos Estrella, me atrevo a decir, es jurista de profesión, juez de vocación y corazón. Inició su vida judicial en el 1972 y a partir de ese momento toda su vida profesional la ha dedicado a la judicatura, pasando por todas las instancias hasta llegar al más alto tribunal, nuestra Suprema Corte de Justicia, en representación de la cual fue Secretario del Consejo Nacional de la Magistratura; coronando su carrera con su última experiencia como miembro del Consejo del Poder Judicial, en representación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, Consejo que es el órgano constitucional de administración y disciplina del Poder Judicial, desde el año 2011.

Es un honor para la Escuela Nacional de la Judicatura que el material educativo base del programa de formación de aspirantes a jueces de paz haya sido de la autoría del magistrado Castellanos Estrella, bajo su coordinación se actualizó y se complementó su Manual del Juez de Paz, con un manual de procedimientos de los juzgados de paz, así como de un prontuario de legislación de la competencia del juez de paz.

Dieciocho años después, tenemos el honor de presentar la actualización de ese trabajo, bajo la coordinación de su autor original, con la colaboración de magistrados y docentes de la Escuela. La Biblioteca Básica del Juez de Paz de cuatro volúmenes pasa a tener tres volúmenes, pero no es que el contenido ha sido reducido, muy por el contrario, ha sido ampliado. Su estructura responde a los mismos temas tratados en el programa de formación de aspirantes y a todas las asignaturas previstas en el mismo, estudiando toda la competencia del juez de paz por materia, incluyendo derecho constitucional y teoría del derecho.

Los tres tomos están dedicados de manera exhaustiva al juez de paz ordinario, materia civil, penal, penal laboral, materia de niños, niñas y adolescentes; la competencia del juez en materia administrativa, de tránsito y municipal, acompañadas cada una de ellas con el procedimiento correspondiente. El prontuario de legislación, que en la anterior edición componía los dos tomos del volumen III, estando en la era de la tecnología, nos pareció que era más productivo presentarlo en formato digital, para que pueda ser consultado en línea, accesible a todos los interesados, formato que a su vez proporciona la facilidad de mantenerlo actualizado ante cualquier modificación legislativa.

Sabemos que el Magistrado Víctor José Castellanos ha estado esperando este momento desde hace ya varios años, podemos decir que ha valido la pena la espera, en el marco de la celebración del veinte aniversario de la Escuela, se han unido las voluntades de instituciones, organizaciones y personas para hacer una realidad el sueño de su autor y de la Escuela de presentar un material de consulta innovador y de calidad.

En tal sentido, agradecemos de manera especial a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) por considerar este proyecto importante para el fortalecimiento de la justicia. De igual manera, agradecemos a los jueces y docentes de la Escuela que han colaborado en la actualización de esta obra, así como al equipo de trabajo de la Dirección de Planificación y Proyectos, y al Área de Derecho Penal de la ENJ, ha sido su dedicación y compromiso tanto con la Escuela, como con la realización de este trabajo, los que nos han permitido llegar a este resultado final, el cual ponemos a la disposición del Poder Judicial, los aspirantes a jueces de paz, así como de la comunidad jurídica nacional e internacional, esperamos que este esfuerzo sea para el provecho de todos.

***Gervasia Valenzuela Sosa***

Directora

Escuela Nacional de la Judicatura



Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Prólogo

## Año 2001

Hemos asumido la responsabilidad social que significa administrar y dirigir el Poder Judicial, y estamos decididos a sentar bases sólidas en el camino de la institucionalidad y de la transparencia.

El inicio del Programa de Formación de Aspirantes en la Escuela Nacional de la Judicatura, para formar a las nuevas generaciones de jueces, con un criterio de amplitud académica y de reflexión permanente sobre su rol ético, social y moral, representa otro paso de avance y ratifica el compromiso que tenemos con el proceso de modernización y consolidación de la justicia dominicana.

En el contexto de inicio de este programa, ofrecemos a todas las personas relacionadas con la administración de justicia, esta **“Biblioteca Básica del Juez de Paz”**, compuesta de tres tomos y cuatro volúmenes, a saber: Tercera Edición ampliada, corregida y actualizada del “Manual para Jueces de Paz”, premio nacional de didáctica del 1991, Primera Edición del “Prontuario de Legislación de la Competencia de los Juzgados de Paz”, y la Primera Edición del “Manual Descriptivo de Procedimientos de los Juzgados de Paz” de todos los procesos que se conocen en un juzgado de paz, contemplando inclusive, los principales incidentes que pueden presentarse en cada caso.

Es pertinente enterarlos brevemente de cómo se realizó el proceso que culmina con la publicación de esta maravillosa y bien pensada colección de textos sobre los juzgados de paz: cuando la Escuela, inicia la reflexión sobre el cómo debía estructurar un programa de formación de los futuros jueces, que cumpliera con los objetivos que queríamos alcanzar, de formar a las nuevas generaciones que ingresaren al Poder Judicial con un conocimiento real del ejercicio jurisdiccional, basado en principios éticos de independencia, a lo interno y a lo externo; preparados de manera sólida para actuar con imparcialidad en la aplicación de las leyes y en la comprensión de la gran implicación social que representa el servicio judicial, se analizaron los pasos a completar, para responder y poder cumplir las expectativas.

Se llegó a varias conclusiones, primero se necesitaba sistematizar lo que sucede en un juzgado de paz. Para esta tarea, se contrataron los servicios profesionales de una experta en la realización de estos levantamientos, y se solicitó el concurso de magistrados y magistradas jueces de paz; se consolidó un grupo de trabajo con cuatro magistradas de juzgados de paz ordinarios, con la colaboración de un magistrado y una magistrada de juzgados municipales; este trabajo, se traduce en este momento en uno de los documentos de esta biblioteca que les ofrecemos.

Como segundo componente en documentos de textos para la formación, se estableció la necesidad de contar con todas las leyes que otorgan competencia a los juzgados de paz, y en ese sentido, se decide trabajar con dos documentos, el Manual, cuyo autor es el Magistrado Víctor José Castellanos, y el Prontuario, que es de su idea y compilación; como estos documentos, ya contaban con 10 años de haber sido publicados, se contrató una consultora, que se encargó junto al autor de revisar, corregir y ampliar.

Este trabajo, realizado con el concurso y la idea de tantas personas, que han dado todo su calidad profesional, y todo su compromiso personal, moral y social, en la búsqueda de la excelencia en el programa de formación, se ha concretado en estos libros, que hoy quedan en sus manos, y que esperamos se conviertan en una especie de Biblia para jueces de paz, para fiscalizadores, aspirantes a jueces e

incluso profesionales en el ejercicio privado del derecho, que llevan sus casos por ante este juzgado.

Estamos convencidos, que esta nueva señal, refleja con luz clara y brillante, el interés de la Suprema Corte de Justicia, en que la Escuela Nacional de la Judicatura, trabaje tesoneramente en la formación de la colectividad que representa el Poder Judicial, y de todo el que desee formar parte del mismo.

La Escuela, sabe el compromiso que tiene con la Suprema Corte de Justicia y con la sociedad dominicana en sentido general, de realizar un programa de formación de aspirantes de una profesionalidad y solidez, que sea la primera aspiración en los/as egresados/as de la carrera de derecho, “entrar a la Escuela Nacional de la Judicatura, para formarse y ser jueces”.

En mi doble condición de Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo Directivo de la Escuela, manifiesto la alegría y la satisfacción que nos produce, el presentar una colección bibliográfica de tanta calidad profesional y que reúne tanta información. La presentamos a la opinión pública augurándole el mayor de los éxitos.

***Magistrado Jorge A. Subero Isa***

Juez Presidente Suprema Corte de Justicia

Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



**LIBRO**

**1**

**Teoría General  
del Derecho**

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Capítulo 1

## Noción de Teoría General del Derecho

### 1.1 El lugar de los conceptos en la teoría general del Derecho

En la enseñanza de la teoría del Derecho es frecuente plantear dificultades que existen acerca de su objeto. Para canjear esta dificultad revisaremos en un primer momento El lugar de los conceptos en la teoría general del Derecho , y en la segunda parte el Lugar del concepto Derecho desde las teorías jurídicas . Las variaciones sobre el objeto del Derecho suelen originarse de acuerdo a la concepción que se siga al momento de definirlo, en muchos aspectos estas no son necesariamente incompatibles las unas de las otras.<sup>1</sup> Más aún, cada una de ellas pueden reflejar coincidencias o diferencias en aspectos tales como el uso de métodos y técnicas interpretativas y en el sistema de creencias en que se fundamenta, es decir en los aspectos epistémicos. Respecto a la segunda parte es conveniente abordar algunos pocos, pero necesarios, aspectos acerca de las ideas o conceptos de Derecho ya que el término es aplicable a referentes empíricos y a múltiples realidades.

#### 1.1.1 Platón y su idea de dos mundos

Se pretende contraponer el pensamiento platónico con el aristotélico en relación al concepto que de cada uno de ellos presentan en sus teorías de los mundos. Es usual asimilar los términos idea y concepto y utilizarlos como voces sustituibles, sin embargo con sólo acercarnos a las concepciones de Platón y Aristóteles se

---

<sup>1</sup> Raz-Joseoh, Alexy-Robert, Bulygin-Eugenio, Una discusión sobre teoría del derecho, Marcial 1 Pons, Madrid, 2007, p. 9 a 79



encuentran grandes diferencias. La famosa alegoría de la Caverna de Platón muestra la existencia de un mundo sensible y otro inteligible, señalando que en el primero el conocimiento se adquiere por los sentidos y en el segundo el conocimiento se adquiere mediante la razón.

<b>Platón</b>	Mundo sensible	El conocimiento se adquiere por los sentidos. Entendía que los universales eran las ideas, lo que permanece luego de una percepción.
	Mundo inteligible	El conocimiento se adquiere por la razón.

Platón separa las ideas del mundo empírico. Abandona la experiencia y la observación de los hechos dejando la idea como un elemento abstracto proyectado en los elementos del mundo físico, su proyección presenta cierto grado de imperfección y deformación. Los hombres se conectan con las sombras proyectadas, por las ideas, gracias al sistema sensorial que poseen o gracias a cierta capacidad racional que reside en él. Obviamente, para Platón las ideas no pertenecen al mundo sensible.

### 1.1.2 Aristóteles un único mundo

Si bien Platón fue maestro de Aristóteles, el discípulo se separa de las ideas de su maestro al plantear que existe un sólo y único mundo que corresponde al mundo sensible en que los entes gozan de materia y forma. Él coloca los conceptos atados tanto al lenguaje por ser frutos de las palabras como al mundo sensible al que hacen referencia. De ahí que, hay que analizar los conceptos no sólo desde el lenguaje sino también desde los elementos empíricos a los que remiten.

Aristóteles plantea un único mundo pero de carácter bidimensional: forma (lenguaje) y contenido (elementos empíricos que al llegarnos por una sensación se hacen realmente presentes) pasando de una perspectiva lógica hacia una ontológica. El único mundo es el sensible; en él cada ente está dotado de materia y forma.

<b>El único mundo es bidimensional</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La forma El lenguaje además de ser el medio de materializarse el pensamiento también participa de su configuración.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El contenido Los elementos empíricos son el objeto del pensamiento.</li> </ul>

En el texto Estudio Preliminar, Teoría del Derecho y Análisis Conceptual<sup>2</sup> se registran tres formas en que puede ser contestada la pregunta a qué clase de objeto pertenecen los conceptos: Los conceptos son representaciones mentales, los conceptos son habilidades y los conceptos son sentidos fregeanos.

Esta pregunta, como bien señala el autor, produce un acercamiento al problema de la visión ontológica del concepto,<sup>3</sup> acerca de su significado y alcance enfrentando la idea de si se da o no un desborde de las fórmulas lógicas ante la realidad extra mental. Con la interrogante aparece la necesidad de replantearse las ideas platónicas de mundo sensible y mundo inteligible, o las ideas aristotélicas de mundo sensible como único mundo.

Estos planteamientos desde una visión lógica se limitan a la relación de atribución entre el concepto sujeto y el concepto predicado que constituyen la estructura de los juicios quedando todo en la realidad mental, mientras que la perspectiva ontológica plantearía la justificación y criterio de validez de los conceptos más allá de la realidad mental, es decir, enfocado en su aspecto extramental. La determinación de la relación del significado en su sentido y referencia contribuirá para la posterior relación que establece el Derecho como concepto dotado de un carácter tridimensional, es decir enfocado bajo la relación: norma, hecho social y valor.

La perspectiva ontológica permite observar el ser en cuanto ser, en cuanto a su existencia y las características que le adornan. Pone en contacto al estudioso con la generalidad

2 Bouvier, Hernán, Gaido, Paula y Sánchez Brigido, Rodrigo, Estudio preliminar, Teoría del Derecho y Análisis Conceptual en Raz-Joseoh, Alexy-Robert, Bulygin-Eugenio, Una discusión sobre Teoría del Derecho, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p.14 a 24

3 Ver Gonzáles Morfin, Efrain, Temas de Filosofía del Derecho, Limusa, México, 2003, p. 27 a 29

y profundidad que acarrea el alto nivel de abstracción que requiere el estudio del ser en cuanto tal. En este caso el concepto como ente que existe, que alude una realidad material a la que hace referencia su significado.

El ámbito lógico se reduce a la relación de atribución entre el concepto sujeto y el concepto predicado en los juicios en el marco de lo mental.

<b>El concepto</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El ámbito lógico se reduce a la relación de atribución entre el concepto sujeto y el concepto predicado en los juicios en el marco de lo mental.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>La perspectiva ontológica va tras la justificación y el criterio de validez de los conceptos en el campo extramental.</li> </ul>

Fundamentalmente se han formulado tres respuestas para la pregunta: ¿A qué clase de objeto pertenecen los conceptos? teóricos importantes como John Locke, L. Wittgenstein y Gottlob Frege han ocupado de ella.

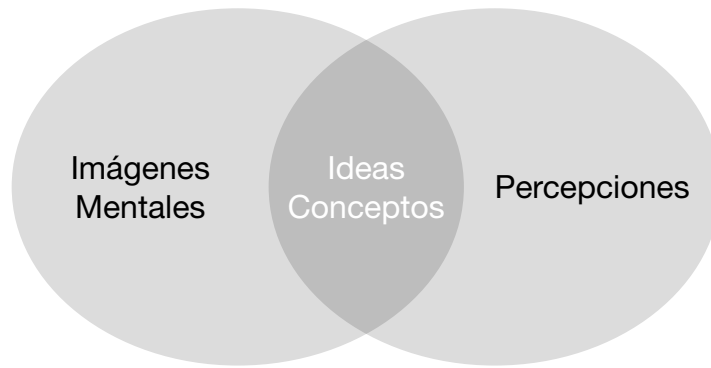
<b>¿A qué clase de objeto pertenecen los conceptos?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>A representaciones mentales</li> </ul>	Hume
	<ul style="list-style-type: none"> <li>A las habilidades.</li> </ul>	Austin
	<ul style="list-style-type: none"> <li>A sentidos fregeano.</li> </ul>	Frege

El abordaje de estas respuestas se realiza o pretende realizarse en torno a ideas o posiciones no sicologistas y descriptivas. No siempre los autores se alejan de estas posiciones.

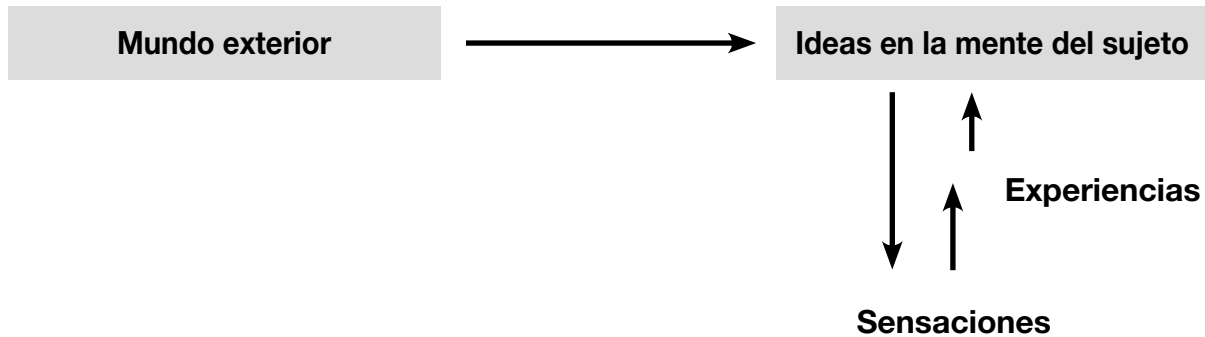
### 1.1.3 Los conceptos son representaciones mentales

Entender los conceptos como representaciones mentales es concebirlas como entidades específicamente psicológicas alojadas en el cerebro. Para considerar esta idea corresponde revisar postulados del Empirismo que explican el lugar del mundo exterior.

Para los empíricos los conceptos son representaciones mentales vinculadas a las percepciones. Es decir el conocimiento inmediato que se produce cuando una cosa impacta los sentidos creando impresiones.



Uno de los cultores más destacados del empirismo es John Locke, para quien el mundo exterior es la causa de que en la mente se produzcan las ideas. El conocimiento no es inherente a las cosas, se deriva de las sensaciones que producen las experiencias en la mente del sujeto cognoscente por lo que rechaza la existencia de ideas innatas, todo hay que aprenderlo, viene de la experiencia.



De igual manera se encuentra en Hume, otro gran cultor del empirismo, la advertencia de que la imaginación es una fuente de errores que se producen cuando en la mente se unen unas ideas con otras que dan lugar a creer en objetos que no existen o que en ocasiones si bien existen no se conectan de la tal o cual manera que se las imagina el sujeto. Esto debido a que experiencias provenientes de las sensaciones que producen las cosas no llegan de manera adecuada a la mente del individuo. Para Hume sin impresión es imposible el conocimiento de los hechos.

Para empiristas como John Locke y David Hume existe una relación entre los conceptos y las imágenes mentales, esto hará cuestionable su teoría que se consideraba alejada de las ideas platónicas. Ven los conceptos como una correspondencia con la imagen mental

<b>Conceptos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ John Locke, para quien el mundo exterior es la causa de que en la mente se produzcan las ideas.</li> </ul>
<b>Imágenes mentales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ David Hume sin impresión es imposible el conocimiento de los hechos.</li> </ul>

La estrecha relación entre imágenes mentales y percepción planteada por estos empiristas no se considera como respaldo para sostener que son un acceso directo al mundo externo o al referente que causa esas impresiones. A ese respecto autores como Bouvier, antes citado, presentan tres objeciones basadas en el pensamiento de L. Wittgenstein:

1. La primera objeción es la que indica que la imagen mediada de acceso al mundo deja entre dicho el planteamiento empirista de que los conceptos únicamente representan objetos del mundo externo.
2. La segunda objeción se produce por los empiristas quienes consideran el concepto como imagen-retrato de naturaleza estática alojada en el cerebro dificulta la idea, no sólo, de que los conceptos abarcan diferentes situaciones sino también aquello de que la impresión inicial puede incluir diversidad de situaciones desde que se produce.
3. La tercera y última objeción a exponer surge de la inquietud que refiere la situación generada cuando la idea que es consultada por el intelecto es un hecho y éste hecho a su vez hace referencia a otro hecho de los que se encuentran registrados en el cerebro, persiste la interrogante que plantea qué uniría al hecho representado con una representación determinada y no con otra de las ya existentes o qué uniría la ya existente idea que es un hecho con la nueva idea que también es un hecho. Se han objetado las respuestas empiristas a la pregunta ¿qué clase de objetos son los conceptos.

<b>Objeciones</b>	■ Los conceptos sólo representan objetos del mundo empírico.
	■ El carácter estático del concepto como imagen-retrato.
	■ La falta de respuesta para la pregunta acerca de ¿qué uniría un hecho representado con una representación determinada y no con otra de las ya existentes o viceversa?

### 1.1.4 Los conceptos son habilidades

La idea de que los conceptos son habilidades se sostiene en la creencia de que el concepto para existir y ser usado no necesita de una imagen mental, sino que, lo necesario son los símbolos similares al lenguaje natural. La filosofía analítica de Wittgenstein, de G. Ryle entre otros dan fundamento a esta posición.

El austríaco L. Wittgenstein escribe dos grandes obras: *Tractatus logico-philosophicus* y las *Investigaciones filosóficas*, las cuales no solo se escriben con una diferencia de treinta años sino que muestran un cambio de pensamiento que ha llevado a los especialistas a hablar de dos Wittgenstein para poder entender los planteamientos de su filosofía analítica.

En el prólogo de su obra *Tractatus logico-philosophicus*, Wittgenstein señala como fuente de su motivación las obras de Gottlob Frege y de Bertrand Russell, se dice que en ella pretende explicar, de acuerdo a estos dos filósofos, el funcionamiento de la lógica y cómo la lógica es la estructura del lenguaje descriptivo. Pero, además, señala al mundo como un objeto de descripción y cómo el mundo es descrito por el lenguaje. La filosofía del lenguaje estudia la relación entre lenguaje, pensamiento y mundo.

<b>Filosofía del lenguaje</b>	■ Lenguaje
	■ Pensamiento
	■ Mundo

Expresa el primer Wittgenstein: los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo.<sup>4</sup> El lenguaje está formado básicamente por nombres y son estos nombres los que hacen (juegan el rol) de objetos y en la medida que representan un estado de cosas tienen significación, esto implica que es posible aún no esté en la realidad, pero si es posible podrá ser descrita por el lenguaje. La realidad será lo que pueda ser descrito por el lenguaje y no una realidad en sí. Lo importante es que sea posible. El lenguaje ocupa el lugar de las imágenes mentales como elemento de intercesión entre el intelecto y el mundo.

El lenguaje permite figurar cosas o hechos que sean posibles en el mundo bajo la condición de que sólo se puede hablar de cosas con sentidos, independientemente de que sean verdaderas o falsas. Es decir, se requiere la posibilidad de existir en el mundo, si no existe cae en la categoría de lo inexpresable. Bajo esta condición de existencia probable tomará sentido la pregunta: ¿cómo se habla de aquello que en su esencia se separa de las cosas o los hechos? Con el problema del límite se conjuga la vinculación entre lenguaje y mundo y, es ahí donde aparecerá lo inexpresable. Lo inexpresable que da sentido al rol que juega la lógica en este límite.

Wittgenstein señala que la lógica está presente en todas las proposiciones, pero no es dicha en ninguna de ellas, refiere la lógica trascendental<sup>5</sup> conecta el límite del lenguaje, del pensamiento. Por medio de la distinción entre decir y mostrar resuelve el asunto de lo inexpresable. Entendiendo que lo inexpresable abarca las palabras que no nombran ninguna cosa o no hace referencia a un hecho en la proposición, es decir no tienen referente, carecen de criterio referencial.

En la obra Investigaciones filosóficas, aparece el segundo Wittgenstein, abandonando la lógica como herramienta fundamental para el análisis del lenguaje y asume que el estudio del lenguaje debe partir del comportamiento que registran los usuarios del lenguaje.

---

4 Wittgenstein, Ludwig, Tractatus Logico-Philosophicus, edición digital [www.philosophia.cl/](http://www.philosophia.cl/) Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 2016-07-29 16.29, Tractatus: §5.6

5 Idem, Tractatus: §6.13 y 6.5.22

El significado depende del uso de la palabra y si se trata de una proposición el sentido dependerá del contexto a que pertenece. Los hablantes comparten un código común que obviamente desborda lo privado y que se forma de acuerdo al uso, a rasgos, asociaciones, actitudes y comportamientos que producen los hablantes. En esta Concepción Pragmática solo se predicará verdad en la función descriptiva del lenguaje. Para Wittgenstein: Los conceptos son habilidades del lenguaje que sustituyen las imágenes.

<b>L. Wittgenstein</b>	<i>Tractatus logico-philosophicus</i> (1er Wittgenstein)	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Es necesaria la posibilidad de existir en el mundo, si no existe en el mundo es un sin sentido, es inexpresable. Relaciona significado con objeto.</li> </ul>
	<i>Investigaciones filosóficas</i> (2do Wittgenstein)	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El significado depende de la palabra y del uso que se le dé. Sólo de lo descriptivo se puede predicar lo verdadero. Comprender una palabra y utilizarla es diferente. El uso determina el significado.</li> </ul>

La influencia de Wittgenstein se deja sentir en el llamado grupo de *Oxford Linguistic Philosophy* que entre sus miembros destacan los filósofos del lenguaje J. L. Austin y G. Ryle.

El filósofo del lenguaje J. L. Austin con su obra *Cómo hacer cosas con palabras*, en su teoría de los actos del habla deja establecido que hablar siempre implica una actuación. G. Ryle, filósofo de la mente, el lenguaje y la lógica filosófica aporta grandes ideas entre las que se destacan: el concepto de hilos de implicación, sus hallazgos sobre el pensamiento de los pensamientos y además, fue quien distinguió entre el saber teórico y el saber práctico.

Sobre la interpretación de Wittgenstein y del grupo de *Oxford Linguistic Philosophy* señalan: “El giro fundamental aquí consiste en dejar de preguntar dónde están los conceptos y cómo se inspecciona en ellos, y pasar a analizar qué se hace cuando se invoca un término o se utiliza un concepto. Lo importante es dar cuenta de las habilidades discriminatorias que detentan los agentes cuando lo usan.”<sup>6</sup> Esta concepción es considerada como

6 Bouvier, Hernán, op. cit., p.16 a 17



influyente en la actualidad. El Grupo de *Oxford Linguistic Philosophy*, busca analizar qué se hace cuando se invoca un término o se utiliza un concepto.

<b>Grupo de Oxford <i>Linguistic Philosophy</i></b>	J. L. Austin	<ul style="list-style-type: none"> <li>En cómo hacer cosas con palabras en la que expone su teoría del habla plantea que hay emisiones<sup>7</sup> realizativas que pueden implicar hechos bajo determinadas condiciones y contextos.</li> </ul>
	J.G. Ryle)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Su idea sobre los hilos de implicación aclara que los conceptos coadyuvan en las declaraciones en las que ocurren. El quehacer del filósofo está ligado a la o las tramas que se forman con los hilos de implicación.</li> </ul>

Para Austin existe un tipo de enunciados que denomina performativo, el cual consiste en describir un hecho que al mismo tiempo realiza.

<b>Enunciado performativo</b>	Enunciado locutivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Refiere el enunciado en si mismo.</li> </ul>
	Enunciado ilocutivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Refiere la intención de la frase.</li> </ul>
	Enunciado perlocutorio	<ul style="list-style-type: none"> <li>Refiere la conducta resultante de la frase. En definitiva se plantea que: “El lenguaje no es un medio de reflejo del mundo, sino de su construcción.”<sup>8</sup></li> </ul>

### 1.1.5 Los conceptos son sentidos fregeano

Frege desdeña los elementos sicologistas como fundamentos del concepto, su teoría se concentra en analizar el pensamiento puro para llegar a la estructura del mismo. Busca construir un lenguaje formal que prescinde del contenido para evitar los errores que atribuye al lenguaje ordinario. Sin embargo su teoría es catalogada de mentalista porque el concepto debe pasar por la mente para ir al referente.

7 Las emisiones son parecidas a los enunciados gramaticales; si bien son expresadas en primera 7 persona del singular del presente del indicativo de la voz activa se consideran una especie de hacer, se asemejan al uso operativo de la esfera legal porque realiza aquello que se desea de acuerdo al acto legal. Ellas no tienen posibilidad de ser ni verdaderas ni falsas. Ver [mwww.scribd.com/.../Emisiones realizativas -Austin](http://mwww.scribd.com/.../Emisiones realizativas -Austin)

8 Ente de razón, Diccionario Soviético de filosofía, 1084: 179', consultado 21 abril 2018, de <http://www.filosofia.org/enc/ros/filos16.htm>

El significado goza de dos elementos: el sentido y la referencia. En cuanto al sentido lo considera como la manera en que se habla de las cosas, asume la idea o concepto como un signo que se constituye en la presentación del objeto, aunque la presentación varíe a pesar de referir a un mismo objeto. Mientras que, la referencia alude al objeto como realidad material, corresponde a aquello de lo que se quiere hablar al utilizar unas determinadas y habituales palabras.

Frege admite que los enunciados denotativos tienen significado en si mismos, es decir tienen un modo de presentación del objeto aunque no tengan un referente. El significado de un enunciado depende de los sentidos de sus elementos constitutivos. Plantea que en los personajes ficticios los nombres no suelen tener referencia porque el valor de verdad es indiferente. Tanto el concepto como el sentido están dotados de una referencia determinada.

SENTIDO = CONCEPTO	
Significado	■ Conjunto de propiedades descripciones que determinan el referente.
	■ Referencia
	■ Es lo que designa el signo, la realidad material.

Para un mejor entendimiento de los planteamientos fregeanos es conveniente referirse a la distinción entre ser real y la razón o ente de razón.<sup>9</sup> Se plantea que el ente real tiene su ámbito en la realidad en la que existe o puede existir sin que para ello se requiera la intervención de la conciencia del agente cognoscente. Ahora bien, debe entenderse que el sujeto pensante puede pensar el ente real y cuando ese proceso del pensar se produce a partir del ente real se conoce como objeto del pensamiento. El ser real se corresponde con una realidad extramental del ser. Sólo lo imposible, en cuanto ente, es irreal. Todo lo que puede ser pensado existe, tiene posibilidad lógica, es pensable.

9 Ver Gonzáles Morfin, Efraín, ob. cit., p. 37 a 58

Tal como refiere el autor “...la nada existe sólo como objeto de conocimiento y no puede existir como ser real, lo cual sería la destrucción del principio de contradicción. Es muy importante tomar conciencia refleja de esta característica del ente de la razón que, manejado con sensatez, es extraordinariamente útil en el pensamiento humano. De esta manera podemos pensar en privaciones concebidas como seres positivos, o seres absolutos pensados de manera relativa, sin caer en el error de atribuir a la realidad extramental lo que es sólo objeto y manera de pensar instrumental.”<sup>10</sup>

De acuerdo a Aristóteles y a los escolásticos, el ente de razón puede dividirse bajo dos fundamentos: de acuerdo al sujeto al que se atribuye y de acuerdo a la diversidad de la esencia sin aptitud para existir.

### 1.1.6 La negación en los entes de razón

La negación expresa una ausencia, un vacío, una carencia, es decir, refleja la inexistencia de un sujeto en acto. Su importancia radica en que ayuda a retener las cosas entendidas, a distinguir la naturaleza de las cosas del modo como las percibe el sujeto cognoscente, ayuda a la imaginación de cosas.

Clasificación de los entes de razón de acuerdo a las esencias sin aptitud para existir:

<b>La negación</b>	<p><b>Negación sin sujeto (mera negación)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Entender la nada como carencia absoluta implica la falta de sujeto, lo que hoy se entiende es que en la nada todo está puesto y todo está negado. Al negarse el sujeto quedan de hecho eliminada las determinaciones.</li> <li>■ La noción de entes imposibles infieren una composición imposible o esencia paradójica que no son fijados como sustancias sino como accidentes de tales esencias y dadas en un sustrato que es igualmente fingido. Las categorías de espacio y tiempo no constituyen negaciones si no negativas y a la vez positivas, es decir composiciones imposibles, meras esencias paradójicas, y no pueden por tanto, ser verdaderos ejemplos de negaciones sin sujeto alguno.<sup>11</sup></li> </ul>
--------------------	---

10 Bouvier, Hernán, op. cit., p. 38

11 Rodríguez, José Luis, El ente de razón, en Fernández Labastida, Francisco - Mercado, Juan Andrés (editores), Philosophica: Enciclopedia filosófica on Line, URL: [http://philosophica.info/archivo/2010/voces/ente\\_de\\_razon/Ente\\_derazon.html](http://philosophica.info/archivo/2010/voces/ente_de_razon/Ente_derazon.html)

<b>La negación</b>	<p><b>Negación con sujeto no apto para la opuesta determinación positiva, la positio opuesta, (mera negación)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Más que negaciones son composiciones imposibles, refieren una carencia necesaria de determinación positiva a la que la falta se opone, es decir, el sujeto no tiene aptitud para la determinación positiva opuesta.</li> <li>■ Ej La carencia de vista en la piedra es necesaria porque la piedra no tiene aptitud alguna para ver, no porque le falte, sólo de hecho, la facultad vista.<sup>12</sup></li> </ul>
	<p><b>Negación con sujeto apto para la opuesta determinación positiva, positio opuesta, (privación)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Es una carencia contingente, se da de manera accidental, no es propia del sujeto si no que se da en él. El sujeto está apto para la determinación positiva opuesta. Ejemplo carencia de lucidez en el demente, es contingente porque el demente tiene aptitud para la lucidez.</li> <li>■ Las privaciones se asumen como algo positivo para que las faltas del ser puedan ser atribuibles.</li> </ul>

De igual manera los entes de razón ayudan a retener las cosas entendidas en cuanto relaciones, es decir los géneros con las especies.

**Los entes de razón de acuerdo al sujeto que se atribuye se dividen en entes de razón sin fundamento in re (real) y con fundamento in re (real).**

<b>La negación</b>	<p><b>Sin polos no coexistentes</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los dos polos son irreales, sin necesariamente ser entes de razón es suficiente que sean fácticamente inexistentes. También puede darse entre dos polos irreales en que la relación sea entre dos objetos posibles, en que ninguno de los dos objetos esté efectivamente existiendo.</li> <li>■ Un sólo polo es irreal sin que ser irreal signifique ser un ente de razón, basta con que uno no exista de hecho. Puede existir un sólo polo real pero que haya sido captado conceptualmente como dos. Se da en las tautologías en que sujeto y predicado son uno.</li> </ul>
	<p><b>Con polos coexistentes</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las relaciones irreales sin fundamento in re con polos coexistentes denominadas extrínsecas. "Se caracterizan por tener por sujeto algo real y por término alguna forma, así mismo real extrínsecamente denominativa de ese mismo sujeto, tal como la denominación de ser visto, ser querido, etc. Como la aplicación o unión de la forma extrínseca denominativa al sujeto por ella denominada no es nada real, la relación de este sujeto a esa forma es irreal también." Sería una especie de aplicación de lo accesorio sigue lo principal.</li> </ul>

12 Idem.

<b>Relaciones irreales con algún fundamento <i>in re</i></b>	<p><b>De fundamento inmediato de cosa tomada en intención directa</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Intención directa significa que la cosa es tomada en su propio ser. A este tipo pertenece la distinción de razón con fundamento real que se produce entre dos conceptos de una y misma cosa, pero que difieren intrínsecamente entre sí.</li> </ul>
	<p><b>De fundamento inmediato de cosa tomada de segundas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La cosa es tomada en la situación que es intelectualmente conocida, siendo necesario que lo que no es ente se asuma como si lo fuera, a esto se le llama también intención refleja o intención irreal refleja. Se refiere a “los nexos que afectan a los objetos del conocimiento intelectual justamente en tanto que objetos de este conocimiento.”&lt;?&gt; El fundamento próximo de una relación son las cosas en cuanto objeto de conocimiento, mientras se habla de fundamento remoto cuando refiere a las cosas en sí mismas o en su propio ser. Sólo si las segundas intenciones tienen un fundamento real se habla de fundamento remoto real, si no es sólo fundamento remoto.</li> </ul>

### 1.1.7 Las esencias paradójicas

Se denominan esencias paradójicas o entes quiméricos a las esencias compuestas que poseen notas opuestas entre sí, obviamente no tienen fundamento real, no pueden tener un fundamento extramental porque sus esencias están divididas intrínsecamente, la carencia en ellos es necesaria.

Clasificación del ente de razón de acuerdo a la diversidad de la esencias sin aptitud para existir:

<b>Las esencias del ente de razón <i>omnina ficta</i> (todo falso)</b>	<p><b>Esencias abiertamente paradójicas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Esencias que aparentan poseer fundamento real. Las metáforas en el Derecho.</li> <li>• Esencias que no poseen apariencia de fundamento real.</li> <li>• El carácter intrínsecamente contradictorio es inmediato.</li> </ul>
	<p><b>Esencias latentemente paradójicas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Esencias en cuyo concepto se percibe claramente la mutua incompatibilidad en sus notas.</li> <li>• Esencias en cuyo conceptos no se perciben de manera inmediata la incompatibilidad de sus notas si no de manera mediata.</li> <li>• El carácter intrínsecamente contradictorio es mediato.</li> </ul>

<?> Idem.

Existen diferentes posturas que reorganizan diversas clasificaciones y subclasificaciones del ente de razón que coinciden y difieren en aspectos unas veces más relevantes que otras pero todas contribuyen a la configuración ontológica del concepto. No obstante, cabe resaltar aún sea brevemente a Kant y a su noumena como lo relativo a lo no fenoménico, a lo que pueda existir en forma pura y por lo tanto desprovista de toda representación.

La noumena se corresponde con los entes de razón aristotélicos, igual gozan de una interesante naturaleza, por un lado la posibilidad lógica porque es posible de ser pensada e imposible porque no existe ni podrá existir, es incognoscible.

La evolución del estudio de los conceptos registra múltiples giros y aportes, aquí a penas se han señalado algunos catalogados por teóricos del derecho como paradigmáticos. Las ideas acerca del ente de razón y de las relaciones entre objetos, nombres o signos de objetos refieren a los planteamientos de Frege. En su obra Sobre sentido y Referencia aparecen sus reflexiones acerca de la naturaleza de la igualdad al preguntarse si la igualdad es una relación y bajo que perspectiva podría considerarse.

Al señalar los enunciados  $a = a$  y  $a = b$  se pueden formalmente extraer ciertas conclusiones, pero  $a$  y  $b$  como referentes empíricos pueden arrojar conclusiones diferentes ya que su contenido va a depender de factores relativos al contexto. De ahí que  $a = a$  y  $a = b$  pueden ser enunciados de diferente valor cognitivo.

### **Significaciones posibles atribuibles al enunciado $a = a$ y $a = b$**

**Puede entenderse  $a=a$**

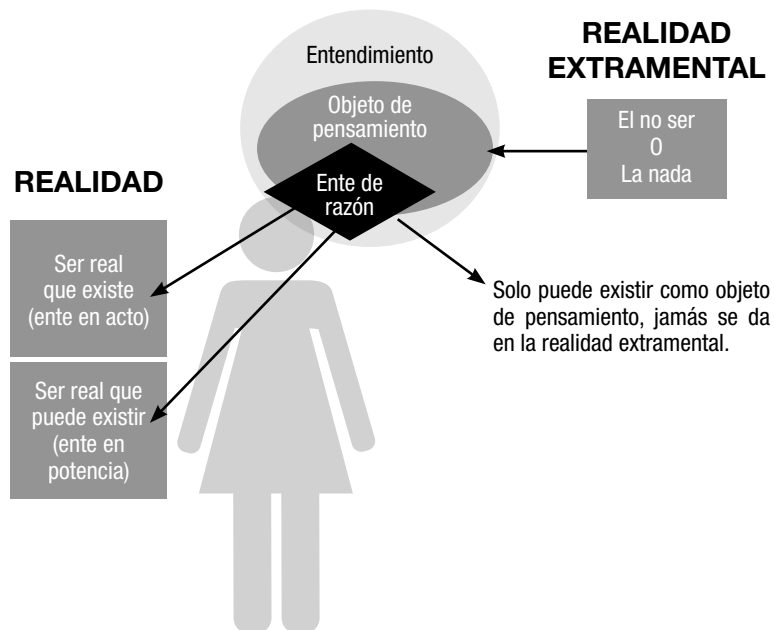
1. Estructuralmente corresponde al principio de Identidad.
2. Si de acuerdo al contenido el concepto sujeto y el concepto predicado son de igual significación son verdaderamente idénticos.
3. La comprobación de ' $a = a$ ' es a priori ya que no se necesita recurrir a la experiencia.
4. Refiere un juicio analítico porque el atributo está contenido en el sujeto.
5. No aporta un conocimiento nuevo, enfatiza.

<b>Puede entenderse a = b</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Formalmente corresponde al principio de Identidad.</li> <li>2. Necesariamente no se trata de una cosa igual a si misma porque puede contener ampliaciones.</li> <li>3. No siempre su comprobación es a priori y se requiere de la experiencia para comprobarse.</li> <li>4. Puede plantear una relación entre nombres y signos que designan algo y que se refieren a lo mismo.</li> </ol>
-------------------------------	---

Se hace importante diferencia entre los enunciados cuando hacen referencia al mundo a cuando hacen referencia al lenguaje. Se hace referencia al lenguaje cuando 'a' refiere lo mismo que 'a' 'y' refiere lo mismo que 'b'.

<b>Puede entenderse 'a' refiere lo mismo que 'a' y 'a' refiere lo mismo que 'b'</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sólo hay relación entre los nombres o signos en la medida en que éstos denominan o designan algo.</li> <li>2. La conexión entre los signos 'a' y 'b' es arbitraria, es decir, cualquier suceso o objeto puede ser tomado como signo para algo.</li> </ol>
	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La conexión arbitraria no implica que 'a' y 'b' refieran la misma cosa sino tan sólo a una forma subjetiva de designación. La referencia es lo que designa el signo, lo que denota.</li> <li>2. La conexión arbitraria no implica que 'a' y 'b' refieran la misma cosa sino tan sólo a una forma subjetiva de designación. La referencia es lo que designa el signo, lo que denota.</li> </ol>

**REALIDAD MENTAL Y EXTRAMENTAL EN EL SER REAL Y EL ENTE DE RAZÓN**



### 1.1.8 La identidad y opacidad fregeana

Desde la identidad se concibe que se es igual a si mismo, se plantea como una cualidad en que una cosa sea la misma que otra. El pensamiento fregeano se inicia con la llamada paradoja de identidad:

“a es a” = La cédula de identidad personal No.xxx-xxxxxxxx-x corresponde a No.xxx-xxxxxxxx-x  
Cuando el significado del enunciado es sólo su referente significan lo mismo.

“a es b” = La cédula de identidad personal No. xxx-xxxxxxxx-x corresponde a No.xxx-xxxxxxxx-x  
El No.xxx-xxxxxxxx-x corresponde al Sr. Y, quien es...  
El enunciado Sr. Y puede plantear cosas diferentes que pueden ser verdaderas o falsas y pueden ir más allá que la repetición del número de cédula.

Se parte de dos nombres distintos para la misma identidad, es decir el mismo objeto se denota usando los elementos de referencia y sentido. El mismo objeto hace referencia de diferentes formas. En la forma hay identidad, pero no necesariamente en el contenido.

El sentido como idea o concepto es un signo que alude a aquello de lo que se quiere hablar al utilizar unas determinadas y habituales palabras mientras que el referente evoca al objeto como realidad material. Se puede hablar de un mismo objeto desde perspectivas diferentes aún se utilice la misma estructura.

En el ámbito de la identidad se encuentra el problema de la opacidad u oblicuidad de la referencia, queriendo significar los casos en que no se puede sustituir un término co-referencial por otro porque de producirse la sustitución se alteraría el valor de verdad del enunciado. Frege entiende que las palabras tienen dos tipos de referencia: la habitual y la indirecta.



<b>La referencia habitual</b>	Referencia de las palabras	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Corresponde al uso cotidiano de la palabra, tienen una referencia directa. El hablante la refiere con el uso habitual que le otorga.</li> </ul>
	La referencia indirecta	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cuando se habla de lo que ha expresado otra persona, el que habla tiene una referencia indirecta mientras que el de que se habla tiene una referencia directa porque utilizó las palabras con el uso cotidiano que él le da, tuvo una referencia directa en su uso.</li> </ul>

Para Frege la opacidad es aparente porque los términos co-referenciales en una sustitución no son necesariamente los mismos desde el momento en que cada hablante al sustituir la referencia puede pasar de directa a indirecta y en esta sustitución puede cambiar el valor de verdad que sólo se mantendría si los términos fueran idénticos o co-referenciales.

Bertrand Russell hace una distinción entre nombres propios y comunes equivalentes a sujetos lógicos y predicados lógicos: todo lo que no sea un nombre propio es un adjetivo o predicado. De ahí que las descripciones siempre asociadas con otras nociones, deban ser clasificadas, desde el punto de vista lógico, como predicados y no como sujetos. Ahora bien, los nombres propios indican cosas, en estas entidades no mentales (los conceptos son ideales)...<sup>13</sup>

Russell plantea que todo nombre para ser genuino debe tener una denotación, designar directamente un individuo que es su significado y es independiente a las demás palabras aunque más tarde indicará que los nombres propios no son genuinos y que en los términos denotativos el significado depende del contexto. Lo denotativo también resulta connotativo y por lo tanto relativo.

13 <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Russell-Frege.pdf>. 29 de mayo de 2018.

### 1.1.9 Estructura de los conceptos

Continuando la ruta trazada en el diseño de Bouvier y los demás coautores se identificaran cuatro teorías acerca de la estructura de los conceptos: teoría clásica, teoría de los prototipos, teoría neoclásica y teoría causales de la referencia.

<p><b>Teoría clásica</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La teoría clásica identifica el concepto con un conjunto de propiedades necesarias y suficientes que posee un componente sensorial o de percepción.</li> <li>■ Esta teoría es criticada por no dar respuesta a la situación de ciertos conceptos desprovistos de propiedades necesarias y suficientes y de otros que aparentemente tienen una estructura de definición pero aun así son vulnerables a los contra ejemplos.</li> </ul>
<p><b>Teoría del Prototipo</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Esta teoría se fundamenta en que existen múltiples casos en que convencionalmente los agentes aceptan el juicio y las acciones a pesar de no poseer ni reconocer ninguna teoría articulada al respecto.</li> <li>■ La crítica se produce en torno a los llamados conceptos complejos que, contrario a los simples, al desagregarse en los paradigmas que lo componen se tornan ininteligibles por lo que el modelo paradigmático no tiene respuesta al modelo de la composicionalidad (sentido y referencia).</li> </ul>
<p><b>Teoría neoclásica</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La teoría neoclásica señala que el concepto debe incluir las propiedades necesarias de los objetos a que hacen referencia y asumir que cuando no sean suficientes las propiedades incluidas deberán reconstruirse de acuerdo a casos paradigmáticos. Plantea que los conceptos son definiciones parciales en que si bien muchas veces las propiedades son necesarias más sin embargo no son exclusivas.</li> <li>■ La crítica señala que si la definición sólo incluye propiedades necesarias queda sin resolver cómo distinguir distintos conceptos y aplicarlos de manera correcta.</li> </ul>
<p><b>Teoría causal</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Teoría causales de la referencia Los conceptos son átomos no divisibles cuya función es representar o implicar una cierta información causal originada por las cosas que existen en el mundo.</li> <li>• Se plantea que el primer nombre dado a un objeto es lo que sirve para darle una referencia. De ahí en adelante el uso continuo que se produzca va creando una relación entre el nombre dado por primera vez y las subsiguientes referencias que se produzcan hasta formarse lo que se denomina cadena causal.</li> <li>• La crítica es que plantea el concepto como un banco de datos causales y tal vez sería oportuno recurrir a las ideas kantianas de que los fenómenos carecerían de valor extra subjetivo.</li> </ul>

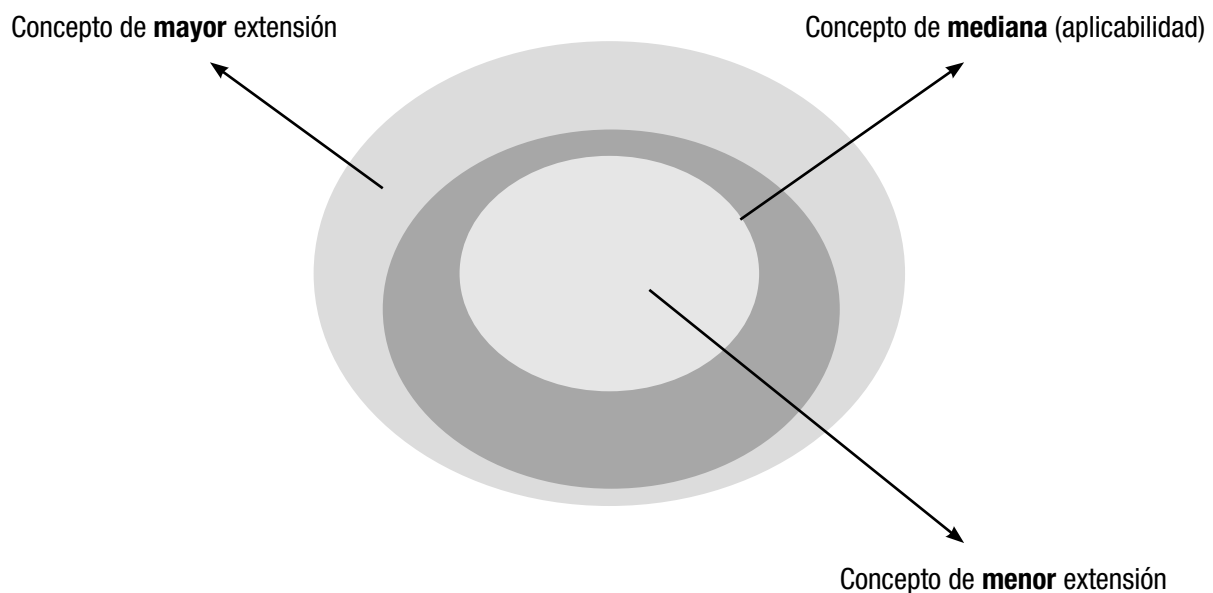
### 1.1.10 Análisis Conceptual

El modelo descomposicional se reconoce como el modelo por antonomasia de la historia de la filosofía, con él se propone la división y subdivisión de una idea básica hasta que no sea posible encontrar un contenido con información menor que el de la inicial; el contenido con información mínima provoca el primer entendimiento, una vez que impacta los sentidos y origina el conocimiento inmediato entonces crea la impresión.

#### Modelo descomposicional en la historia de la filosofía

Una de las formas más sencillas de entender la descomposición consiste en iniciar un proceso que se inicia realizando distinciones, se desarrolla distinguiendo y concluye, de igual manera, con distinciones. Es decir se inicia y termina haciendo distinciones.

Las ideas o conceptos son cadenas de conceptos, subsumidos unos en otros que se fundamentan en otros hasta llegar al de mínima extensión y máxima comprensión (contenido ideológico) por lo que constituye un individuo y por tanto carece de mínima extensión en una cadena.



Desde la dicotomía: contenido y forma, el proceso de abstracción va extrayendo contenido, significado. Es decir las propiedades, cualidades o descripciones que determinan el referente. Una vez terminada la reducción aparece la estructura, quedando lo que es común, a ese resto los filósofos le llaman universales.

Los universales son el objeto de la reducción, no se agotan en un individuo, no son una clase de grupo como los descriptos por la lógica. Sin embargo, para los realistas son realidades independientes de las cosas mientras que, para los empiristas, no existen ideas innatas y por lo tanto el conocimiento es producto de las sensaciones producidas por las experiencias.

El concepto de clase también figura como modelo de análisis conceptual, hace referencia al: “Conjunto finito o infinito, tomado como un todo, de objetos que se distinguen por un determinado rasgo. Los objetos que constituyen la clase se denominan elementos de la misma. Tales elementos pueden ser no sólo individuos, sino también clases, por lo que se habla de distintos tipos de clases. Generalmente, las clases se definen partiendo de las propiedades comunes a todos sus elementos.”<sup>14</sup>

Kant aporta al modelo descomposicional las nociones de enunciados analíticos y enunciados sintéticos. Cuando se analiza conceptualmente un enunciado en el que el predicado quede contenido en el sujeto se está ante, lo que él llama un enunciado analítico, punto de partida para el análisis conceptual y para la demostración de la interrelación e implicación de los elementos lingüísticos.

“Un enunciado analítico es aquel cuya verdad depende, pura y exclusivamente, del significado de las palabras contenidas en él. Los enunciados sintéticos, por el contrario, son verdaderos o falsos en virtud de los hechos.”<sup>15</sup> Se ha juzgado que el rol que debía desempeñar el análisis de concepto era encontrar una definición que cumpla con los

---

14 “Concepto de clase, Diccionario Soviético de filosofía, 1965: 67” , consultado 21 abril 2018, de 15 <http://www.filosofia.org/enc/ros/filos16.htm>

15 Bouvier, Hernán, op. Cit. p. 30

cánones de la construcción científica, es decir, clara, exclusiva, precisa, positiva y breve. Esta posición desde la lógica, parecería contribuir con la idea de que los científicos tendrían a su cargo el ámbito de dar información mientras que los filósofos tendrían por misión aclarar la información dada por la ciencia.

Al relacionarse la teoría descomposicional con los enunciados analíticos surgen dificultades que incluyen la llamada paradoja del análisis, lo que podría resumirse al decir: tanto el analisans como el analisandum deben ser equivalentes o sinónimos para un análisis correcto; no debe aportar ninguna información, pero si, por el contrario, el análisis adquiere valor informativo por incluirse en el analisandum entonces será falso porque no resultó de acuerdo al sentido especificado.

En la sinonimia de idéntica significación aplicada a oraciones se pueden distinguir: un tipo amplio y un tipo estrecho.<sup>16</sup> En cuanto al primero, las dos oraciones son contrarias porque imponen asentimiento y discrepancia concomitantemente sólo a causa del uso verbal y no a como ocurren las cosas en el mundo; al hablar, en este caso, se está describiendo el valor de verdad. Mientras que el segundo, el tipo estrecho, se produce cuando entre oraciones se da cierta correspondencia de partes.

La sinonimia de partes se define apelando a la analogía de sus papeles en todos los sinónimos; luego se define la sinonimia para dichos todos en sentido estrecho apelando a la sinonimia de partes homólogas.<sup>17</sup> Quine plantea que desde una perspectiva óptica: el ser, es ser el valor de una variable. Entiende que se sustituyen las propiedades y las relaciones por clases. En un lenguaje o teoría existe sólo aquello que en ella predique algo, se refiere a aquellas clases que se definen por cada predicado. No hacen referencia a objetos por no contener criterios para especificar los valores de las variables.

---

16 Quine, Willard Van Orman, Palabra y Objeto, Editora Labor, S.A. Barcelona, 1968, p. 78 [https://kupdf.com/download/120542497-quine-palabra-objeto\\_58a482db6454a7ef0ab1e8e3\\_pdf](https://kupdf.com/download/120542497-quine-palabra-objeto_58a482db6454a7ef0ab1e8e3_pdf) 18/05/2018

17 Idem

De acuerdo al autor Bouvier, además de las dificultades constituidas por la paradoja del análisis son cuestionables: la división de enunciados en analíticos y sintéticos, la vinculación entre necesario y a priori. La solución estándar a estos desacuerdos consiste en apoyar las nociones de necesidad y conocimiento a priori en la noción de analiticidad.

Para Quine el concepto de analiticidad explica el por qué se está dispuesto a mantener ciertas verdades frente a cualquier cambio en los hechos. Se considera una oración como analítica a aquella que al negarla el interlocutor provocan la pregunta ¿qué es lo que éste quiere decir? O provocaría ciertas dudas acerca de si se nos está entendiendo. Presupone una regla analítica y violarla implicaría que se está en otro juego. En definitiva, la analiticidad de oraciones y expresiones está en el comportamiento de los hablantes, hace referencia al lenguaje natural; no es aplicable a un lenguaje artificial o sistema semántico.

La división kantiana en juicios analíticos y sintéticos retoma otra fisonomía cuando se entiende que una oración ambigua puede ser decodificada en un sentido que puede entenderse como analítico en razón de que parte del significado del sujeto también forma parte del significado del predicado.

**Modelos y enfoque de  
Análisis Conceptual**

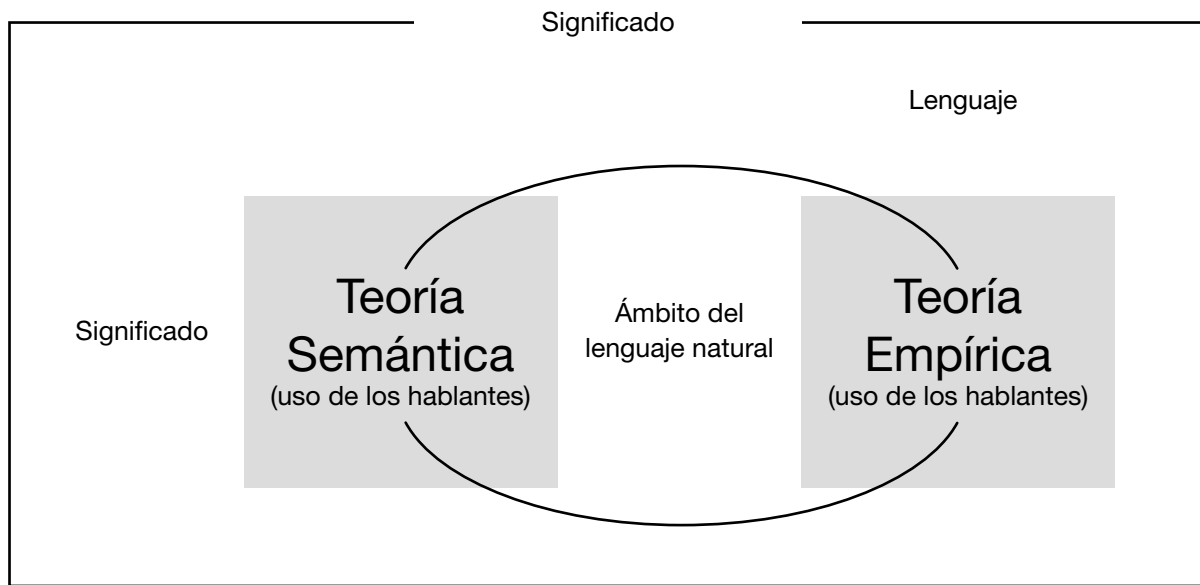
- Modelo descomposicional  
Distinguir, distinguir y distinguir hasta donde sea posible.
  - Concepto de clase  
Corresponde al todo constituido por todos los elementos determinado por un mismo rasgo.
  - Traducción-reducción  
Reducir y traducir el lenguaje natural pasando de la gramática al dominio de la lógica.
- 
- Análisis como conexión
  - Corresponde a los conceptos que requieren para ser aclarados ser conectados con otros conceptos pero sin que ello signifique que son irreductibles, es decir que para definirse tenga que recurrirse a la circularidad.

<b>Modelos y enfoque de Análisis Conceptual</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El enfoque <i>folk theory</i> Incluye en el análisis conceptual el uso ordinario de las palabras y las intuiciones, marca cuál es el referente que le viene al hablante al utilizar un concepto y/o lo que hacen cuando lo emplean.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Juicios analítico Su verdad depende, pura y exclusivamente del significado de las palabras contenidas en él.</li> </ul>
<b>Kant</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Paradoja del análisis El análisis correcto no debe aportar ninguna información, si el analisandum la incluye es falso.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Juicios sintéticos Son verdaderos o falsos en virtud de los hechos. Los axiomas en las teorías empíricas para ser aceptados como verdaderos dependen de la realidad extralingüística.</li> </ul>

El sistema formal es un sistema cerrado en el cual la proposición analítica sólo es verdadera a causa de lo que significan las palabras en sus axiomas y teoremas. Las verdades analíticas sólo refieren verdades lógicas mientras que, en las teorías empíricas para que los axiomas se acepten como verdaderos dependen de la realidad extralingüística, es decir de la realidad.

<b>La Verdad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Sistema cerrado La palabra adquiere significado a partir de axiomas y teoremas propios de la matemática y la lógica.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Teorías empíricas La verdad de los axiomas deviene de la realidad.</li> </ul>

Existe cierto consenso al establecerse que la analiticidad no puede entenderse como una cuestión de grado ni de significado. En el ámbito del lenguaje natural se debe entender que entre una teoría semántica y una teoría empírica se da una correlación, los significados parten del uso que los hablantes hacen del lenguaje.



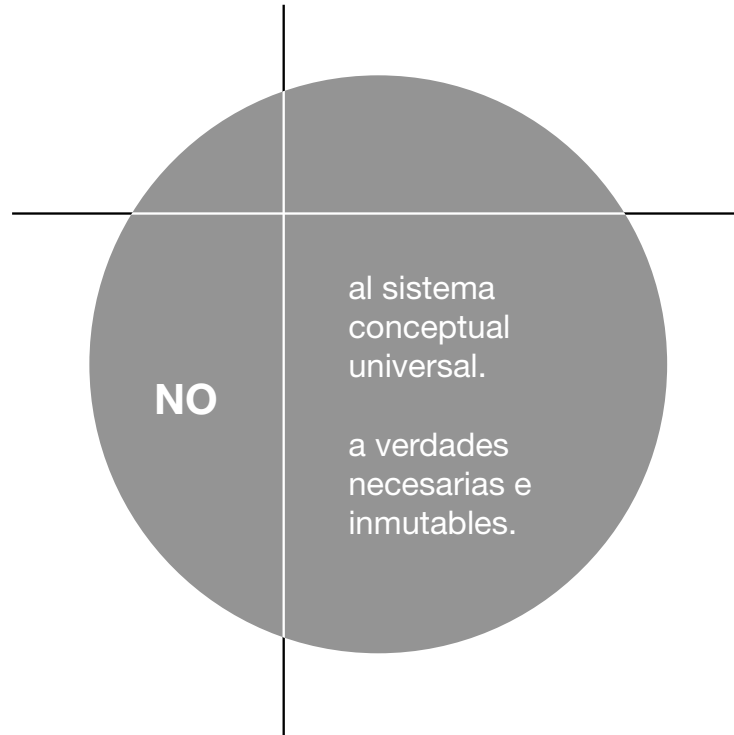
Mientras que para Quine la noción de analiticidad debe ser abandonada por su naturaleza circular, para Hilary Putnam<sup>18</sup> debe conservarse esa distinción entre conocimiento analíticos y conocimiento sintéticos, él también critica los empiristas por integrar la distinción entre a priori y a posteriori planteando en que existen diferencias entre las verdades de todos ellos. Una cosa es cuestionarse sobre la existencia de verdades analíticas y otra es cuestionarse acerca de si algunas verdades son a priori.

De acuerdo a Putnam el problema hay que verlo dentro del marco de un sistema conceptual en específico ya que no existe una especie de sistema conceptual universal en que se puedan recoger todos los sistemas, abandona la idea de verdades analíticas para asumir la idea de verdad necesaria dentro de un conocimiento sistematizado, en el cual esa verdad necesaria se corresponde con un contexto en que ella resulta ser la mejor explicación posible en el momento. No existen verdades inmutables, existen verdades en relación a un marco conceptual consensuado.

18 Ver: Polanco Barrera Moris, tesis doctoral, REALISMO Y PRAGMATISMO. BIOGRAFÍA INTELLECTUAL DE HILARY PUTNAM, file:///Users/esthel/Downloads/TesisMPolanco%20(1).pdf 23/05/2018.



## PUTNAM



Otro aspecto a destacar es la idea de desacuerdo entre hechos y desacuerdos entre significados, es decir entre datos y nuevos datos sobre el mundo arrojados por diversas teorías científicas. Obviamente, la aparición de una teoría no trae consigo la aparición de un lenguaje nuevo ni la asignación de diferentes significados a términos ya establecidos por comunidades hablantes anteriores.

Si bien al realismo se le conoce como filosofía natural de la ciencia, de ello no se puede inferir que la única idea aceptada como verdadera sea la que el científico describe y sustenta. Ya Thomas Kuhn ha roto el mito sobre la verdad total de la ciencia, señalando que la ciencia es un concierto de verdades consensuadas por científicos, en el tránsito de unas verdades a otras se produce el cambio de paradigma, es decir el tránsito social de un modo de pensar a otro. Se da una lucha entre el paradigma vigente y el que se le opone. En definitiva, si bien pueden coexistir diversas maneras de describir el mundo cada una de ellas devela no sólo el sistema conceptual de quien describe sino también el nivel de su subjetividad.

## En las ciencias la verdad es el fruto del consenso.

A las formas del pensamiento denominadas concepto y juicio les corresponden las formas externas del término y proposición respectivamente. El primero da significación y el segundo da anclaje en lo verdadero o lo falso. En el ámbito del Derecho el concepto es la aprehensión que se hace de la realidad; se requiere conocer más que palabras para alcanzar ciertos niveles de profundidad y razonar por conceptos. Las proposiciones jurídicas, por otro lado, son la materia con la que se objetiva el derecho es la proposición jurídica y esta se construye con lenguaje.<sup>19</sup>

El autor, Abel Naranjo, refiere el concepto al decir: Tomar una situación de hecho y reducirla a palabras esenciales que expresen la situación, es dar el concepto de ella.<sup>20</sup> Da el siguiente ejemplo:

“Si digo, v. gr., “una finca”, es evidente que he dado un concepto abstracto de algo que llamamos “finca” y que no es ni esta, ni esa, ni aquella, representadas ahora en la mente, porque si se tratara de una representación, habría dicho “la finca”, “esa finca”, “aquella finca”, etc. De ese concepto se puede avanzar a algo más general que es propiedad raíz. Cuando esos diversos conceptos se unen con un significado para fijar una situación, habremos hecho ya una proposición completa, si es que el hecho puede sintetizarse en una situación, y decir por ejemplo: “Se efectuará la traducción del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, previa entrega material de los bienes”, proposición cuyo significado, como concepto jurídico, es el de que la inscripción es el acto que perfecciona la entrega material del bien raíz.”<sup>21</sup>

Más adelante se concluye acerca del ejemplo diciendo: Esa construcción legislativa por conceptos indica claramente que es necesario que quien lo hace, tenga suficientes

19 Naranjo Villegas, Abel, *Filosofía del Derecho*, Themis, Colombia, 2008, P. 236

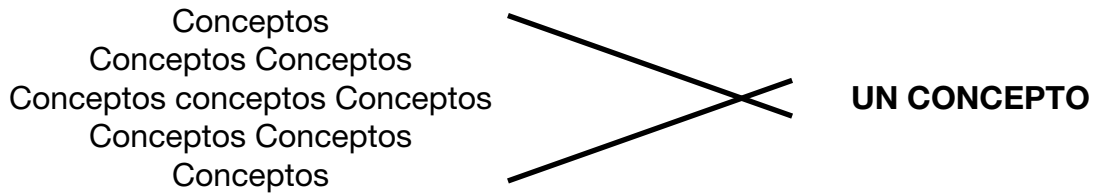
20 Idem, p. 252

21 Idem

capacidades de raciocinios para pensar en conceptos y no dejarse arrastrar por la marea de las palabras sin sentido.<sup>22</sup>

El hombre piensa con palabras, en el conocimiento se van formando esquemas mentales que le permite expresarse con conceptos; estos se van acomodando e incrementando alcanzando mayores niveles de precisión que necesariamente no implican mayores niveles de claridad.

**Un concepto es la síntesis de conceptos.**



Se entiende que la interpretación de los textos normativos se enfrenta a términos semejantes a los del lenguaje natural, o bien se identifican con las palabras del lenguaje natural pero incluyen ciertos matices, en otras ocasiones los términos utilizados son una creación del legislador quien, no solo las define sino también les da una significación propia en el marco jurídico. El intérprete necesitará de una formación y un bagaje teórico para enfrentarse a su labor. Sin embargo, más allá de los conceptos están las proposiciones jurídicas estos implican un avance en la escala ofreciendo más que significaciones, de ellas se podrá predicar verdad o falsedad.

Navarro, señala que las proposiciones jurídicas se convierten en vehículos de transmisión del derecho, sin que esto quiera decir que se paralice en ellos el espíritu creador u objetivo que tiene suficiente capacidad para modificar el objetivado. Es decir que puede cambiar el sentido de las proposiciones jurídicas.<sup>23</sup>

22 Idem

23 Idem, p. 236 a 237

<p><b>El Derecho es un instrumento</b></p>	<p>De coexistencia De la cultura De vida para estar en el mundo Para evitar la arbitrariedad</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Para regular la conducta en torno bienes y servicios.</li> <li>■ Para sustentar la libertad en las leyes</li> </ul>
--	---

“Ese carácter instrumental con que debemos concebir el Derecho le quita todo el carácter de ultimidad que le dio el iusnaturalismo religioso, pero le otorgó a la vez el valor de religión humana, sin la cual no es posible ni grata la coexistencia de los hombres.”<sup>24</sup>

## **1.2 El lugar del concepto Derecho desde las teorías jurídicas**

Conocer el significado del término Derecho en sus diferentes usos comprende un abanico de posibilidades, ya sea visto como concepto, objeto de estudio o como actividad resulta una tarea interesante que implica cierto nivel de complejidad desde el momento en que el término es aplicable a referentes empíricos y realidades diversas. Obviamente, referentes empíricos porque están basados en la experiencia y la observación de los hechos; y aplicable a realidades diversas porque puede referirse a normas, instituciones, comportamientos de carácter objetivo, etc.

### **1.2.1 Uso de la palabra Derecho**

Conocer los usos de la palabra Derecho resulta interesante porque los significados del término Derecho varían y se plantean a partir de posiciones teóricas específicas que lo analizan y explican. Cada teoría lo hace desde su perspectiva y es desde ella que se enfrenta con la difícil tarea de intentar definirlo.

---

24 Idem, p. 238

<b>Rasgos básicos del Derecho</b>	<b>Organización social</b> La manera como se regula la vida es lo que determina lo que es el Derecho.
	<b>Fenómeno humano</b> Es producto y norma.
	<b>Sistema de Valores</b> Conlleva manifestaciones de preferencias e ideologías.
	<b>Elemento de coacción</b> Otorga la posibilidad de suministrar un mal por la fuerza.

Cabe destacar que como fenómeno humano, sea como género o especie, el término Derecho es sumamente complejo, involucra intereses, palabras que en su uso tienen una referencia directa o indirecta, porque los problemas de opacidad son frecuentes y es el lenguaje el vehículo del pensamiento, porque el lenguaje sólo refleja aspectos de la realidad, Además de que el fenómeno humano se desarrolla y registra interpretaciones y sustituciones de interpretaciones en las teorías que refieren esos hechos.

<b>Producto humano</b>	■ Circunstancias
	■ Contexto histórico

### 1.2.2 Usos del lenguaje del concepto Derecho

En la esfera del lenguaje natural la palabra derecho tiene diversas denotaciones y connotaciones que se develan a partir del contexto y el uso del lenguaje que le dé el hablante, pero de igual manera ocurre en el ámbito del Derecho, este fenómeno presenta problemas de ambigüedad. Parece inevitable que desde cualquier acercamiento al término Derecho se perciba su carácter de ambiguo y vago, resultado de la cercana relación que mantienen sus diversos significados.

<b>Derecho</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Objetivo</b> Esta acepción se corresponde con la idea de conjunto de normas.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Subjetivo</b> Facultad de hacer respaldada por el Estado.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Ciencia jurídica</b> Relativa al estudio o a la reflexión sobre el Derecho.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Sinónimo de justicia</b> Corresponde al ámbito axiológico que refiere que entraña el valor justicia como ideal.</li> </ul>

Si nos detenemos en la problemática que presenta la ambigüedad de la palabra derecho y se reflexiona sobre la relación existente del derecho objetivo o subjetivo con la dogmática o ciencia del derecho se verifica esta dificultad. Los conceptos se expresan con palabras que en el ámbito del Derecho tendrían que ser más específicas y menos ambiguas de ahí el socorro de los criterios: gramatical, literario y jurídico.

<b>Ambigüedad del Concepto Derecho</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Normas jurídicas</b> Significado atribuible a un enunciado</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Enunciados jurídicos</b> Son proposiciones normativas de carácter deóntico (prohibir, ordenar, permitir).</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Proposiciones jurídicas</b> Informan la existencia de enunciado normativo, referido en un lenguaje asertivo, dice honestamente lo que verdaderamente se piensa; refiere un lenguaje descriptivo e indica cual es el procedimiento a seguir para cumplir la norma, por ello puede ser verdadero o falso.</li> </ul>

El maestro Agustín Squella<sup>25</sup> se ocupa de diferentes significados de Derecho como los usos coloquiales y técnicos, hace referencia del uso de todas las personas y el uso dado por aquellos que la destinan al ámbito de sus estudios o profesiones.

25 Squella, Narducci, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011, p. 9 a 28

El autor señala que el derecho plantea un saber o conocimiento; el vocablo designa un objeto por conocer que implica la noción de fenómeno humano que inicia y termina más allá del ciclo vital, pero, también, designa el saber que se constituye acerca de ese objeto. Es decir, a diferencia de otras áreas del saber, en la ambigüedad del término Derecho se conjugan el objeto por conocer y nombre del saber que se ocupa de él. Aconseja hacer una diferencia utilizando el término Derecho para el objeto por conocer, es decir sólo para señalar el fenómeno normativo y ciencia del Derecho o dogmática para el saber que se produce al conocer ese objeto.

De igual forma llama la atención de los inconvenientes que pueden acarrear hablar de ciencia y de dogmática en el ámbito del Derecho y advierte que esos inconvenientes se pueden o no presentar dependiendo de si se entiende ciencia en un sentido lato o no y si se interpreta la dogmática jurídica en cuanto normas y estándares que de manera objetiva y como dato previo le son dado al jurista para poder realizar su trabajo.

Agrega, que también el término Derecho hace referencia a un probable conjunto de normas y principios anteriores y superiores a los ordenamientos jurídicos dotados de realidad y vigencia histórica. Punto que referencia las posiciones positivistas e iusnaturalistas en sus diferentes vertientes, es decir, teológico, racional o intrínseco en la naturaleza de las cosas. Siendo el positivismo monista porque sólo existe el Derecho positivo o iusnaturalista que resulta dualistas por asumir que hay un derecho positivo y otro natural.

### **1.2.3 La vaguedad en el concepto Derecho**

Como en el ámbito jurídico el lenguaje natural es parte de la jerga profesional se puede hablar de un lenguaje natural tecnificado con el que se pretende desarrollar un nivel de precisión que garantice una efectiva comunicación.

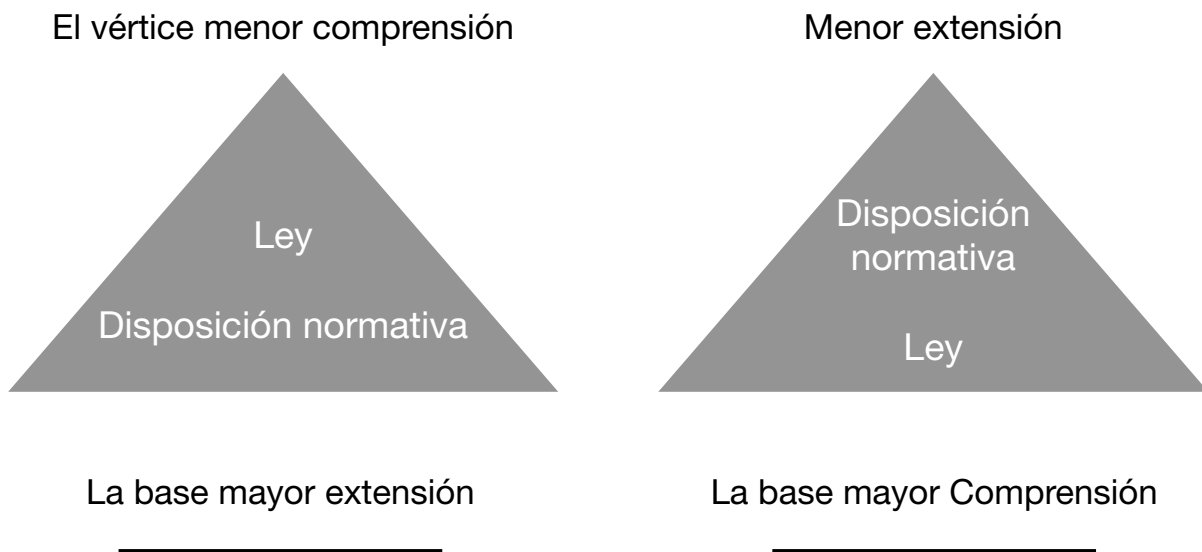
Desde la perspectiva lógica, cabe señalar: Y aun en el lenguaje vulgar la palabra idea suele tomarse como algo que precede y supera la realidad, que se considera como el ideal venido a menos. En cambio, la concepción abstracta que formamos de la esencia

de una cosa ya existente en la realidad, no ha de denominarse idea, sino concepto de dicha cosa.<sup>26</sup> Las noción de extensión en los conceptos expresan la idea de aplicabilidad y la de comprensión el contenido ideológico

La extensión refiere la masa de fenómenos que pueden aplicarse al concepto. Designa el conjunto real que abarca. Tanto la extensión como la comprensión son inversamente proporcionales por cuanto el concepto Derecho cuando tiene una extensión máxima en ese mismo contexto queda evidenciado que presenta una comprensión mínima.

Comprensión refiere aquello que el concepto subsume o incluye o las notas de lo conforman o constituye. Cuando se habla de Derecho desde la dogmática, por ejemplo, se habla de Constitucional, Laboral, Penal, Derecho Público ... todos estos conceptos quedan insertos en la comprensión del concepto, es decir están subsumidos en él.

Tomando la configuración de William Hamilton se puede apreciar que en una cadena de conceptos el mismo concepto que tiene la mayor extensión es el que tiene la menor comprensión. Parecerá una obviedad que se diga que esta relación pierde sentido cuando los conceptos son heterogéneos y no subordinados entre si.



26 Mans Puigarnau, Jaime, Lógica para juristas, Bosch, Barcelona, 1978, p. 39



El filósofo Manuel Atienza, haciendo referencia tanto al problema de la extensión y la comprensión del concepto Derecho y a la posición de Herbert Hart en cuanto mas que definir el concepto de derecho al describirlo dice: podemos determinar con cierta facilidad cuál es el Derecho de X, aunque no sepamos muy bien lo que es tal Derecho.<sup>27</sup> De igual manera advierte de dos errores.<sup>28</sup>

<b>Atienza y la naturaleza del concepto Derecho</b>	<b>Primero:</b> que los conceptos (y las palabras) reflejan una esencia inmutable, es decir que la intensión o ideológico de un concepto como el Derecho puede fijarse totalmente y de una vez por todas.
	<b>Segundo:</b> olvidar que el Derecho es una palabra de clase por lo que no tiene sentido buscar detrás de ella un único ente físico o metafísico.

Cabe resaltar que el lenguaje prescriptivo tiene por finalidad transmitir información acerca del mundo. El maestro Santiago Nino marca lineamientos generales sobre este lenguaje prescriptivo<sup>29</sup> al señalar: el uso informativo, uso expresivo, uso interrogatorio, uso operativo y uso prescriptivo o directivo.

<b>Usos del lenguaje</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Informativo</b> Se utiliza para describir cierto estado de cosas.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Expresivo</b> Expresa o provoca emociones.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Interrogatorio</b> Requerir información del interlocutor.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Operativo</b> Mediante ciertas condiciones implica la realización de acciones hacia a quienes se dirijan.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Prescriptivo o directivo</b> Busca dirigir el comportamiento de otro.</li> </ul>

27 Atienza, Manuel, Introducción al Derecho, Fontamara, México, 2005, p. 20

28 Atienza ob. cit., p. 7 a 22

29 Nino Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, España, 1999, p. 63 a 67

El uso prescriptivo no implica que se logre el comportamiento que se indica y deseado por el emisor, estas oraciones no tienen valor de verdad porque no están para informar acerca de la realidad. Si bien es cierto que suelen expresarse mediante oraciones que estén bajo el modo imperativo porque se corresponde con la intención de dirigir comportamientos que es propio de este uso no es indispensable esa forma de oraciones. Situación semejante se da con los operadores deónticos (ordenar, prohibir, permitir) y con los juicios modales (necesario, posible e imposible). El uso de oraciones optativas también pueden servir de vehículo para expresar prescripción.

Manifiesta Santiago Nino, que el término prescripciones se reserva, fundamentalmente, para referirse al uso de carácter normativo, implica ciertas consideraciones relativas a la fuerza como son las órdenes, los mandatos y las imposiciones.

<p><b>Prescripciones en sentido estricto</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las prescripciones u órdenes se caracterizan por una superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario.</li> <li>■ El emisor no supedita el cumplimiento de la directiva a la voluntad del destinatario.</li> <li>■ Las prescripciones incluyen los permisos o autorizaciones debido a que si alguien dio permis.</li> </ul>
--	--

Para los juristas contemporáneos seguidores de la filosofía empírica, se fundamentan en la experiencia y en la observación de los hechos, el objetivo de la filosofía es un análisis lógico del lenguaje y no el conocimiento del mundo. Incluso Santiago Nino llega a afirmar que los juristas hacen análisis del lenguaje sin saberlo.

<p><b>Distinción entre enunciados analíticos y sintéticos</b></p>	<p><b>Enunciados analíticos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ No refiere hechos.</li> <li>■ Son necesariamente verdaderos o necesariamente falsos.</li> </ul>	
	<p>Su valor de verdad depende</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ De su relación con la estructura lógica.</li> <li>■ Del significado de los términos que lo componen.</li> </ul>

<b>Distinción entre enunciados analíticos y sintéticos</b>	<p><b>Enunciados empíricos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Refiere hechos.</li> <li>■ Dependen de la realidad extralingüística, es decir de lo que ocurre en la realidad.</li> <li>■ Verdadero cuando es consonante con lo que ocurre en mundo.</li> <li>■ Falso cuando su contenido difiere de lo que ocurre en el mundo.</li> </ul>
--	--

El filósofo italiano R. Guastini<sup>30</sup>, distingue entre los problemas empíricos que se refieren a los hechos y se resuelven con la observación de la realidad y los problemas conceptuales que obviamente hacen referencia al significado de las palabras y buscan sus soluciones en el campo de las definiciones.

<b>Distinción entre enunciados analíticos y sintéticos</b>	<p><b>Enunciados descriptivo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Formulan y transmiten informaciones del mundo.</li> <li>■ Usan el lenguaje de la ciencia.</li> <li>■ Tiene valores de verdad.</li> <li>■ Se ocupa de las controversias relativas a los hechos.</li> </ul>
	<p><b>Enunciados prescriptivo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Buscan modificar el comportamiento de los hombres. Tienen carácter deóntico.</li> <li>■ Usan el lenguaje del Derecho y la moral.</li> <li>■ No son verdaderos ni falsos.</li> <li>■ Se ocupan de las controversias acerca de los valores.</li> <li>■ En caso de que puedan resolverse será a partir de la argumentación y la persuasión.</li> </ul>

<b>Distinción entre Motivos y razones fundada en su no necesaria correspondencia</b>	<p><b>Los motivos</b></p> <p>Son hechos mentales como impulsos, actitudes, preferencias morales, etc. que inducen a ciertas creencias, a ciertas posiciones acerca de una tesis o a la toma de decisiones.</p>
	<p><b>Las razones</b></p> <p>Son enunciados lingüísticos expuestas para defender o respaldar una decisión. Son los puntos de partida, las premisas en que se funda la conclusión.</p>

30 Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 20 a 24

### 1.2.4 Los enunciados del derecho

En la obra *La sintaxis del derecho* Riccardo Guastini asevera que modernamente no existe oposición a que el Derecho es un fenómeno lingüístico, lo que significa que el Derecho es un discurso y específicamente un discurso de las autoridades normativas.

<sup>31</sup> De inmediato lo define como: Un discurso es una secuencia de enunciados. Un enunciado, a su vez, es una secuencia de palabras dotada de forma sintáctica y sentido completo. Los enunciados que componen el derecho son enunciados en lenguaje normativo, o prescriptivo, o, dicho de otra manera, directivo. <sup>32</sup>

Del análisis de las opiniones de autores italianos e ingleses acerca de la distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo Guastini señala: No obstante, los conceptos de lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo no son conjuntamente exhaustivos, es decir, describir y prescribir no agotan los usos posibles del lenguaje. <sup>33</sup> Se describen tres puntos de vistas: Pragmático, sintáctico y semántico.

#### Pragmática del lenguaje prescriptivo

<b>Actos humanos</b>	<b>Actos lingüísticos</b> Todo acto que efectivamente se cumple mediante el lenguaje, que se lleva a cabo mediante palabras, concretamente pronunciando enunciados.
	<b>Actos no-lingüísticos</b> Son los contrarios a los lingüísticos, para cumplirse se requieren más que palabras, más que el lenguaje. El lenguaje puede hablar de esos actos pero no los realiza (decir “yo troto” no es trotar).

Dice Guastini: “...es necesario señalar que un mismo enunciado - por ejemplo, “El homicidio es castigado con pena de reclusión” - puede ser usado indiferentemente tanto por un legislador, para cumplir un acto lingüístico de prescripción (para prescribir una conducta), como por un jurista, para cumplir un acto lingüístico de descripción (para

<sup>31</sup> Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Traducción de Nuñez Vaquero Alvaro, Marcial Pons, 32 Madrid, p. 41

<sup>32</sup> Idem. P. 42

<sup>33</sup> Idem.

describir el derecho vigente). Un mismo enunciado con el que se realizan dos actos lingüístico diferentes: el legislador ordena que el homicidio sea castigado; el jurista constata que el legislador ha ordenado que el homicidio sea castigado.”<sup>34</sup> Concluye que los enunciados no son descriptivos, ni prescriptivo sino que resultan uno u otros de acuerdo a su enunciación concreta, a su pronunciamiento o proferimiento por parte de alguien en determinadas circunstancias.

### Sintaxis del lenguaje Prescriptivo

Guastini precisa que existe otra distinción entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo en cuanto al léxico y la sintaxis. El primero refiere la forma en que son usadas las palabras y el segundo la manera en que se combinan las palabras.

<b>Distinción en cuanto al léxico y la sintaxis</b>	<b>Descriptivo</b>	<b>Léxico</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Suelen expresar bajo la forma verbal indicativa que expresa acciones reales u abjetivas, sin impropor el tiempo verbal.</li> </ul>
		<b>Sintáctico</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El legislador suele utilizar enunciados sintácticamente indicativos con una función prescriptiva.</li> </ul>
	<b>Prescriptivo</b>	<b>La Autoridad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Suele usar la forma imperativa y la forma deóntica, expresa un deber. Estas formas aparecen de forma implícita.</li> </ul>
		<b>Los Juristas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Suelen utilizar enunciados deónticos para describir el contenido de prescripciones legislativas preexistentes.</li> </ul>

<b>Prescripción y referencia</b>	<p><b>Parte referencial</b> En los enunciados se refiere a sujetos, comportamientos y circunstancias. Determinan qué es prescrito, a quién y en qué circunstancias.</p>
	<p><b>Parte no-referencial</b> Las voces del verbo deber y el carácter deóntico desempeñan la función pragmática de hacer explícito el acto lingüístico cumplido por el hablante.</p>

34 Idem. p. 43

Luego de Guastini presentar como ejemplo de enunciado de forma verbal indicativa Los asesinos son castigados aporta el ejemplo Los asesinos deben ser castigados como ilustración de forma deóntica y, de igual forma, señala el enunciado: El homicidio es castigado con pena de reclusión como ejemplo de uso sintácticamente indicativo con una función prescriptiva, y, por último, Los asesinos deben ser castigados con pena de reclusión como un ejemplo de uso sintácticamente deóntico para concluir lo siguiente:

En síntesis no hay correspondencia biunívoca entre la forma sintáctica de los enunciados y su función, respectivamente, descriptiva o prescriptiva. y termina aseverando que la forma sintáctica es una señal, pero no una prueba concluyente para decidir el carácter descriptivo o prescriptivo.

### **Semántica del lenguaje Prescriptivo**

De igual manera existe otra distinción entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo a partir del significado.

<b>Distinción en cuanto a la semántica</b>	<b>Descriptivo</b> <ul style="list-style-type: none"><li>■ Sólo los enunciados descriptivos pueden ser verdaderos o falsos según se refieren o a los hechos o los eventos.</li><li>■ Exige una reacción de tipo teórica o cognitiva (creer que algo es verdadero o falso).</li></ul>
	<b>Prescriptivo</b> <ul style="list-style-type: none"><li>■ Estos enunciados deben referirse al menos a una conducta que se solicite para poderse establecer la obediencia o violación de una prescripción.</li><li>■ Exige reacción de tipo práctico (obedecer o no).</li><li>■ No expresan el cómo es el mundo.</li><li>■ Sin referente no puede haber prescripción.</li><li>■ Los enunciados prescriptivos pueden referir un sentido diferente al narrarse el mismo estado de cosas en formas totalmente diferentes.</li></ul>

Guastini termina con una cita de J. R. Searle En resumen, los enunciados descriptivos pretenden, dicho de algún modo, adaptarse al mundo; los enunciados prescriptivos pretenden, más bien, que el mundo se adapte a ellos.<sup>35</sup>

35 Idem, p. 46

El Derecho es un discurso prescriptivo porque está conformado por enunciados prescriptivos en sentido estricto y estos se relacionan con otros que aunque necesariamente no tengan este carácter están, no sólo intercomunicados, sino, también, en una relación de dependencia y es en torno a ella que se determina la función.

De alguna forma ya se ha planteado que la pregunta central de la teoría general del Derecho es definir el concepto Derecho; esta pregunta ha sido motivo de interesantes y múltiples controversias que el reduccionismo engloba en tres concepciones troncales marcadas por las ideas de justicia, validez y eficacia, que se corresponden en el ámbito del Derecho con el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo. Aspectos todos que pueden estudiarse en diferentes libros ocupados en el tema y que desde otras áreas o enfoques del derecho se desarrollan fundamentalmente desde la perspectiva de la filosofía analítica o desde la teoría semántica.

Partir de las teorías sobre el lenguaje constituye un apropiado punto de partida ya que tal como establece Putnam las palabras son los signos convencionales de un lenguaje natural, se ha visto que aun el concepto Derecho, elemento subordinante desde el cual se organiza todo sistema jurídico, tiene significaciones diversas que dependen del uso que le den los hablantes en el contexto.

En la exposición sobre el divorcio entre filósofos y juristas Miguel Reale refiere: reconocían, en teoría, la importancia de la Filosofía del Derecho como un orden de conocimientos indispensables a la cultura del jurista, pero no admitían, en general, que de dicha forma de conocimiento pudiesen derivar consecuencias esenciales para la Ciencia del Derecho como tal.<sup>36</sup>

El abordaje de los conceptos jurídicos traerá consigo la revisión de aportes significativos como los de la Escuela de la Exégesis tal como: la precisión de los conceptos técnicos empleados y el rigor alcanzado en las obras sistemáticas. Pero, como suele ocurrir muchas veces, la construcción conceptual llegó a tener valor en

---

36 Reale Miguel, Teoría Tridimensional del Derecho, Traducción Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid, 37 1997, p. 25

sí y por sí, esterilizándose en esquemas fijos, mientras la vida proseguía sufriendo aceleradas mutaciones ajenas a sus centros de interés.<sup>37</sup>

### **1.3 Perspectiva general y la perspectiva particular de la dogmática jurídica**

El fenómeno del Derecho puede quedar claramente ilustrado en la lapidaria afirmación de Santiago Nino: “El derecho como el aire está en todas partes”. El Derecho como orden regulador, fundamentalmente normativo se plantea como un fenómeno transversal que refiere a la conducta humana y que plantea una especie de red entre él, el hombre y la sociedad.

El maestro italiano Riccardo Guastini<sup>38</sup> se interesa en delimitar los campos de la teoría del derecho y la filosofía del derecho así como, la línea entre teoría del derecho y dogmática ya que en su quehacer cada una de ellas se ocupa de variados temas, diversos métodos de investigación. Estas variaciones se presentan de acuerdo al rol que tome el observador, es decir desde una posición externa o interna.

La posición externa parte de una postura filosófica (idealismo, existencialismo, etc.) y desde ella busca soluciones a los grandes problemas, en el caso que nos ocupa, a los grandes problemas del Derecho. Desde la óptica asumida construye sistemáticamente las respuestas a los problemas del ámbito jurídico. Si, por el contrario, se tomara una posición interna implicaría buscar soluciones a partir de la experiencia jurídica, a partir del ejercicio y de un conocimiento propiamente jurídico.

Los filósofos externos al Derecho como Jürgen Habermas e Immanuel Kant se enfocan en él de manera conjunta con la moral, la política y el todo, incluyendo la relación entre justicia y Derecho; mientras que los juristas, en calidad de filósofos, no miran las grandes concepciones de la filosofía sino, más bien, realizan desde el Derecho un ejercicio enfocado en él, se enfocan en la crítica de las ciencias jurídicas y plantean soluciones para los problemas que le son propios.

---

37 Idem, p. 26

38 Guastini, Riccardo, Distinguiendo, Traducción de Jordi Ferrer, Gedisa, España, p.15 a 28



<b>Perspectiva del observador</b>	<b>Perspectiva interna</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El observador busca soluciones a partir de la experiencia jurídica, a partir del ejercicio y de un conocimiento propiamente jurídico.</li> <li>■ Enfocan la justicia como un problema moral.</li> </ul>
	<b>Perspectiva externa</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El observador miran las grandes concepciones de la filosofía y desde ella intenta buscar soluciones a los problemas del mundo jurídico.</li> <li>■ Incluyen la perspectiva moral, política y la justicia en su soluciones.</li> </ul>

Guastini incluso afirma, refiriéndose a la teoría del derecho, que: En principio, la FD de los juristas no está interesada en determinar el concepto de derecho ni tampoco en establecer ningún concepto de justicia. Por un lado, los juristas no perciben ninguna necesidad de interrogarse sobre el concepto de derecho, no porque puedan prescindir alegremente de todo concepto de derecho, sino por la simple razón de que uno u otro concepto de derecho - aceptado de un modo no siempre consciente y, de todas formas, sin problematizar - siempre forma parte de los presupuestos indiscutibles de todo jurista.<sup>39</sup>

Completa el panorama señalando que los juristas ven el problema de la justicia como un asunto de orden moral y no jurídico. Y termina señalando que la teoría del derecho y la dogmática difieren en los niveles de abstracción que alcanzan en el análisis de los problemas.

El carácter normativo del Derecho nos lleva no solo al lenguaje deóntico que se traduce en normas que obligan, prohíben o permiten, más bien y a determinar en qué consiste lo que obliga, prohíbe o permite el Derecho, sino, mas bien, a identificar la nota propia de las normas jurídicas que la separa de todo otro tipo de norma. Prieto Sanchís en sus apuntes de Teoría del Derecho entiende que las técnicas con que se presentan las normas se marcan como característica estructural distintiva que pueden sintetizarse de la manera siguiente:

---

39 Idem. p. 18

Norma jurídica	Norma moral
Las normas jurídicas son prescripciones negativas o prohibiciones	Tienen carácter positivo o de mandato
Hererónomas	Autónomas
Hipotéticas o condicionales	Categorías
Coactivas	No coactivos

Sin embargo, la teoría del Derecho abandona por insatisfactoria esta caracterización ya que dentro de las normas jurídicas existe un grupo que no tienen el carácter de coactivas y otro, que si bien son coactivas no están atadas a la fuerza como están las jurídicas. Estas distinciones pueden verificarse también en normas religiosas y sociales. El autor igual refiere el punto medio entre la moral racional y el Derecho que se establece en la moral social, costumbre, reglas de trato social... que podrán coincidir en su contenido con reglas jurídicas o con reglas morales en sentido estricto.

Normas	Sanción	Uso de la fuerza
Jurídicas	Coactivas (carácter externo)	Si
Religiosas	Excomuni3n, entredicho	No
Morales	Remordimiento de conciencia (carácter interno)	No
Sociales	Reacciones cr3ticas en sus m3ltiples modalidades, procedentes del grupo	No Aunque pueden llegar al linchamiento

El profesor Luis Prieto Sanch3s<sup>40</sup> se3ala que, la sanción parece ser un criterio relevante para distinguir las normas ya que el uso de la fuerza separa las normas jurídicas de los dem3s tipos de normas.

40 Prieto Sanch3s, Luis, Apuntes de teor3a del derecho, Editorial Trotta, Madrid, ver p.1 a 72

Partiendo del positivismo como concepción jurídica permite alcanzar las siguientes consideraciones:

<b>POSITIVISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La norma jurídica será considerada como tal cuando pertenece a un ordenamiento jurídico o cuando su validez queda establecida de conformidad con lo establecido en un sistema jurídico.</li> <li>■ El Derecho es un sistema normativo caracterizado por estipular en qué casos y condiciones resulta procedente el uso de la fuerza.</li> <li>■ El Derecho puede asegurar el cumplimiento de sus normas mediante el uso de la fuerza que regula.</li> </ul>
	<p><b>La relación Derecho, puede plantear perspectivas distintas.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El poder detentado de la fuerza es el fundamento del Derecho, la fuerza es la que lo crea.</li> </ul>
	<p><b>Para Hans Kelsen</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las normas jurídicas se caracteriza por la coacción (visión instrumentista).</li> <li>■ La fuerza no es el fundamento, ni el instrumento del Derecho, sino su objeto.</li> <li>■ El Derecho y sus normas regulan en qué casos, y condiciones puede ser utilizada la fuerza.</li> <li>■ La fuerza es un atributo del poder, es decir, del Estado y es la fuerza la que garantiza la efectividad del Derecho y el Derecho lo organiza.</li> </ul>

La idea expuesta por Prieto Sanchís acerca de que el Derecho es un sistema normativo que se diferencia de otros sistemas porque una parte de sus normas regulan la fuerza, podría contrastarse con la posición sobre el Derecho natural en que la fuerza del Derecho se pone al servicio de la justicia. Esta idea de la justicia en los términos antes señalados plantea dos problemas:

<b>En la determinación de la relación iusnaturalismo-justicia-fuerza cabe preguntarse</b>	¿Qué es la justicia y cómo se alcanza?
	Si la justicia es esencia del Derecho qué nombre se le dará a leyes y sistemas jurídicos inicuos.

Para ilustrar se puede plantear la concepción de Herbert Hart quien utiliza la clasificación de primarias y secundarias como los tipos de reglas que forman el Derecho.

## 1. Reglas primarias

Cuando se refiere a las reglas Primarias señala que son órdenes provenientes de una autoridad legítima respaldadas por amenazas y usualmente obedecidas por los destinatarios de las reglas, es decir reglas de mandatos que amenazan y confieren deberes.

## 2. Reglas secundarias

Hart se refiere a reglas secundarias como aquellas reglas que confieren potestades basadas en reglas primarias. Se dividían en:

- a) Regla de reconocimiento que determinan cuáles reglas son válidas y pertenecen al sistema, señalan criterios para poder identificar las reglas primarias.
- b) Regla de cambio dinamizan el sistema cuando permiten incluir en el ordenamiento nuevas reglas primarias al facultar individuos para ellos, permiten modificar o derogar reglas al disponer procedimientos para estos fines. Es decir, designar y organizar a los sujetos competentes para la producción de leyes.
- c) Regla de adjudicación que otorgan a la autoridad poderes para actuar ante la inobservancia de las leyes sancionando, caso del Poder Judicial. Estas reglas instituyen los órganos encargados de aplicar las leyes a situaciones particulares y diseñar procedimientos para hacerlas efectivas, caso del Poder Legislativo.

<b>Reglas según H. Hart</b>	Reglas primarias	
	Reglas secundarias	<ul style="list-style-type: none"><li>■ Reconocimiento</li><li>■ Cambio</li><li>■ Adjudicación</li></ul>

Con independencia de como se conciba la relación entre norma y ordenamiento jurídico no se discute que el Derecho requiere la fuerza para asegurarse del cumplimiento de las normas que a la vez regulan su uso. En el mejor de los casos se habla de que el uso

de la fuerza en el Derecho es para garantizar la justicia. La manera como sintetiza Norberto Bobbio, según refiere Prieto Sanchís, es que la certeza se promueve con la fuerza, así como la proporcionalidad y la imparcialidad.

<b>La institucionalización implica un uso tasado de la fuerza</b>	■ Cantidad de la fuerza.
	■ Cualidad de la fuerza.
	■ ¿Qué procedimiento de aplicación?
	■ ¿Quién la aplica?

El criterio de institucionalización ofrece un criterio adecuado para distinguir entre el uso de la fuerza en un poder de facto y su uso en el ámbito del Derecho. Plantea una síntesis interesante al declarar al Derecho como sistema de fuerza organizada cuya esencia es una pretensión de justicia o corrección<sup>41</sup>.

Igualmente interesante resulta el pensamiento de Bobbio <sup>42</sup> en relación al Derecho, la fuerza y el deber de obedecer el poder originario como una orden de la norma fundamental. Inicia definiendo el poder original como el conjunto de fuerzas políticas que en determinado momento histórico se imponen e instauran un nuevo ordenamiento jurídico.<sup>43</sup> La dificultad aparece al entender que el poder originario en el Derecho se reduce a la fuerza.

Bobbio argumenta que no se debe confundir el poder con la fuerza y mucho menos con la fuerza física. La fuerza es un instrumento, no un fin en si misma porque como no es el contenido de la norma la fuente de su juridicidad sino su pertenencia a un ordenamiento. Éste será jurídico sólo si regla el uso limitado y controlado de la fuerza lo que equivale a decir que esas reglas organizan las sanciones con la finalidad de hacer efectivas las normas y al ordenamiento jurídico.

41 Robert Alexy busca resolver el dilema entre el sistema jurídico y el moral basado en la pretensión de corrección ya que entiende que la moral es constitutiva del derecho sea implícito o explícitamente. Si el sistema jurídico no la formula entonces no es jurídico, si lo hace escasamente entonces es deficiente, pero si es gravemente injusto entonces se está en un sistema de dominación en que impera la fuerza y el poder.

42 Bobbio, Norberto, Teoría Generales Derecho, Themis, Colombia, 2007, p.175 a 179

43 Idem, p. 175

Sanchís entiende que estas cuestiones se superan si se asume el argumento de la institucionalización. Se habla de institucionalización en todos aquellos sistemas que junto a las normas que imponen obligaciones o confieren derechos a los ciudadanos existen un conjunto más o menos complejos de normas que desempeñan diferentes funciones.

El jurista chileno Fernando Atria<sup>44</sup> en su texto: La forma del derecho hace referencia a conceptos estructurales, funcionales y nominales. Toma como punto de partida los aportes de Michael Moore que pueden ser graficados de la siguiente manera:

EL ATOMISMO FUNCIONAL DE MOORE	
Clases según Moore	<ul style="list-style-type: none"> <li> <b>Clases naturales</b>                      Cuando los elementos comparten una misma naturaleza y esa naturaleza es que determina lo que Ej el agua que se define por una determinada estructura molecular.                 </li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li> <b>Clases nominales</b>                      Solo tienen en común la misma denominación. Los miembros se agrupan bajo un nombre establecido convencionalmente.                 </li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li> <b>Clases funcionales</b>                      Cuyos elementos comparten una función. Comparten una misma naturaleza o esencia no estructural sino funcional. El concepto de estomago, si cumple de modo suficiente la función procesar la comida usen estomago sin importar la estructura.                 </li> </ul>

Fernando de Atria al revisar esos puntos de partida le resultaron insuficientes y plantea como una corrección a Moore: “...diremos que las clases se definen por algo interno o externo a ellas. Por estipulación, llamaré a las primeras “naturales” y a las segundas “nominales. Tratándose de clases “naturales, lo que es interno a ellas puede ser su estructura o forma (clases estructurales o formales) o su función o sustancia (funcionales). Las clases nominales carecen, por definición, de naturaleza: no hay nada interno a ellas en virtud de lo cual la clase sea una clase.”<sup>45</sup>

44 Atria, Fernando, La forma del Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.133 a 157

45 Idem, p. 137

Atria señala como posible ejemplo de concepto nominal la expresión cuasicontrato. Afirma que cree que hay muy pocos ejemplos de esta categoría en el derecho y ofrece un abordaje a partir de las estructuras o instituciones como una forma para entender qué es el derecho y respalda su posición de que todos los conceptos jurídicos “cuando no nominales son estructuras que median funciones”. En su obra “La forma del derecho”, pretende dar una explicación teórica del derecho tal y como existe desde una forma institucional que se produce a partir de la experiencia del derecho.

Luego de su reclasificación de Atria se cuestiona sobre el tipo de clase que son los conceptos jurídicos y contrasta lo estructural y lo funcional.

En cuanto a lo estructural señala el problema de que un concepto jurídico necesita, pero no tiene recurso para justificar por referencia a conceptos no estructurales dos asuntos para la definición del concepto: la individuación de la estructura identificada y la relevancia. Analizando los conceptos de jurisdicción y administración, posiciones filosóficas anteriores sobre el tema y fundamentalmente desde la perspectiva penal desarrolla en el libro indicado anteriormente su posición respecto a lo estructural y lo funcional.

Las instituciones gozan de una formulación general cuya función es la de hacer probable aquello que es improbable. En la función se pueden establecer dos roles: uno de definición y el otro de individuación. Señala como la institución del Leviathan de Thomas Hobbes mediante el contrato hace probable lo improbable que sería la paz.

Una teoría de la administración o de la legislación debe explicar tres cosas: a) la función que tienen cada una, b) cómo la función es mediada por la estructura, c) cuál es la razón para que la función necesite una estructura que la medie y entonces se haga probable lo improbable.

En definitiva, descodificar el concepto Derecho se revela como una encomienda de difícil realización pues entre el marco lógico, las teorías jurídicas, gramaticales y lingüísticas se conjugan múltiples posibilidades dotadas de cierta coherencia que se mueven entre lo epistémico, lo ontológico por un lado y lo normativo, lo fáctico y lo axiológico por otro.

# Capítulo 2

## Teoría de las Normas

Existen al menos tres teorías que pretenden explicar los elementos característicos de la experiencia jurídica, es decir, que intentan explicar los elementos del concepto *derecho* abordado en el capítulo anterior. Estas son: la teoría del derecho como institución, la teoría del derecho como relación y la teoría del derecho como norma.

La teoría del derecho como institución, que en resumen plantea lo siguiente de acuerdo con Norberto Bobbio: *“El concepto de derecho debe, en nuestra opinión contener los siguientes elementos: a) Ante todo debe comprender el concepto sociedad... b) El concepto de derecho debe comprender la idea de orden social; c) El orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Ante todo, dicho orden no excluye tales normas, sino que las utiliza y las comprende en su órbita, pero al mismo tiempo, las aventaja y supera”*<sup>46</sup>.

El primer elemento de la teoría del derecho como institución lo que refiere es que la experiencia jurídica implica comprender la relación recíproca entre el concepto de derecho y el concepto de sociedad. Esta reciprocidad tiene a su vez dos implicaciones: a) Aquello que no logró superar el ámbito particular de la vida del individuo, es decir, lo que no trasciende a lo social, no puede ser derecho; y b) En sentido estricto, la palabra sociedad implica a su vez una manifestación de fenómeno jurídico.

---

46 Bobbio, Norberto; “Teoría General del Derecho”; 6ta. Reimpresión, Editorial Debate, S.A., Madrid; 1999; Pág. 19



El segundo elemento de esta teoría implica que todo componente que integra o hace surgir el derecho no constituye un todo desordenado, sino más bien que surgen de forma ordenada. Esto quiere decir, que los elementos materiales que se dan en una sociedad determinada, y que hacen surgir el derecho, no ocurren de forma aislada, sino que los mismos están relacionados con al menos un elemento dentro de esta sociedad determinada. Por último, el tercer elemento de la teoría del derecho como institución, plantea que el orden social que crea el derecho *“antes de ser norma es organización, es estructura, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo”*<sup>47</sup>.

En otro orden, la segunda teoría, es decir, la teoría del derecho como relación, plantea que el elemento que caracteriza la práctica jurídica lo es la relación entre los individuos; al igual que la propuesta teórica del derecho como institución, esta segunda teoría propone el derecho como un fenómeno social, y como tal encuentra su origen en el marco de la sociedad. Pero a diferencia de la primera, la teoría del derecho como relación plantea que el derecho nace de las relaciones entre los individuos. Como señala Bobbio citando a Immanuel Kant, al definir el derecho dice que es: *“el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad”*<sup>48</sup>. El primer elemento constitutivo del derecho según Kant, lo es: *“El concepto de derecho entendido como una obligación correspondiente...tiene que ver en primer lugar únicamente con la relación externa y precisamente práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones pueden tener (mediata o inmediateamente), como hechos, influencias recíprocas. El segundo elemento, dispone que para que esta relación entre dos sujetos, para que sea una relación jurídica, debe ser una relación entre dos arbitrios, y no entre el arbitrio de uno y el simple deseo del otro”*<sup>49</sup>.

La tercera teoría, es decir, la teoría del derecho como norma o teoría de la normatividad, en síntesis lo que propone es que el derecho antes que sociedad, que relación intersubjetiva, es en la realidad una experiencia normativa que tiene como objeto regular la conducta

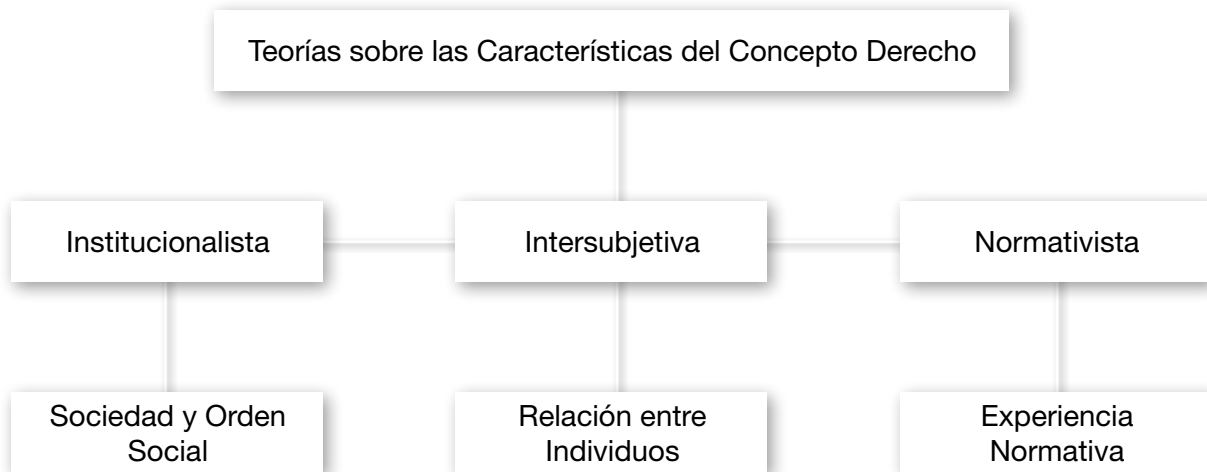
---

47 Ibidem. Pág. 20.

48 Ibid. Pág. 26

49 Bobbio, Norberto. Ops.cits. Pág. 27

de los individuos. Vale decir que esta propuesta teórica no excluye los aportes de las teorías anteriores para determinar los elementos característicos del concepto derecho, sino más bien, que las tres teorías se complementan y a nuestro entender, sirven para explicar el fenómeno jurídico desde tres puntos de vistas aunque en la forma distinta, en el fondo guardan una relación estrecha. Esto así, porque *“la experiencia jurídica nos coloca frente al mundo de relaciones entre sujetos humanos organizados establemente en sociedad mediante el uso de reglas de conducta”*<sup>50</sup>. Como puede verse los elementos planteados por cada teoría hacen su aporte para la explicación del fenómeno de tipo jurídico, la organización y la relación entre los sujetos, requisitos básicos para un orden jurídico y el aspecto normativo, permite sistematizar los elementos de las dos primeras teorías.



Dado que como hemos señalado anteriormente, la teoría del derecho como norma implica a su vez la comprensión del derecho como fenómeno social y de las relaciones intersubjetivas, asumimos la teoría de la normatividad del derecho como presupuesto inicial del concepto norma que se desarrolla a continuación.

---

50 Ibid. Pág 31

## 2.1 Concepto de norma y norma jurídica

Carlos Santiago Nino, en la parte inicial de su obra “Introducción al Análisis del Derecho”, afirma que “*el derecho como el aire está en todas partes*”<sup>51</sup>. Si el derecho está en todas partes, ¿En qué forma se nos presenta? Pues el aire aunque no puede apreciarse a través de la vista, podemos sentirlo en la brisa y sabemos por los aportes de la química que se compone de nitrógeno, oxígeno y otros gases. La dogmática jurídica coincide en afirmar que el derecho se caracteriza por ser una realidad normativa, lo que implica que el derecho en la realidad se nos presenta en forma de norma. Así lo afirma Kelsen, cuando nos dice: “*Se habla de las normas de la moral o las normas del derecho como de prescripciones referentes al comportamiento mutuo entre los hombres. Con ello se quiere expresar que aquello que designamos como moral o derecho consiste en normas; vale decir es un agregado o sistema de normas*”<sup>52</sup>.

Si aceptamos que el contenido del Derecho lo constituyen las normas, tal situación implica dar respuesta primero a ¿qué son las normas?, para luego intentar responder ¿qué son las normas jurídicas?, ¿cuál es la estructura de este tipo de normas? y ¿cuáles son las características propias de las normas jurídicas? El primer obstáculo para dar respuesta a la primera interrogante es el hecho de que el término “norma” se caracteriza por no ser unívoco, sino todo lo contrario, es decir, resulta ser equívoco desde un punto de vista lexicográfico; basta con consultar el diccionario de la lengua española para comprobarlo, veamos:

---

51 La afirmación de Carlos Santiago Nino, refiere al hecho de que en cualquier relación de hombre está presente la regulación derecho. Para ello el autor aduce a ejemplos, tales como la acción de vestirse que realizan los individuos al salir de su casa, conlleva implícito el conocimiento por parte del hombre de que hay regulaciones que desalientan no llevar vestimenta en la calle; otro ejemplo el pago de ticket antes de abordar un autobús implica dar por sentado entre los individuos una relación contractual de transporte. Cada situación de estas implica la presencia del Derecho en la vida cotidiana de las personas en una sociedad determinada.

52 Kelsen, Hans; “*Teoría General de las Normas*”, Editorial Trillas, México; 1994 [Reimp.2010] Pág.19.

53 Española, Real Academia, “Diccionario de la Lengua Española”; Disponible en internet. <http://dle.rae.es/?id=QcFNGvF> Consulta [20-4-2018]

Norma <sup>54</sup> : Del lat. <i>norma</i> “escuadra” (Española, 2018):	a. Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades etc.
	b. Escuadra que usan quienes arreglan y ajustan los maderos, piedras, etc.
	c. Der. Precepto jurídico.
	d. Ling. Conjunto de criterios lingüísticos que regulan el uso considerado correcto.
	e. Ling. Variante lingüística que se considera preferible por ser más culta.

Las acepciones del cuadro anterior no sólo demuestran el carácter equívoco del término “norma” sino que a su vez permiten identificar que la realidad normativa se caracteriza por la diversidad de mundos normativos. Esto significa que el análisis de cada acepción permite identificar un área del conocimiento del individuo que va desde la conducta individual del hombre en una sociedad determinada hasta lo relativo al mundo de la lingüística. A su vez también permite comprobar la existencia de distintas clases, bien sean normas morales, jurídicas, o bien normas relativas al lenguaje. De igual manera, puede observarse que en lo relativo a la acepción que corresponde al derecho, la definición que nos ofrece el diccionario no aporta información relevante para entender en qué consisten las normas del tipo jurídico.

Esta diversidad permite establecer dos conclusiones hasta este momento. La primera que las normas jurídicas son sólo una parte de la realidad normativa que experimenta el individuo. Y la segunda, que independientemente que cada acepción implique un mundo normativo distinto, ya sea atendiendo a lo que señala Norberto Bobbio “*el fin que persigue, su contenido, el tipo de obligación que hace surgir, por su ámbito de validez o por los sujetos a quienes están dirigidos. Todas ellas tienen un elemento común característico que consiste... en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de estos hacia ciertos objetivos antes que otros*”<sup>54</sup>.

Teniendo en común el dirigir la conducta, centremos la atención en las normas jurídicas, que constituyen los instrumentos con los que los jueces tienen que realizar

54 Bobbio, Norberto; “*Teoría General del Derecho*”; 6ta. Reimpresión, Editorial Debate, S.A., Madrid; 1999; Pág. 17.

su trabajo. Vale decir que así como hay diversidad de normas hay diversidad de enfoques desde donde puede ser abordado el estudio de las normas jurídicas. En tal sentido, el concepto de norma de jurídica implica entenderlo tanto: a) desde su relación con el lenguaje; y b) desde su estructura y contenido.

### **A) Desde su relación con el lenguaje:**

Al respecto, Jordi Ferrer y Jorge Luis Rodríguez destacan que es posible distinguir cuatro maneras de caracterizar las normas jurídicas en función de su relación con el lenguaje:<sup>55</sup>

- a) Concepción sintáctica: en esta las normas se identifican por los operadores deónticos, desarrollados por Von Wright, cuando describe el carácter de las normas. En otras palabras, las normas se caracterizan por las entidades lingüísticas de “obligatorio”, “prohibido”, “permitido”, etc.; caracteres estos que ser abordarán más adelante en lo relativo a la clasificación de las normas.
- b) Concepción semántica: esta concepción implica aceptar que las normas son enunciados, lo que implica desde el punto de vista lingüística, que su significado se obtiene dándole un tratamiento semejante al de las proposiciones, es decir, un tratamiento semejante al de las oraciones. *“Los enunciados a través de los que se formulan las normas serían meras expresiones lingüísticas”*<sup>56</sup>. En palabras concretas, bajo esta concepción se debe considerar norma el significado que se le atribuye al enunciado<sup>57</sup>.
- c) Concepción mixta sintáctico-semántica: la mistura de concepción implica entender como norma la combinación de las dos primeras concepciones antes descrita. Esto implica entender como norma la correlación del

---

55 Ferrer Beltrán, Jordi; Jorge Luis Rodríguez; *“Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos.”* Editorial Marcial Pons, Madrid; 2011. Pág.35

56 Ibid. Pág.35

57 Bajo esta concepción se debe considerar como norma lo que resulte de la interpretación de un enunciado normativo, es decir, que se considera norma al significado que resulte de la actividad de interpretación que se haga de la disposición que se encuentre en una fuente formal del derecho.

significado con el enunciado lingüístico, es decir, se considera la correlación de la interpretación con el contenido del enunciado normativo contenido en la legislación<sup>58</sup>.

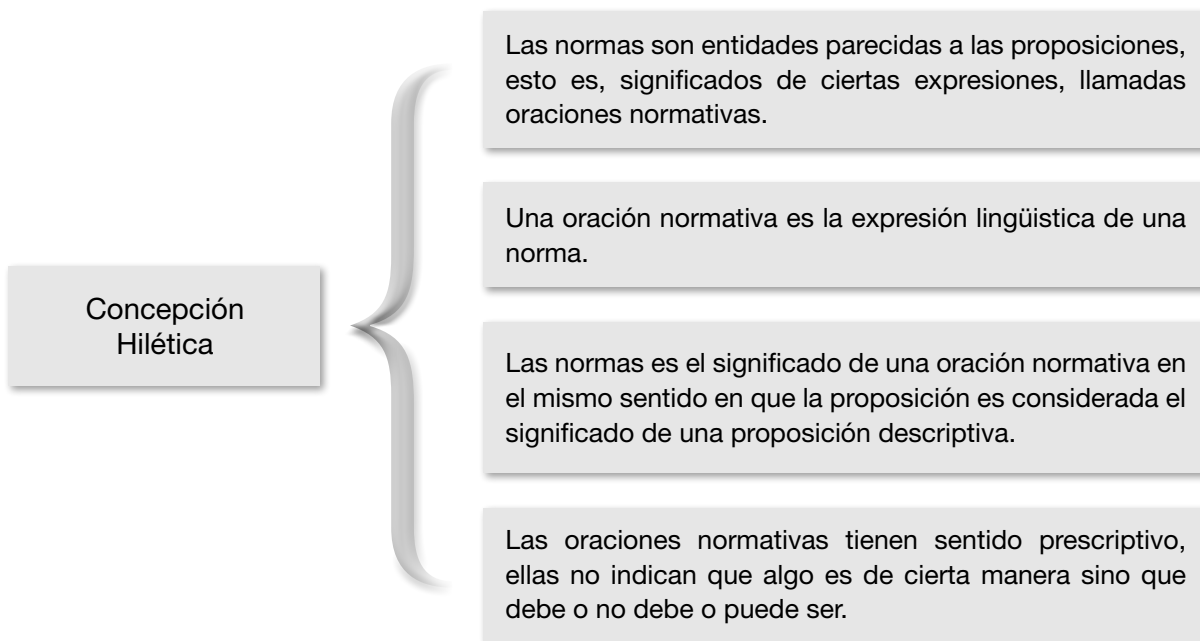
- d) Concepción pragmática: las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Esta perspectiva de entender las normas pone de manifiesto un aspecto importante para comprender el concepto *norma*. Este consiste en que desde el punto de vista del lenguaje propiamente dicho, el contenido del artículo de cualquier legislación se construye bajo la estructura de una proposición, es decir, el contenido se presenta bajo la estructura que corresponde a una oración. Lo anterior implica entender que el enunciado de un artículo, consiste en un conjunto de palabras que pueden servir para distintos fines, bien sea afirmar, negar, mandar; pero sólo en el contexto pragmático es que tiene sentido hacer la distinción entre las proposiciones de tipo normativo y los otros tipos de proposiciones, pues es el uso prescriptivo del lenguaje lo que le da configuración de normas.

Lo anterior, permitiría inferir en términos simple, cuatro maneras de definir lo que son las normas desde su ámbito de relación con el lenguaje. No obstante, los propios autores, Jordi Ferrer y Jorge Luis Rodríguez, se adelantan en puntualizar que dos de las concepciones citadas deben ser descartadas, resultando mayor utilidad para comprender que son las normas la concepción semántica y la concepción pragmática. Ambas concepciones a su vez coinciden respectivamente con la propuesta de las concepciones hiletica y expresiva de las normas que hicieron Alchourrón y Bulygin, en su escrito titulado “*La concepción expresiva de las normas*”<sup>59</sup>. Veamos las características de cada una de estas concepciones, para luego establecer como nos permitirían comprender aún más la noción de norma:

---

58 El termino legislación, es usado aquí en sentido lato, es decir, no debe únicamente en el contexto de ley ordinaria que emana del poder legislativo, sino en el sentido de toda regulación que emana de una autoridad competente en un sistema jurídico determinado.

59 Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin; “*Análisis lógico y Derecho*”; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; pág. 121



Bajo las características de esta concepción es posible comprender que el contenido de un artículo de cualquier legislación debe considerarse como un enunciado normativo. En cambio, el significado de dicho enunciado es lo que debe considerarse norma en sentido estricto. En otras palabras, *“las normas según la concepción hilética, serían el resultado de la modalización deóntica de un determinado contenido proposicional, así como las proposiciones de necesidad o de imposibilidad son el fruto de la modalización alética de un cierto contenido proposicional”*<sup>60</sup>. La modalización deóntica, refiere al uso que se le dan a los operadores que caracterizan la lógica deóntica de Georg Henrik Von Wright; dicha lógica tiene como objeto el estudio lógico formal de los conceptos normativos, a saber, las nociones de prohibición, obligación y permisión. En el entendido, de que dicho autor plantea que el carácter de las normas jurídicas en gran medida se plantean para permitir, prohibir u obligar una determinada conducta. En este sentido, para la concepción hilética las normas siempre resultarían en una prohibición de una conducta, en el otorgamiento de un permiso, o bien en la obligación de que se observe un determinado comportamiento.

60 Ratti, Giovanni B; *“El gobierno de las normas.”* Editorial Marcial Pons, Madrid; 2013. Pág.87

Veamos un ejemplo, el artículo 333-1 del Código Penal Dominicano dispone:

*“Art. 333-1.- La exhibición de todo acto sexual, así como la exposición de los órganos genitales realizada a la vista de cualquier persona en un lugar público se castiga con prisión de seis meses a un año y multa de cinco mil pesos”.*

A los fines de la concepción hilética el contenido textual del artículo constituye un enunciado o proposición normativa, pero el significado del enunciado es lo que debe ser considerado norma en sentido estricto. En este orden de ideas, lo que debe ser considerado como norma es la conducta regulada, que en el ejemplo el resultado es la prohibición de realizar actos de naturaleza sexual o exhibir órganos genitales en un lugar público. Como puede verse la conducta regulada entra dentro del operador deóntico de prohibición que hemos señalado previamente.

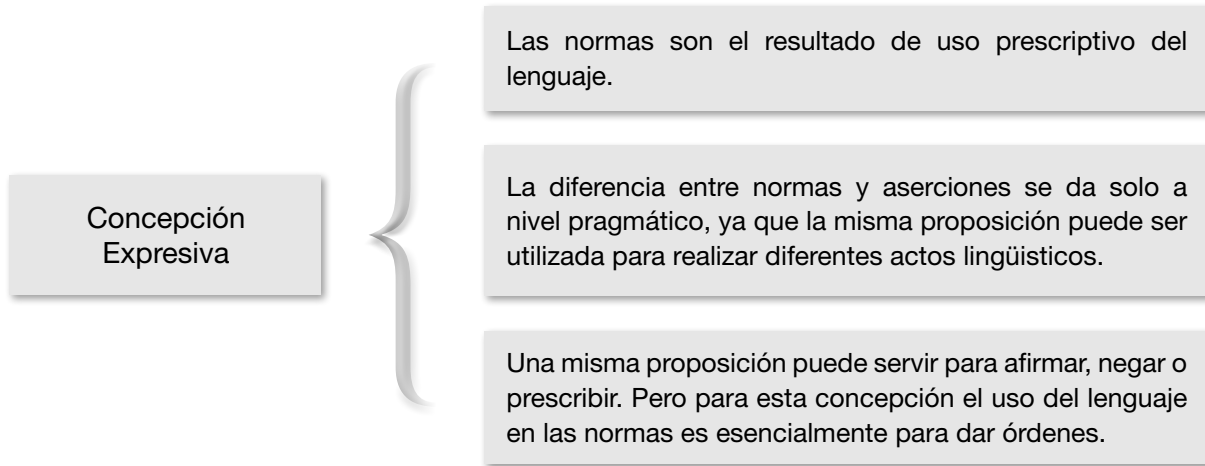
Lo anterior permite, antes de pasar a la concepción expresiva, hacer una clara diferenciación entre lo que es una disposición y lo que se considera norma. Se llama disposición, *“a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes del derecho; en cambio se llama norma, a cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuidos (por alguien) a una disposición (o aun fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En otros términos, se puede expresar así: la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado”*<sup>61</sup>.

---

61 Pozzolo, Susana; Rafael Escudero (editores) Guastini, Riccardo; *“Disposición vs. Norma”*; traducción de Mar Fernández Pérez; en *Disposición Vs. Norma*; Palestra editores, Lima, Perú; 2011; Pág. 136.



Abordemos ahora la concepción expresiva:



La caracterización de esta concepción, implica que sólo se consideran como normas, las proposiciones que son utilizadas en sentido prescriptivo, es decir las proposiciones que son utilizadas para regular una conducta. Pues, tal como señala Kelsen, *“La expresión: la norma “significa” que algo debe ser o debe suceder es admisible, pero sólo en la medida en que uno no se deje llevar a confundir la norma con una declaración... porque la declaración es en el sentido de un acto del pensamiento, en tanto que la norma, como se ha señalado, es el sentido de un acto volitivo intencional y dirigido a un comportamiento humano específico”*<sup>62</sup>.

Por ejemplo, si tomamos el artículo 4 del código civil vigente, que dispone: *“El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”*; bajo la concepción expresiva esta disposición normativa se debe considerar una norma, no por el simple hecho de que está contenida en un texto legal, sino porque la misma está dirigida a regir la conducta de una persona que lo es el Juez, en su actuar como juzgador, al cual no le está permitida la conducta de no juzgar bajo algunas de las condiciones que establece el artículo.

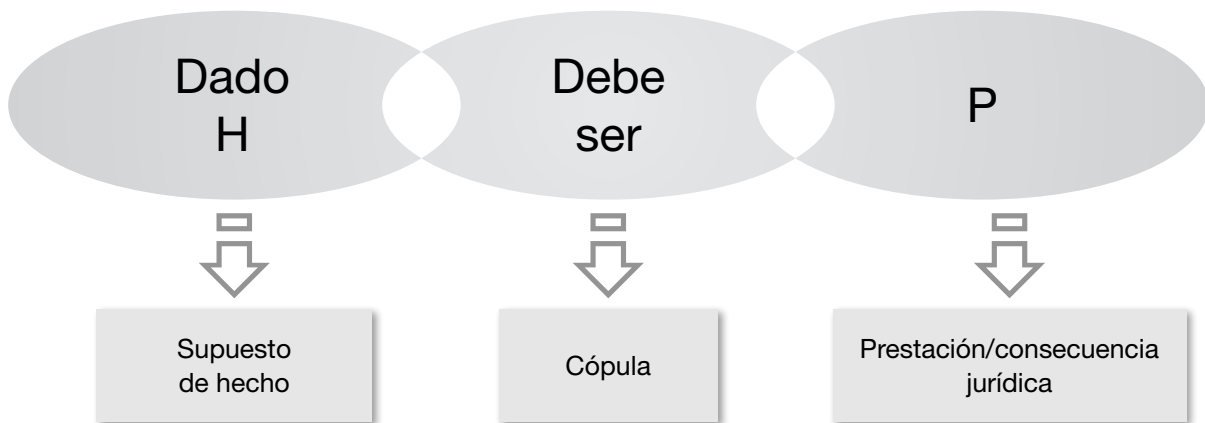
62 Kelsen, Hans; *“Teoría General de las Normas”*, Editorial Trillas, México; 1994 [Reimp.2010] Pág.19.

**B) Desde su estructura y contenido:**

Otro punto necesario en el estudio de la norma jurídica, lo constituye el abordaje de éstas desde su estructura, o como señala Bobbio desde su aspecto formal. Esto así porque permite comprender las características estructurales independientemente de su contenido. Ello a su vez provee las herramientas para identificar los posibles problemas en un enunciado normativo, y en este orden de ideas se facilita la solución de estos inconvenientes. Las normas jurídicas, tal como hemos advertido, se nos presentan en forma de proposición. En este sentido una ley, *“un código, una constitución son un conjunto de proposiciones”*<sup>63</sup>. La proposición constituye la manera en la que se exterioriza el juicio como forma elemental del pensamiento. De manera común la estructura se corresponde con la de una oración gramatical simple, lo que implica que se compone de un sujeto y predicado.

Vale decir que existen distintos tipos de proposiciones (declarativas, exclamativas, interrogativas e imperativas), a los fines de las normas jurídicas resultan relevantes las imperativas, por ser el tipo de proposiciones que caracterizan a los mandatos y estos a su vez están relacionados con la función de incidir en el comportamiento de los individuos; función está que constituye un aspecto definitorios de las prescripciones.

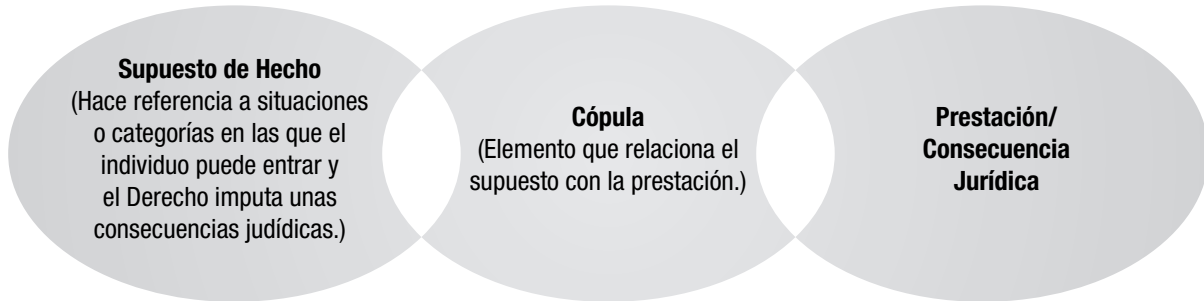
En este sentido, las normas jurídicas generalmente responden a la siguiente estructura lógico-formal<sup>64</sup>:



63 Bobbio, Norberto; *“Teoría General del Derecho”*; ops.cit. Pág. 55.

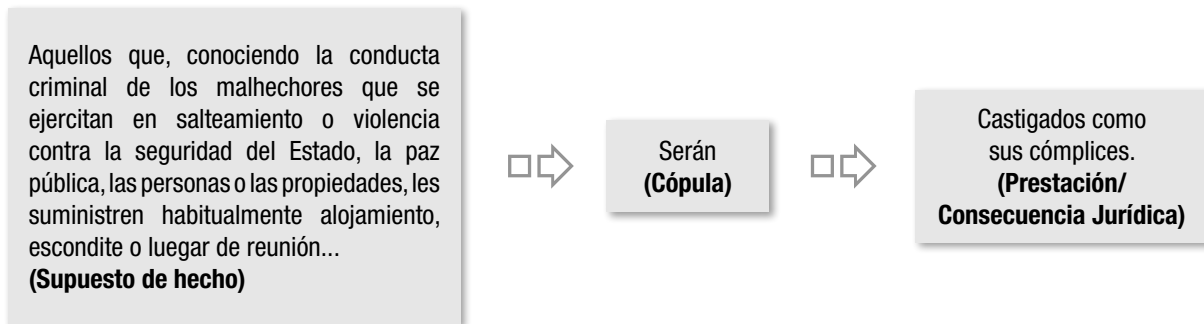
64 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; *“Curso de Teoría del Derecho”*; Editorial Ariel, Barcelona, España; 2012; Pág.118-119.

El esquema anterior implica entender que dicha estructura lógico-formal está generalmente presente en toda proposición normativa independientemente de cualquiera que sea su contenido, lo que permite presentar la estructura de la siguiente manera:

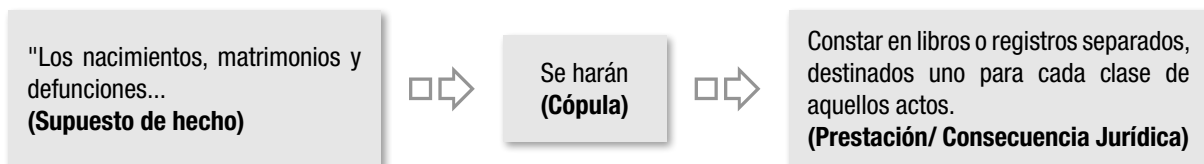


Veamos algunos ejemplos concretos de la legislación dominicana vigente para mayor precisión de la estructura:

1. El artículo 61 del Código Penal dispone: *“Aquellos que, conociendo la conducta criminal de los malhechores que se ejercitan en salteamientos o violencia contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministren habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados como sus cómplices”*.



2. Artículo 40 del Código Civil dominicano: *“Los nacimientos, matrimonios y defunciones se harán constar en libros o registros separados, destinados uno para cada clase de aquellos actos.”*



Este segundo ejemplo podría generar cierta inquietud en torno a que no se visualiza la consecuencia jurídica como es fácil, en ocasiones identificar en una proposición normativa de carácter penal como la del primer ejemplo. Para evitar la posible confusión es necesario entender que:

- a) La consecuencia jurídica, *“es la conducta o comportamiento a que viene obligado el destinatario de la norma, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa”*<sup>65</sup>.
- b) Que los códigos y leyes, constituyen un conjunto de proposiciones como hemos advertido ut supra y como tales una proposición normativa en la estructura propuesta puede ser completada por otra proposición normativa. Esto significa, que es posible que una proposición normativa implique a su vez otra norma; tal es el caso del ejemplo del artículo 40 del Código Civil, en el que aparentemente no figura la consecuencia jurídica, sin embargo si revisamos el código civil es fácil comprobar que la consecuencia jurídica que completa la estructura del referido artículo 40, se encuentra en las disposiciones del artículo 50 del mismo código al disponer: *“La falta de cumplimiento a cualesquiera de los artículos anteriores por parte del Oficial del Estado Civil, será perseguida ante el tribunal de primera instancia de la jurisdicción, y castigada con una multa que no podrá exceder de treinta pesos.”* Esto atendiendo a que el destinatario de la norma es el Oficial del Estado Civil, el cual debe cumplir con las disposiciones del artículo 40 y de no cumplir puede recibir la sanción de multa.

Los aspectos precisados permiten concluir hasta aquí, primero que como consecuencia jurídica no debe entenderse únicamente la sanción, sino que dentro del marco de este tipo de consecuencias entran no sólo las prohibiciones sino también las obligaciones o permisiones reguladas por el derecho y que dan lugar a las normas que por su contenido puede ser de prohibición, obligación o permisivas, las que serán abordadas en el siguiente apartado. Segundo, que la estructura de las normas jurídicas corresponde a la de las prescripciones condicionales, es decir, que tiene que

---

65 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; ops. Cits. 120

ocurrir el supuesto de hecho para que pueda aplicarse la prestación o consecuencia jurídica. Y tercero, cuando una proposición normativa necesita de otra proposición normativa para completar la estructura propuesta, tal situación permite comprender que la segunda proposición está implícita en la primera y que la norma jurídica desde el punto estructural sólo podría considerarse completa si se da una lectura conjunta de ambas proposiciones.

## 2.2 Los tipos de norma

La doctrina advierte que existe una diversidad de clasificación de las normas en sentido general, así como de normas jurídicas. Frente a tal afirmación, en lo adelante nos limitaremos a la clasificación que de las normas jurídicas planteadas por: a) Hans Kelsen, b) Herbert Hart, c) Georg Von Wright; y d) Riccardo Guastini.

### a) Hans Kelsen:

Kelsen, atendiendo al contenido de la proposición normativa señala una clasificación inicial de las normas jurídicas en dos grupos. El primer grupo corresponde a las denominadas normas primarias que son aquellas que prescriben la conducta debida seguida de la sanción en caso de que se produzca una conducta contraria a la establecida. En otras palabras, para Kelsen las normas primarias constituyen las normas jurídicas completas, porque además es la que establece la conducta debida y a su vez la consecuencia de su inobservancia que lo es la sanción. Es decir, que para Kelsen solo se consideran normas primarias aquellas que enuncien no sólo la conducta pretendida por el ordenamiento sino que también contemplan “*que en el supuesto de que se produzca la conducta contrariase ha de llevar a efecto el acto coactivo*”<sup>66</sup>.

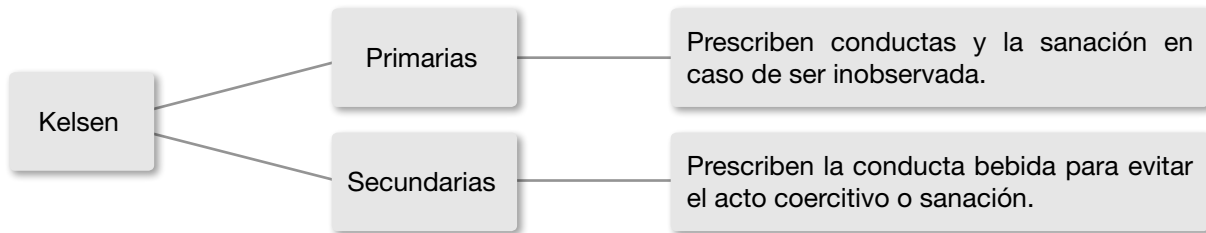
El segundo grupo está constituido por las que el autor llama normas secundarias, son aquellas que establecen la conducta debida para evitar el acto coercitivo ó sanción. “*Es posible que la norma primaria, es decir, que la norma que establece la conducta, no aparezca formulada*

---

66 Kelsen, Hans. “*Teoría Pura del Derecho. Introducción a los Problemas de la Ciencia Jurídica*”. 1era. Edición (1934). Traducción de Gregorio Robles y Félix Sánchez. Editorial Trotta, España; 2011; Pág.60.

expresamente, sino sólo la norma secundaria, es decir la norma que establece la sanción. De esta manera se formulan frecuentemente las normas jurídicas en las leyes modernas”<sup>67</sup>. De acuerdo con los planteamiento de Kelsen, en la actualidad las autoridades con potestad legislativa no hacen constar en los textos legales la estructuras oraciones “no se debe matar” ó “si matas, debe ser sancionado con prisión”; “si no pagas la deuda, se le ejecutarán los bienes”. Contrario a esta estructura de proposición, el legislador “se limita a establecer la norma que vincula la sanción de la pena con hurto, y la sanción de la ejecución forzosa con la falta de reembolso del préstamo”<sup>68</sup>.

En este orden de ideas, la formulación de la norma expresa, en nuestro ejemplo de “no se debe matar” “si no pagas la deuda, se le ejecutarán los bienes” constituye la conducta debida para evitar el acto coercitivo o sanción, es decir, dicha conducta resulta ser en concreto la norma secundaria. Está norma por lo general está implícita en la norma que establece la sanción (norma primaria), dado que para evitar la consecuencia (sanción) el individuo ajusta su conducta debida que está establecida en la norma primaria. Es por esta razón que Kelsen, afirma que estas normas secundarias resultan ser superfluas, puesto que son un resultado lógico de las primarias.



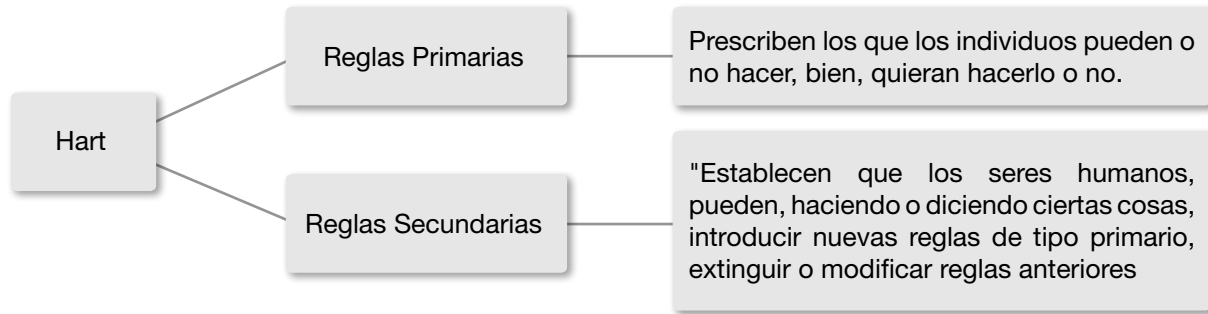
**b) Herbet L.A. Hart:**

Hebert Hart, plantea que las normas jurídicas pueden clasificarse también en dos grandes grupos, un primer grupo al que denomina reglas primarias. Estas reglas primarias se definen como el conjunto de reglas básicas que prescriben lo que los individuos pueden o no hacer, bien quieran hacerlo o no. En cambio, el segundo grupo de reglas a las que Hart denomina secundarias, son el conjunto de reglas que

67 Kelsen, Hans; “Teoría General de las Normas”, Editorial Trillas, México; 1994 [Reimp.2010] Pág.148.

68 Ibídem. Pág.148.

*“establecen que los seres humanos, pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determina el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las del primer tipo imponen deberes y las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas<sup>69</sup>”.*



Las reglas secundarias de Hart, a su vez son de tres tipos: a) reglas de reconocimiento; b) reglas de cambio; y c) reglas de adjudicación. Este grupo de reglas secundarias constituyen según Hart el remedio para los defectos que implicarían ver únicamente el ordenamiento jurídico como un conjunto de reglas primarias. Tales defectos pueden resumirse en:

- A) La falta de certeza, que puede ser definida como aquellas dudas que pueden surgir en un sistema compuesto sólo de reglas primarias en torno a saber cuáles son las reglas que apliquen aun supuesto de hecho o buen cual es el alcance preciso de una determinada regla. Este tipo de dudas es posible, tomando en cuenta que pensar el sistema jurídico sólo con reglas primarias, el mismo estaría desprovisto de un procedimiento, como señala Hart<sup>70</sup>, para solucionar este tipo de dudas. Frente a esta dificultad, el autor plantea como remedio las denominadas reglas de reconocimiento, que permiten identificar no sólo si determinada regla pertenece o no a un sistema jurídico determinado, sino también permite identificar su validez y vigencia.

69 Hart, Herbert; *“El concepto de Derecho”*, Trad. Genaro Carrió; Editorial Abeledo Perrot; 3ra. Edición; Buenos Aires, Argentina; 2012; Pág. 101.

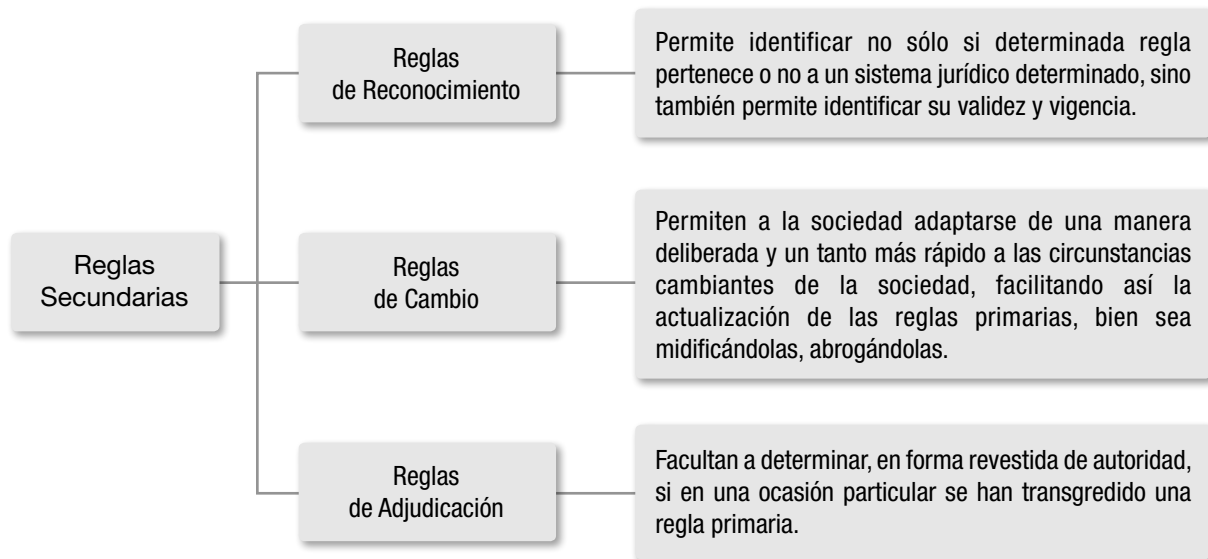
70 Hart, Herbert; ops. Cits. Pág. 115.

- B) El segundo problema que pretenden resolver las reglas secundarias es el defecto del carácter estático de las reglas primarias. Como solución, Hart plantea las llamadas por él, reglas de cambio, que permitirían a la sociedad adaptarse de una manera deliberada y un tanto más rápido a las circunstancias cambiantes de la sociedad, facilitando así la actualización de las reglas primarias, bien sea modificándolas, abrogándolas lo que implicaría la introducción en el sistema de nuevas reglas primarias. Ejemplo, las disposiciones normativas de la Constitución, que establecen el procedimiento que debe agotar el legislador para aprobar una ley; así como las disposiciones que otorgan facultad a los tribunales para en el ejercicio de su facultad de control de constitucionalidad, puedan eliminar una legislación que sea contraria al contenido de la Constitución.
- C) El tercer defecto, de considerar un sistema normativo compuesto sólo por reglas primarias, consiste en la dificultad de superar la discusión sobre si una regla primaria admitida ha sido violada o no. Para este tipo de disputa, Hart plantea como remedio las denominadas reglas de adjudicación, que *“son aquellas que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”*<sup>71</sup>. Un ejemplo concreto, de este grupo de reglas lo son las proposiciones normativas que otorgan competencia a los jueces conocer de los casos particulares de despido de un trabajador, con miras a determinar si el despido ejercido por el empleador en cumplimiento de una regla primaria, resulta ser justificado o injustificado. La misma lógica opera, por ejemplo en los casos de un supuesto de hecho de en el que ocurre un robo, para determinar si la persona acusada incurrió o no en la conducta de la regla primaria que prohíbe robar, es necesario que intervenga una autoridad que determine si el acusado ha transgredido o no la regla primaria.

---

71 Hart, Herbert; ops. Cit. Pág. 120





### c) Georg Henrik Von Wright:

El filósofo Filandés, Georg Henrik Von Wright, en su obra *“Norma y acción. Una investigación lógica”* en el año 1970 estableció que partiendo del uso que se le da a la palabra norma, es posible distinguir seis tipos de normas en sentido general. Veamos cada una de forma individual:

- 1) **Normas definitorias o determinativas:** son, según Agustín Esquella<sup>72</sup>, las que determinan una actividad o un concepto. Ej.: Artículo 170 de la ley 136-03, modificada por la ley 52-07, que define el concepto de alimento al establecer: *“Art. 170.- DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE ALIMENTOS. Se entiende por alimentos los cuidados, servicios y productos encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas de niño, niña o adolescente, indispensables para su sustento y desarrollo: alimentación, habitación, vestido, asistencia, atención médica, medicinas, recreación, formación integral, educación académica.*
- 2) **Normas técnicas o directrices:** son las que establecen los medios idóneos para alcanzar un fin determinado. Ej.: Artículo Primero de la Resolución 1841-2005 de fecha 29/9/2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia que establece el procedimiento para interponer una demanda ante los Tribunales

72 Narducci, Agustín Esquella; *“Introducción al Derecho”*. 2da. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2011; Pág.63.

de Niños, Niñas y Adolescentes cuando dispone: “*Primero: Interposición escrita de la demanda. Las demandas referentes a asuntos de familia previstas en el artículo 211 de la Ley 136-03, se someterán mediante instancia depositada en secretaría del tribunal de niños, niñas y adolescentes, con indicación precisa de fecha, nombre, cédula de identidad y electoral, profesión u oficio y domicilio de la parte demandante, objeto de la demanda, hechos que le sirven de fundamento y pruebas que se harán valer, la designación del abogado (si lo hubiere), con la mención de sus generales, estudio profesional permanente o ad hoc, con indicación del nombre y domicilio de la parte contra quién se dirige la acción.*”

- 3) **Normas Prescriptivas:** son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto, es decir, que dimanen de o tienen su origen en la voluntad de un dador de normas o, como también diremos, una autoridad normativa<sup>73</sup>; Ej.: Artículo 338-1 del Código Penal Dominicano que dispone: “*Art. 338-1.- (Agregado por la Ley 24-97 de fecha 28 de enero de 1997 G.O. 9945). Se castiga con prisión de seis meses a un año y multa de diez mil a veinte mil pesos, el o la persona que por teléfono, identificado o no, perturbe la paz de las personas con amenazas, intervenciones obscenas, injuriosas, difamatorias o mentirosas contra el receptor de la llamada o cualquier miembro de la familia.*”

Estas tres primeras normas constituyen un grupo de normas que el autor llama principales. Un segundo grupo de normas al que Von Wright llama secundarias está compuesto por las siguientes normas:

- 4) **Normas Morales:** estas, según el autor, constituyen normas de difícil caracterización, frente a la falta de criterios identificadores, dado que la mora no constituye un ámbito normativo unitario, sino diferenciado a lo menos en tres esferas: personal, social y religioso<sup>74</sup>.
- 5) **Normas ideales:** son las “normas que tienen más relación con ser que con hacer, reglas ideales. Se hace referencia a reglas ideales, por ejemplo, cuando decimos que un hombre tiene que ser generoso, sincero, justo, ecuánime, etc.,

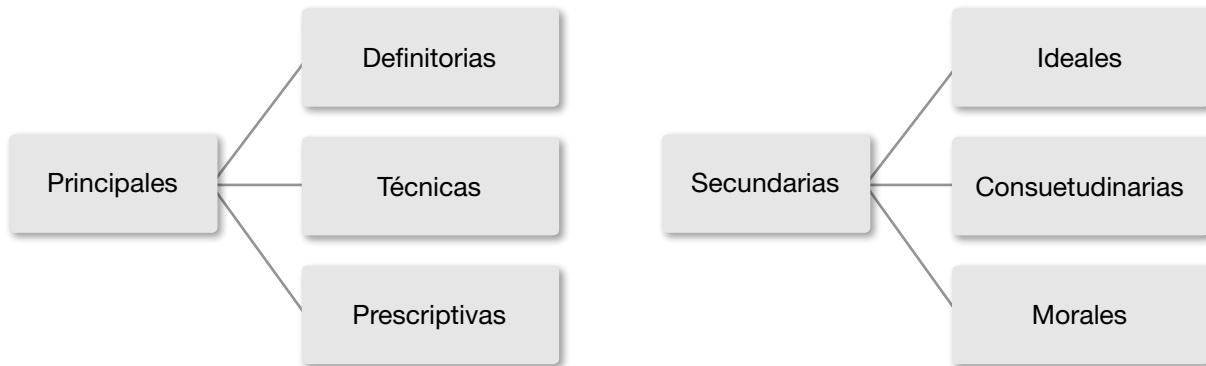
73 Von Wriqth, Georg Henrik; “*Norma y Acción*”; Editorial Tecnos. Madrid. 1970. p. 27

74 Narducci, Agustín Esquella; ops. Ctis. Pág. 65

y también cuando decimos que un soldado en el ejército debe ser bravo, sufrido y disciplinado; un maestro, paciente con los niños, firme y comprensivo; un guardia, alerta, observador y resuelto, y así sucesivamente”<sup>75</sup>.

- 6) Las costumbres:** “pueden ser consideradas como una especie de los hábitos. Un hábito es primordialmente una regularidad en la conducta de un individuo, una disposición o tendencia a hacer cosas similares en ocasiones similares o en circunstancias recurrentes. Los hábitos se adquieren; no son innatos. Puede considerarse a las costumbres como hábitos sociales: son patrones de conducta para los miembros de una comunidad; la comunidad los adquiere en el curso de su historia, y son más bien impuestos a sus miembros que adquiridos por éstos individualmente”<sup>76</sup>.

### Tipos de Normas según Von Wright



De la clasificación de las normas antes descritas, Von Wright refiere que existen seis elementos constitutivos que están presentes en las normas prescriptivas y que merecen ser resaltadas, pues cada uno de estos elementos permiten a su vez una clasificación de las normas jurídicas propiamente dichas. Para abordar los elementos de la prescripción utilizaremos las disposiciones del artículo 75 del Código Penal Dominicano, con la intención de definir cada elemento de la prescripción e identificándolo en el artículo seleccionado. Veamos:

<sup>75</sup> Von Wriqth, Georg Henrik; ops. Cits. Pág.33

<sup>76</sup> Ibídem; Pág.27

“Art. 75.- (Modificado por las Leyes 64 del 19 de noviembre de 1924 G.O. 3596; 224 del 26 de junio del 1984 y 46-99 del 20 de mayo del 1999). Todo dominicano que tomare las armas contra la República, será castigado con la pena de treinta años de reclusión mayor.” Los elementos constitutivos de una prescripción conforme a Von Wright son:

1) **El carácter:** este elemento es el que depende de si la norma se da para que algo se deba o pueda o no deba ser hecho. Esto es lo que implica que la norma puede ser de obligación, de prohibición o bien de permisión. Dicho carácter corresponde a los operadores deónticos referido en la concepción hilética de la norma. En el caso que nos ocupa el carácter de la norma es prohibitivo.

2) **El contenido:** es aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es, en consecuencia, la cosa prescrita (mandada, permitida, prohibida)<sup>77</sup>. En la norma elegida el contenido consiste en: **“La prohibición a los dominicanos de tomar las armas en contra de la República.**

Según este elemento las normas jurídicas pueden ser abstractas o concretas. Las abstractas, no refieren a acciones concretas, como por ejemplo, administración de los bienes tal como lo haría un padre de familia, proveer alimentos, entre otros; en cambio las normas concretas refieren a conductas o acciones específicas, como por ejemplo la norma que obliga al padre a cumplir con el deber de enviar a sus hijos a la escuela, el mandato de una sentencia, entendiendo la sentencia como un tipo de norma particular.

3) **La Condición de aplicación:** es o son las circunstancias que tienen que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada. En virtud de este elemento las normas pueden ser *categóricas*, cuando la condición de aplicación surja de su propio contenido; e *hipotéticas*, cuando la condición de aplicación no pueda ser derivado de su solo contenido y se requiera de una condición adicional que debe agregarse a su formulación. En el artículo seleccionado las condiciones de aplicación son: **primero que el individuo sea dominicano y segundo que tome las armas en contra de la República.**

---

77 Von wright; ops. Cit. Pág.88

- 4) **Autoridad Normativa:** es el agente que dicta o emite la prescripción, lo que implica a su vez que la norma puede ser *autónoma* o bien puede ser *heterónoma*. En el caso de la especie es *heterónoma*, porque la autoridad normativa es distinta y está por encima del sujeto que debe cumplir la norma, ya que el agente creador de la norma es el Congreso Nacional, como representante del Poder Legislativo.
- 5) **Sujeto Normativo:** es el agente (o agentes) a quienes la prescripción se dirige o da. A los sujetos se les manda o permite o prohíbe por la autoridad hacer y/o abstenerse de ciertas cosas. Este puede ser particular cuando se dirija a un individuo humano específico y se considera general cuando se dirija a todos los hombres sin restricción o a todos los hombres que respondan a una determinada descripción. A nuestro juicio, la norma elegida es de tipo particular, porque la sanción que contiene sólo podrá ser aplicada a los dominicanos, criterio que lo sustentamos en lo que señala el autor Von Wrigth, cuando nos dice “*la prescripción puede también darse a varios, es decir, a un número finito de sujetos específicos*”<sup>78</sup>; caso que el autor lo considera parte los particular porque va dirigida un grupo de individuos específicos; “los dominicanos que tomaren las armas en contra de la República.”

Ahora bien, a pesar de que el sujeto normativo es del tipo particular, como lo que se trata es de identificar al sujeto normativo, creemos que en la disposición elegida un dato relevante es la pena a imponer y que le corresponde al Juez imponerla, consideramos que este último también debe considerarse sujeto normativo, pues aunque la norma prescribe de manera implícita la prohibición a los dominicanos de tomar armas contra la República, no debe olvidarse primero, que una parte importante es la sanción a imponer, acción esta que corresponde al Juez; y segundo, que Von Wrigth nos dice “*La prescripción puede también darse a varios, es decir, a un número finito de sujetos específicos*”<sup>79</sup>, lo que permite inferir a nuestro entender que en una disposición normativa puede estar dirigida a uno o varios

78 Von Wright; “*Norma y Acción*”; Pág.94

79 Von Wright, Georg Henrik; “*Norma y Acción. Una Investigación lógica*”; Traducción de Pedro García Ferrero; Editorial Tecnos, Madrid; 1979. Pág. 94.

sujetos concretos. Tal como ocurre en el artículo del código penal elegido, en el que deben considerarse como sujetos normativos tanto todos los dominicanos como el juez que debe imponer la sanción.

- 6) **Ocasión de aplicación:** Von Wright la define como es normalmente la mención de una localización, es decir, lugar o lapso en el tiempo. En el caso que nos ocupa la ocasión en cuanto al espacio corresponde a todo el territorio nacional y será así mientras siga vigente la norma, es decir, hasta que sobrevenga una que la derogue o la modifique. Esto hace posible la clasificación por el ámbito espacial o territorial, por ejemplo los arbitrios de un municipio determinado pueden que no sean aplicables a un municipio distinto aquel, teniendo validez únicamente en el municipio para el cual fueron promulgados.

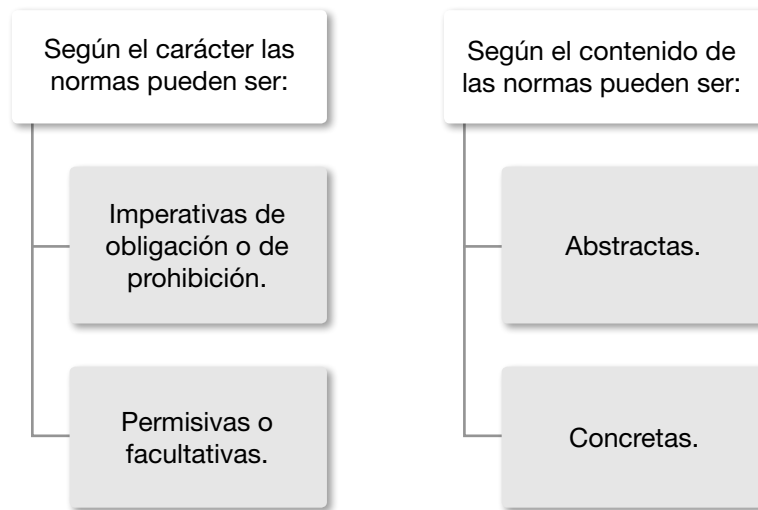
También en virtud de la ocasión de aplicación las normas pueden ser clasificadas según su ámbito temporal, esto significa que las mismas sólo tendrán vigencia durante el tiempo para la cual fueron promulgadas, tal es el caso de las leyes que se dicten durante los casos de estado de excepción que contempla la Constitución.

- 7) **Promulgación:** Agustín Squella en su obra *Introducción al Derecho* la define como la certificación que la existencia de la norma debe hacer la autoridad normativa para que los sujetos puedan conocerla y cumplirla. Vale decir que Von Wright, con la promulgación no se refiere específicamente al procedimiento formal que contiene la constitución para la promulgación de la leyes, sino al modo de exteriorización de la norma, así se infiere cuando dice que esta consiste *“en hacer saber a los sujetos-norma, por medio del lenguaje u otros símbolos, lo que la autoridad-norma desea que hagan o dejen de hacer; en el caso que nos ocupa es el Código Penal, promulgado y aprobado bajo el procedimiento de creación y promulgación de las leyes contenido en la Constitución de la República.*

- 8) **Sanción:** es la amenaza de castigo, explícito o implícito, por desobediencia de la norma. En la prescripción seleccionada lo es la pena de 30 años de reclusión mayor. Según el elemento sanción las normas pueden ser normas sancionadoras o normas in sanción.

Es importante señalar, que de estos siete elementos, los tres primeros (carácter, contenido y condición de aplicación) constituyen lo que Von Wright denomina “*el núcleo normativo*”, que no es más que la estructura lógica o los elementos que las prescripciones comparten con los otros tipos de normas. En cambio los elementos de la autoridad, el sujeto normativo y la ocasión de aplicación son elementos característicos propios de las prescripciones y no de las otras normas.

La importancia de los elementos de las prescripciones antes indicados no radica solamente en el hecho que nos permite saber cuándo nos encontramos frente a una norma prescriptiva y que contribuye al análisis de una disposición normativa, sino que además cada elemento permite por sí mismo una clasificación de las normas jurídicas. Veamos de manera detallada a continuación<sup>80</sup>:



1. De acuerdo al elemento del carácter, *las normas imperativas* son aquellas que obligan ó prohíben al sujeto normativo hacer o no hacer algo. Un ejemplo, sería el artículo 92 del Código Procesal Penal (ley No. 76-02), cuando dispone: “*Los funcionarios y agentes de policía tienen las obligaciones de practicar las diligencias orientadas a la individualización física e identificación de los autores y cómplices*”

80 La clasificación de las normas prescriptivas según los elementos de éstas, ha sido extraída del texto Von Wright, Georg Henrik; “*Norma y Acción. Una Investigación lógica*”; Traducción de Pedro García Ferrero; Editorial Tecnos, Madrid; 1979. Pág. 87-94

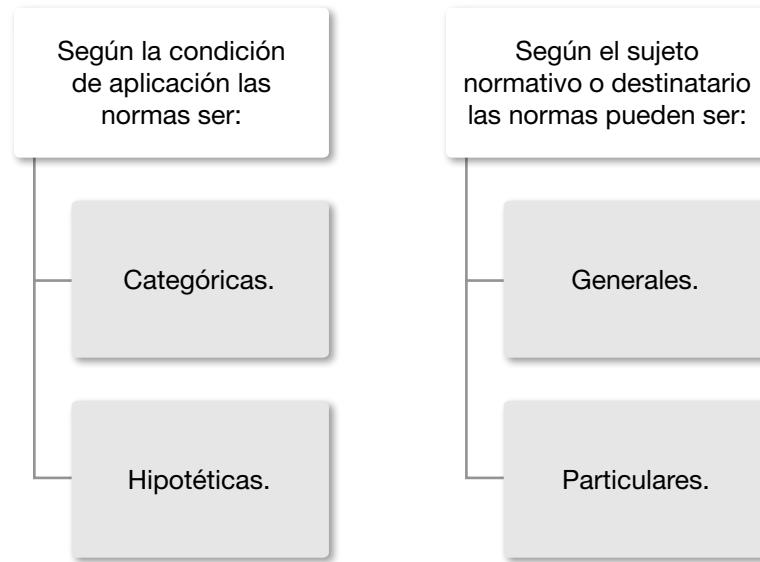
*del hecho punible y llevar a cabo las actuaciones que el ministerio público les ordene, previa autorización judicial si es necesaria.*” Este artículo constituye una norma imperativa que impone la obligación a los funcionarios y agentes policiales de llevar a cabo todas las diligencias necesarias para poder identificar al autor de un hecho punible.

En cambio, *las normas permisivas*, a diferencia de las anteriores no obligan ni prohíben a los destinatarios de la norma, sino más bien que le otorgan la facultad de hacer o no algo. Un ejemplo de lo definido sería, el numeral 1 literal C del artículo 128 de la Constitución de la República Dominicana, promulgada en el año 2015 cuando dispone: “*La o el Presidente de la República dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar, y es la autoridad suprema de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los demás cuerpos de seguridad del Estado. 1) En su condición de Jefe de Estado le corresponde: ... c) Nombrar o destituir los integrantes de las jurisdicciones militar y policial.*”

2. Según el contenido (elemento de las prescripciones), tomando en cuenta lo que las normas declaren como prohibido, obligatorio o permitido, éstas pueden ser *abstractas*, que se definen como aquellas que establecen acciones concretas. Por ejemplo, las normas que obligan a los ciudadanos al pago de impuestos, caen en esta categoría porque a pesar de establecer la obligación del pago, no dispone la forma concreta y precisa de como el destinatario de la norma debe llevar a cabo el cumplimiento de dicha obligación; siendo necesario en este sentido dictar *normas concretas*, que son a su vez el segundo tipo de normas atendiendo al elemento del contenido. Estas se definen con las disposiciones normativas que establecen cuales son las acciones permitidas, obligatorias o prohibidas de manera específica.

Veamos ahora la clasificación de la norma atendiendo a los elementos de la condición de aplicación y del destinatario o sujeto normativos:



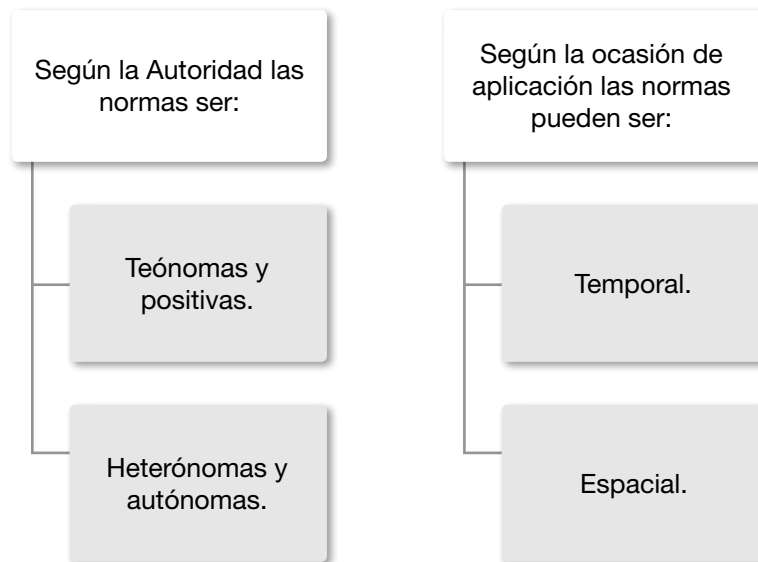


- De acuerdo al elemento de la condición de aplicación, *las normas categóricas* son aquellas en las que se debe cumplir una condición para que exista la posibilidad que hacer o no aquello que establece su contenido. Estas normas son las que una acción debe ser cumplida sin que su cumplimiento pueda ser sometido a ninguna condición. Ejemplo, el artículo 41 de la Constitución de la República, cuando dispone: *“Se prohíben en todas sus formas, la esclavitud, la servidumbre, la trata y el tráfico de personas.”*

En cambio, *una norma se considera hipotética*, cuando la condición de aplicación es la condición que ha de cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición. A este tipo de normas es que corresponde la estructura “Dado H entonces debe ser P”, que abordamos en el apartado correspondiente a la estructura y contenido de las normas. Un ejemplo de este tipo de normas, sería el artículo 1610 del código civil, al disponer: *“Si faltare el vendedor a hacer la entrega en el tiempo convenido por la partes, podrá el comprador, a su elección, pedir la rescisión de la venta, o que se le ponga en posesión de ella, si el retardo es causado solamente por el vendedor.”* Esta disposición normativa puede ser enmarcada dentro de las hipotéticas, dado que para que el comprador pueda pedir la rescisión de la venta o bien la entrega de lo comprado deben darse algunas de las condiciones que establece el artículo, a saber, primero

- que las partes hayan convenido un tiempo para la entrega de la cosa comprada y segundo que el vendedor no haya realizado la entrega en el tiempo acordado.
2. En otro orden, atendiendo el destinatario o sujeto normativo, las normas pueden ser *generales o particulares*. Las primeras, es decir la generales, son aquellas normas que no se dirigen a una persona en concreto sino que está dirigida a todos los individuos de manera universal o bien a todos los individuos de una determinada categoría. Un ejemplo de este tipo de norma puede ser el artículo 1610 del código civil antes enunciado. Esto así, porque dicha disposición está dirigida todo individuo que entre en la categoría de comprador. En cambio, las *normas particulares* son las que están dirigidas a un individuo en particular o grupos de personas concretamente individualizadas y determinadas. Las sentencias judiciales, dado que el efecto de la decisión va dirigido a un destinatario en específico, por ejemplo la sentencia que ordena a un oficial del estado civil específico la inscripción de un nacimiento tardío. Esta norma particular autoriza al oficial del estado civil determina a realizar la inscripción correspondiente, dado que sin dicha autorización por sentencia no puede ser inscrita de forma adecuada.

Atendiendo los elementos de autoridad y de ocasión de aplicación la clasificación de las normas es de la siguiente manera:

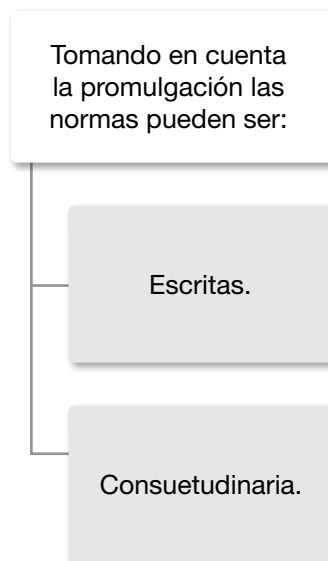


1. **Teónomas y positivas.** Las normas teónomas, son las normas que tienen origen divino, es decir, que emanan de Dios; un ejemplo concreto serían los mandamientos. Las normas positivas “*son aquellas dadas por los hombres en unas circunstancias históricas determinadas*”<sup>81</sup>. Von Wright cita como ejemplo de este tipo de normas los estatutos de una sociedad corporativa.

Heterónomas y autónomas. Las normas heterónomas son aquellas dadas por alguien ajeno a quien las recibe y obedece; un ejemplo serían las leyes propiamente dichas. En cambio las autónomas son aquellas que el individuo se da sí mismo; ejemplo, los principios morales.

2. **Atendiendo a la ocasión de aplicación,** tenemos las normas temporales que se consideran que tienen vigencia y validez durante un tiempo determinado, son las denominadas normas temporales; ejemplo, el artículo 2 de la ley 278-04 promulgada el 13 de agosto del año 2004. De su lado las normas por su ámbito espacial, son aquellas que tienen vigencia y validez en un ámbito territorial determinado; ejemplo los arbitrios municipales, dado que pueden variar de un municipio a otro.

Atendiendo los elementos de la promulgación y de la sanción, la clasificación de las normas es de la siguiente manera:



81 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; “Curso de Teoría del Derecho”; Editorial Ariel, Barcelona, España; 2012; Pág.123

3. **Escritas y Consuetudinaria.** Las normas escritas, son las normas que están contenidas en un texto escrito. En cambio las consuetudinarias son aquellas no reposan en un texto escrito, como por ejemplo la constitución no escrita de Inglaterra, las costumbres en el derecho comercial.

Atendiendo a la sanción, la clasificación de las normas de acuerdo a la dogmática resulta problemática atendiendo a que, como hemos visto, existen diferentes tipos de normas y cómo bien señala Von Wrigth, la sanción no es un elemento que siempre está presente en las prescripciones, por lo tanto pueden existir normas con sanciones y normas sin sanciones. Norberto Bobbio, *“distingue dentro de las normas sancionadoras: normas con sanción positiva y normas con sanción negativas. Las normas con sanción positiva serían aquellas que, más que sancionar el comportamiento no deseado, premian el comportamiento que se adecua a la norma atribuyéndole ciertas ventajas...Mientras que las normas con sanción negativa serían aquellas que atribuyen a quien las incumple unas consecuencias desagradables de privación de bienes o de libertad”*<sup>82</sup>.

#### **d) Riccardo Guastini:**

Riccardo Guastini, profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de Génova advierte que a pesar de que denominar norma jurídica a cualquier enunciado que se encuentre en una de las fuentes del derecho,<sup>83</sup> no resulta inadecuado; tal situación facilita la comprensión de los distintos tipos de normas jurídicas que pueden identificarse a lo interno de un sistema jurídico normativo. En este sentido, Guastini señala que las normas jurídicas pueden ser de dos tipos o subclases distintas, a saber: por un lado pueden identificarse las normas en sentido estricto y por otro lado se pueden identificar las normas en sentido amplio o genérico<sup>84</sup>.

Las normas jurídicas en sentido estricto son aquellas que corresponden a las prescripciones, que fueron definidas en el apartado anterior, que se encuentran dotadas

82 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; ops. Cit. Pág. 125.

83 Guastini, Riccardo; *“La Sintaxis del Derecho”*; Editorial Marcial Pons, Madrid; 2011. Pág.49

84 Ibídem; Pág.49

de la estructura condicional también explicada (Dado H debe ser P) y que su contenido se caracteriza, por ser de tipo general y abstracto.

De su lado, las normas en sentido amplio o genérico, son enunciados o proposiciones jurídicas que no expresa una norma en sentido estricto, es decir, que no regula de manera concreta un comportamiento. Dentro de este tipo de normas Guastini señala<sup>85</sup>:

- 1) **Normas de competencia:** son aquellas que instituyen la autoridad a un sujeto para crear o abrogar normas, o según el caso aplicarlas. Ejemplo, los artículos 76 y 149 de la Constitución Dominicana.
- 2) **Normas permisivas:** son aquellas normas que califican un determinado comportamiento como permitido, facultativo o libre. Ejemplo, los artículos 47, 48 y 49 de la Constitución Dominicana.
- 3) **Normas definitorias:** son aquellas normas que determinan el significado de un término o sintagma usado en la formulación de otras normas. Ejemplo, el numeral 2 del artículo 16 de la ley 65-00 sobre derecho de autor, que define el concepto ámbito doméstico.
- 4) **Normas interpretativas:** son aquellas normas que determinan el significado de un enunciado en la formulación de una norma precedente. Un ejemplo, de estas son las llamadas sentencias interpretativas, contenidas en el artículo 47 de la ley número 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011.
- 5) **Normas de reenvío:** son aquellas normas que no disciplinan directamente un supuesto de hecho, sino que indican a los órganos de aplicación en qué otra fuente o disposición buscar la regulación del supuesto de hecho en cuestión. Ejemplo, los artículos 80, 81 de la ley dominicana número 544-14 sobre Derecho Internacional Privado.
- 6) **Normas sobre la eficacia de normas:** son aquellas normas que circunscriben los efectos jurídicos de otras normas. Ejemplo, el artículo 2 del

---

85 Ibid. Pág. 57.

código civil dominicano, que dispone: *“La ley no dispone sino para el porvenir: no tiene efecto retroactivo.”*

- 7) **Normas sobre conflictos entre normas:** son aquellas normas que en presencia de dos normas incompatibles, indica a los órganos de aplicación que norma preferir y aplicar. Ejemplo, el principio ley especial deroga ley general.
- 8) **Normas de abrogación:** son aquellas normas que suprimen la eficacia de una norma preexistente, esto es, privan a una norma preexistente de efectos jurídicos. Un ejemplo de este tipo de norma, es la disposición del artículo 449 letra ii del código procesal penal que dispone: *“Derogación y Abrogación. Queda abrogado el Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana, promulgado por Decreto del 27 de junio de 1884, con todas sus modificaciones y disposiciones complementarias.”*

Esta clasificación de normas en sentido amplio o genérico, permiten comprender que en un sistema de normativo jurídico, no sólo existen las normas que responden a la estructura de un supuesto de hecho seguido de una consecuencia o sanción, como planteaba Kelsen. Sino que también existen un grupo de normas distintas a estas primeras, como plantea Hart y que pueden ser claramente identificadas, como puede apreciarse en cada uno de los ejemplos que hemos señalado en los tipos normas en sentido genérico que plantea Guastini.

### **2.3 Los principios y su contenido normativo**

Un estudio de la realidad normativa que conforma el derecho no debe dejar de lado la categoría de los principios. De inicio procede advertir que el tema de los principios en el derecho no constituye un elemento novedoso que pareciera traer consigo la configuración de los Estados Constitucionales, como podría advertirse en la lectura de bibliografía de la dogmática jurídica constitucional contemporánea. Las discusiones sobre la naturaleza de los principios ha sido objeto de una abundante bibliografía, tanto en el ámbito de la filosofía del derecho, como de la dogmática jurídica. En tal sentido el estudio se centrará en los siguientes aspectos: a) El concepto de los principios y su carácter normativo; b) las diferencias entre reglas y principios; y c) la clasificación o tipos de principios.

### **A) El concepto de los principios y su carácter normativo**

Desde la época romana, en el derecho encontramos máximas o aforismos que servían de base para la solución de los conflictos, un ejemplo de lo anterior lo constituye el libro L, título XVII del Digesto del emperador Justiniano; o el título XXXIV del código de la VII partidas. En ambos textos pueden encontrarse todo un catálogo de máximas o aforismos que sirvieron de base a la solución de los conflictos de los cuales, algunos, a pesar del transcurrir del tiempo, mantienen su vigencia en los ordenamientos jurídicos actuales. La razón que respalda un apartado para estudiar los principios es que como señala Luis Prieto Sanchíz “*casi desde la época de la codificación, pero con renovado ímpetu en las últimas décadas, viene insistiéndose en que el Derecho no es sólo un universo de normas, al menos, no sólo de esas normas de estilo concluyente propias del Código Penal, sino que comprende también principios o principios generales*”<sup>86</sup>.

La discusión sobre si los principios tienen o no carácter normativo a lo interno de los ordenamientos jurídicos, constituye uno de los principales ejes de discusión entre la concepción positivista y la concepción iusnaturalista del Derecho. Esto así porque los principios siempre han sido observados de manera escéptica por los positivistas, en virtud de que estos consideran que la admisión de los principios implicaría presuponer la relación entre derecho y moral, de la cual los positivistas en sentido general no son partidarios. Tanto es así que dos de los trabajos jurídicos más importantes de la mitad del siglo XX sobre la existencia y vigencia de los principios-nos referimos con ello a la obra de Josef Esser *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (1956)* y la obra de Ronald Dworkin *Los Derechos en serio (1977)*- fueron objetos de réplica por los positivistas Han Kelsen quien en su obra “*Teoría general de las normas (1979)* responde a Josef Esser; y Herbert Hart responde a Dworkin en el 1980 en el trabajo titulado “*El nuevo desafío del positivismo*” publicado en número 36 de la revista de ciencia sociales Sistema.

---

86 Sanchíz, Luis Prieto; “*Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico;*” Palestra Editores S.A.C.; Perú, 2013. Pág.13

Muchas son las discusiones que sobre este punto podemos encontrar en la literatura jurídica y que no es nuestro objetivo resumirlas dada la finalidad práctica del manual, toda vez que la dogmática jurídica de hoy acepta no sólo la existencia de los principios, sino que también reconocer su carácter normativo, es decir su aplicabilidad, su fuerza obligatoria para la solución de casos. Esto así porque con mayor frecuencia los sistemas jurídicos reconocen la existencia de estos en distintas normativas, por ejemplo el artículo 230 de la constitución Colombia dispone: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*” En el mismo orden ideas el artículo 1 numerales 1 y 4 del código civil de España, señala: “*1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho; 1. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*”

En el caso de la República Dominicana, en el derecho vigente la Constitución, además de reconocer un catálogo de principios en diferentes ámbitos, establece en la interpretación de los derechos fundamentales debe primar el principio de favorabilidad y en caso de conflicto se debe armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución. Esto en cierta medida permite inferir el reconocimiento de principios aún el texto constitucional dominicano no lo contemple de manera expresa, tal como lo hacen las disposiciones normativas de Colombia y España. A ellos se le suma el reconocimiento en leyes ordinarias dominicanas de principios como el de buena fe, el principio general de “*actori incumbit probatio (el accionante tiene la carga de la prueba)*”, el principio *iura novit curia (el juez conoce el derecho)*, un ejemplo de este último, lo constituye el numeral 11 del artículo 7 de la ley número 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales del 15 de junio de 2011, que contempla el principio de oficiosidad, al establecer : “*Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente.*”

Como puede verse los principios siempre han formado parte del Derecho. En cada época se presentan en modalidades distintas, bien sea como máximas o aforismos de la época



romana, como resultado de la divinidad o de la razón en la concepción iusnaturalista, o bien con el reconocimiento en las normas como plantea el positivismo jurídico incluyente; a pesar de esto en toda época ha cumplido un función en la interpretación. Así lo afirma Luis Prieto Sanchíz, cuando señala sólo podría ser posible un *“análisis indiferenciado de los principios, como si los viejos principios generales del Derecho, epígonos de una tradición iunasturalista, lo que Savigny llamaba analogía, la idea que tiene Esser sobre los principios o la que nos proponen Dworkin o Alexy fuesen una y la misma cosa...”*<sup>87</sup>, atendiendo a que *“al margen de otros objetivos suplementarios todas estas construcciones parecen servir a una misma función técnica: contribuir a la interpretación de las normas y, sobre todo, colmar sus lagunas”*<sup>88</sup>.

Partiendo de esta función técnica veamos algunas definiciones del concepto de principios jurídicos. Estas definiciones permiten comprender no sólo esta función técnica sino también que primero no se trata de un concepto unívoco y segundo que las definiciones dan cuenta del contenido axiológico de los sistemas jurídicos. Al respecto Enrique Alcalde Rodríguez, refiriéndose a los principios generales del Derecho, señala que estos *“constituyen o forman parte de la base de un ordenamiento jurídico, toda vez que en ellos se halla cimentado el propio sistema legal. Representan, además, los elementos que sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica”*<sup>89</sup>.

En el 1920, Giorcio Del Vecchio ya se refería de alguna manera a la función técnica señalada, pues en su obra *“Los principios generales del Derecho”*, afirmaba lo siguiente: *“La congruencia intrínseca de las diversas partes que componen el sistema, debe resultar demostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellas se relacionan ; sólo de este modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma. El jurista,*

87 Sanchíz, Luis Prieto; Ops. Cit. Pág. 15-16.

88 Ibídem. Pág. 16

89 Rodríguez, Enrique Alcalde; *“Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno”*; Ediciones Universidad Católica de Chile; 2003; pág. 52

y muy especialmente el juez, debe -en cuanto ello es posible- dominar y casi dar vida de nuevo a todo el sistema, sentir su unidad espiritual, desde las premisas remotas y tácitas hasta los preceptos más insignificantes, como si fuese autor de todo ello y por él hablase la misma ley; en este sentido podríamos hacer nuestro el sublime ideal en que se inspiraba Aristóteles definiendo al juez como lo justo viviente<sup>90</sup>. Lo expresado por De Vecchio describe de forma precisa la expresión de Sancho Rebullida al considerar los principios como “el verdadero gas expansivo que llena todos los huecos que pueda dejar la sólida ley o la líquida costumbre...Más ambiguos, sí, menos delimitables, pero no por ello carentes de una realidad suprasubjetiva”<sup>91</sup>.

A pesar del paso del tiempo, esta función técnica del Principio se mantiene puesto que Ronald Dworkin, en su crítica al positivismo jurídico y en específico al positivismo de Herbert Hart, señala “cuando los juristas razona o discuten sobre derecho y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles<sup>92</sup> en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano a estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”<sup>93</sup>. Con esta afirmación, Dworkin además de reconocer que el derecho está integrado por normas, agrega que el mismo también está integrado por directrices políticas y por principios.

En torno a las directrices, dicho autor las define como el “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”<sup>94</sup>. Respecto de los principios el autor antes de definirlos señala que los principios constituyen un conjunto de estándares que nos normas y para lo cual establece diferencias puntuales que serán abordadas más abajo. En este orden de ideas, Dworkin define los principios como: “estándares que han de ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable sino porque

90 Del Vecchio, Giorgio; “Los Principios Generales del Derecho”; ARA Editores E.I.R.L., Lima, Perú; 2006; Pág. 53-54.

91 Rodríguez, Enrique Alcalde; Ops. Cit. Pág. 52.

92 Para Dworkin los casos difíciles son aquellos en los que no existe una regla concreta para la solución del caso, o bien la regla no es del todo clara en la respuesta que debe darse al caso.

93 Dworkin, Ronald; “Los Derechos en Serio”; Traducción de Marta Guastavino; editorial Ariel; Barcelona, España; 2012; pág. 72.

94 Ronald Dworkin; ops. Cit. Pág. 72

es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de moralidad<sup>95</sup>”. En los ejemplos de principios que Dworkin recoge en su obra “*los derechos en serio*” como lo es el caso *Riggs vs. Palmer* (caso del nieto desesperado), de forma concreta puede verse como los principios y en específico el principio de “*nadie puede beneficiarse de su propia falta o injusticia*” fue utilizado para colmar la falta de disposición normativa en torno a si el nieto que había asesinado a su abuelo podía heredarlo.

Siguiendo la misma línea de Dworkin, el jurista alemán Robert Alexy, en año 1984 define en su obra “*Teoría de los Derechos Fundamentales*” se refiere a los principios estableciendo que los mismos “*son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas*”<sup>96</sup>. La definición de Robert Alexy además de seguir en alguna medida los postulados de Dworkin, a nuestro entender confirma el carácter normativo de los principios.

## **B) Las diferencias entre reglas y principios**

¿Es posible establecer diferencia entre normas y principios? La respuesta a esta interrogante constituye uno de los debates en el marco de la teoría general del derecho, puesto que aunque Dworkin estableció una diferenciación existen autores como Luis Prieto Sanchíz, que critican la diferenciación hasta ahora realizada por la dogmática jurídica entre principios y reglas (usando el término regla como sinónimo de norma o proposición normativa). Veamos el siguiente cuadro en que se establecen las diferencias:

---

95 Ibid. Pág. 72-73

96 Alexy, Robert; “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”; traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de estudios constitucionales; Madrid, España. 1993; Pág. 86

Normas/Reglas	Principios
a) Las reglas tienen un carácter disyuntivo, es decir, su contenido es de aplicación al estilo “todo o nada”. Esto significa que lo regula una disposición normativa bien, se aplica o no a un caso dado que su alcance y contenido está determinado.	a) Los principios, en cambio, a diferencia de las normas no se aplican de forma disyuntiva, atendiendo a que la estructura del contenido de los principios no estipula las consecuencias jurídicas inmediatas si se establecen las condiciones previstas.
b) Los conflictos entre reglas “ <i>sólo pueden ser solucionados si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas</i> ” <sup>97</sup> . Ello implica que una de las dos normas deja de tener vigencia en el ordenamiento.	b) Los conflictos entre principios se resuelven de forma distinta, se resuelven mediante la ponderación de los principios en conflictos, sin que ninguno de estos quedé invalidado al final de la ponderación. Esto así porque según Dworkin, los principios gozan una dimensión distinta a las reglas que lo es “su peso e importancia” en el ordenamiento jurídico.
c) Las reglas simplemente se cumplen o no se cumplen.	c) Los principios al ser considerados mandatos de optimización, se cumplen en mayor o menor medida atendiendo como señala Robert Alexy, a las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa en el caso de los principios siempre se podrá hablar de cumplimiento, en palabras de Aleksander Peczenik, “ <i>Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor</i> ” <sup>98</sup> .

### C) La clasificación o tipos de principios

La doctrina advierte que dado que por lo general el contenido de los principios se caracteriza por la indeterminación, es decir, que a diferencia de las reglas, no es posible prima facie determinar cuál es grado de cumplimiento del principio, o bien cuales supuestos están conformes o no al principio, resulta riesgosa una taxonomía puntual de estos. No obstante, algunos, autores plantean una clasificación de los principios. Enrique Alcalde Rodríguez propone una clasificación de los Principios Generales del Derecho en dos categorías:

97 Alexy, Robert; Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción de Carlos Bernal Pulido; Universidad Externado de Colombia. Publicado en el No. 28, de la serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho. 2003; Pág.96.

	Tipos de principio	Definición	Ejemplos
<b>Principios Generales del Derecho<sup>98</sup>:</b>	Principios del Derecho Natural:	Corresponden a aquellos que directamente o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana; por lo cual su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad.	a) La primacía de la persona frente al Estado y la consecuente servicialidad de éste. b) La igualdad en la ley y ante la ley. c) El reconocimiento de la prescripción adquisitiva como un modo de adquirir el dominio. d) La ilegitimidad del enriquecimiento sin causa.
	Institucionales:	Su fundamento descansa en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo por ende, de ellas mismas, la necesidad de respetar su observancia.	a) La exigibilidad de los pactos lícitos voluntariamente convenidos. b) El hecho de la que la buena fe y no la mala fe deba ser presumida. c) La imposibilidad de adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que corresponde a quien los transmite o transfiere. d) El efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada.

Riccardo Guastini, en su obra *“Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.”* señala que los principios pueden clasificarse de la siguiente manera:<sup>99</sup>

- a) **Principios fundamentales y generales del ordenamiento:** se denominan así a los valores ético-políticos que, por un lado informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o con justificación. Por ejemplo, el principio de igualdad, de la dignidad humana, de la constitucionalidad de las leyes, entre otros.

98 Rodríguez, Enrique Alcalde; *“Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno”*; Ediciones Universidad Católica de Chile; 2003; Pág. 58-67.

99 Guastini, Riccardo; *“Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”*. Traducción de Jordi Ferrer. Editorial Gedisa. España, 2016. Pág.152-156

- b) **Principios generales de un sector de la disciplina jurídica:** son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica. Por ejemplo, los Principios del Código Procesal Penal.
- c) **Principios fundamentales de una materia determinada:** son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una “materia”, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuesto de hecho. Por ejemplo, los principios del turismo, de la navegación fluvial.
- d) **Principios (sin ulteriores especificaciones):** son aquellos principios que hacen referencia al objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada disposición normativa. Por ejemplo, lo relativo a la teleología de la ley.
- e) **Principios explícitos y principios implícitos:** Los explícitos son aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener mediante la interpretación. En cambio, los principios implícitos, son aquellos que están privados de disposiciones, es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o “construidos” por los intérpretes.

#### 2.4 La justicia, la validez y la eficacia de las normas

Norberto Bobbio<sup>100</sup>, destaca que el estudio de las normas suscita una diversidad de problemas que pueden ser evaluados desde las distintas áreas del conocimiento que estudian el derecho. Bien sea en el ámbito de la filosofía, la lógica o la teoría del derecho. Uno de estos problemas es la valoración de las normas. La dogmática es reiterativa en señalar que no es posible valorar como verdaderas o falsas el contenido de las disposiciones normativas. Sin embargo estas si pueden ser valoradas como válidas o invalidas; justas o injustas; o bien eficaces o ineficaces.

---

100 Bobbio, Norberto; “Teoría General del Derecho”; 6ta. Reimpresión, Editorial Debate, S.A., Madrid; 1999; Pág. 33

Esta modalidad de la valoración implica comprender los conceptos de justicia, validez y eficacia de las normas jurídicas. Es preciso señalar que estos criterios de la valoración de la norma como señala Bobbio, son independientes. Esto implica que ningún criterio depende del otro, por esto este autor expone seis proposiciones que pueden ocurrir en un ordenamiento: “1) Una norma puede ser justa sin ser válida; 2) una norma puede ser válida sin ser justa; 3) una norma puede ser válida sin ser eficaz; 4) una norma puede ser eficaz sin ser válida; 5) una norma puede ser justa sin ser eficaz; 6) una norma puede ser eficaz sin ser justa”<sup>101</sup>.

En cierta medida, estos tres criterios implican de algún modo lo que el filósofo del derecho Brasileño Miguel Reale denomina la tridimensionalidad del derecho, que plantea que el derecho debe resultar hecho, norma y valor. Este abordaje tridimensional del derecho, nos permite hacer la siguiente relación siguiendo los planteamientos de Bobbio:

- a) El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico<sup>102</sup>. El elemento justicia constituye la aceptación de que en un orden jurídico convergen las disposiciones normativas contenida en una de las fuentes formales del derecho con los principios. Estos principios como fines del orden jurídico implican que cada disposición normativa debe tener como finalidad la consolidación de estos valores propios del orden jurídico.

La valoración de las disposiciones normativas desde el elemento justicia, no implica únicamente si es justa o injusta, implica aceptar una de las tesis de la concepción iusnaturalismo del derecho, que expresa Carlos Santiago Nino, a saber: “los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente principios morales o de justicia fundamentales<sup>103</sup>”. Esta concepción del derecho reduce la validez a la justicia, de forma tal que una norma sólo será válida si es justa.

---

101 Bobbio, Norberto; ops.cits. Pág. 37.

102 Ibídem. Pág. 33

103 Santiago Nino, Carlos; “Introducción al análisis de derecho”; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 2005; Pág.17.

En este sentido, dado que bajo el elemento de la justicia implica valorar las normas desde el ámbito del deber ser y no del ser, el problema debe ser abordado desde un enfoque deontológico del derecho, por tal razón este elemento constituye uno de los elementos centrales en la investigaciones llevada a cabo por la filosofía del derecho.

Ronald Dworkin, constituye uno de los autores que afirman esta correspondencia de las normas con los principios. Basta recordar la definición que éste da sobre los principios para afirmar que aquellas disposiciones normativas que no se correspondan con el principios de justicia, equidad o alguna de moralidad no pueden ser aceptada en el marco de una orden jurídico, no obstante haya cumplido con el procedimiento para su creación.

- b) El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla, en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. El problema de la validez se resuelve como un juicio de existencia o de hecho<sup>104</sup>. Para saber si una norma es válida implica comprobar en principio tres aspectos: 1) determinar si la norma ha sido dictada por la autoridad competente para expedir norma y con observancia del procedimiento establecido para su creación, que es lo que se conoce como validez formal; 2) verificar si la norma no ha sido objeto de una derogación; y 3) verificar que la norma no sea contradictoria con una norma jerárquicamente superior, o con una norma que predetermina su contenido, pues ello implicaría una incompatibilidad, esto último es lo que se denomina validez material.

La verificación de estos tres aspectos permite establecer que el problema de la validez, corresponde a un problema del ser, lo que a su vez un abordaje ontológico del derecho, constituyendo de esta manera objeto de estudio de la teoría general del derecho. Asimismo procede indicar la concepción del derecho que reduce la justicia a la validez, lo es la concepción positivista. Esto significa que una norma será considerada justa no cuando sea coherente con los valores o principios, sino que será justa siempre que la misma sea válida.

---

104 Bobbio, Norberto; ops.cits. Pág. 34.



Dentro de los autores que sostienen este postulado se destacan Hans Kelsen. Kelsen desde el positivismo jurídico, era partidario de la preeminencia de la validez tanto formal o como material de la normas por encima del criterio de justicia o de eficacia. Esto así porque el autor consideraba que sólo desde la validez podría hacer un estudio científico de las normas, dado que para *“afirmar que una norma es vigente, y que por tanto obliga, no implica que se le apruebe desde un punto de vista moral, pues a la ciencia jurídica no le compete prescribir o establecer normas, ni recomendar su observancia, ni tampoco valorarlas, sino únicamente describirlas, dar cuenta de ellas de forma objetiva”*<sup>105</sup>.

Sobre el criterio de eficacia, Kelsen planteaba que la identificación de este criterio con el de la validez debe ser rechazada. No obstante admitía que entre ambos conceptos existe la relación esencial siguiente: *“la eficacia es condición de validez de una norma jurídica, a saber una norma jurídica pierde su validez si deja de ser eficaz o pierde su eficacia. Eficacia tiene que añadirse a la “puesta-en-validez” de una norma jurídica para que no pierda su validez. No para adquirir la validez, sino para seguir siendo válida, una norma tiene que ser eficaz”*<sup>106</sup>.

- c) El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto<sup>107</sup>. La verificación del cumplimiento o no de las normas constituye un problema fenomenológico del derecho y por tanto se plantea con un fenómeno de estudio de la sociología del derecho.

Existe también una concepción del derecho que desarrolla sus postulados entorno a la eficacia, a saber la concepción realista del derecho. Esta concepción en resumen reduce la validez a la eficacia, en consecuencia una norma será válida cuando se verifique su eficacia. En este punto es recomendable tener presente la diferencia entre los términos de “eficacia,

105 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; *“Curso de Teoría del Derecho”*; Editorial Ariel, Barcelona, España; 2012; Pág.118-119.

106 Kelsen, Hans; *“Validez y eficacia del Derecho”*. En *“Validez y eficacia del Derecho”* de Hans Kelsen, Eugenio Bulygin Robert Walter; Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina; 2005; Pág.71-72.

107 Bobbio, Norberto; ops.cits. Pág. 35.

eficiencia y efectividad”. El primero de estos, eficacia, este término “*mira a la realización de actos y conductas jurídicas mirando quien pretende alcanzar ciertos objetivos de la realidad social*”<sup>108</sup>. En cambio la eficiencia, “*atiende a la medida en que los agentes e instituciones jurídicos obtienen tales resultados propuestos, con la máxima economía de recursos y tiempo*”<sup>109</sup>. Por último el término efectividad “*indica la medida en que cualquier cambio producido por actos jurídicos resulta plenamente asegurado, según el grado de alcance coherencia y coordinación en el conjunto del ordenamiento jurídico*”<sup>110</sup>.

Por último, con relación a la eficacia como criterio de valoración de las normas, debe ser destacado Alf Ross. Este autor en resumen plantea que la validez de una norma no depende de los postulados propios del positivismo Kelseniano y su concepción idealista descriptivo, en torno a la afirmación de que la existencia de una norma implica que la misma resulta ser obligatoria. En contraposición a esto Alf Ross plantea que para que una norma pueda ser considerada válida la misma tiene que ser eficaz. Esto implica el fundamento de su noción de norma vigente, desarrollada por Ross, que “*es aquella que opera en el espíritu del juez porque éste la experimenta como socialmente obligatoria y por eso la aplica*”<sup>111</sup>. Dicha definición debe ser comprendida conjuntamente con el concepto de derecho vigente también desarrollado por Alf Ross, que plantea que el contexto de las normas jurídicas vigentes permite predecir que dichas normas serán aplicadas con cierta probabilidad por los jueces. En su concepto la de derecho vigente, las disposiciones normativas son materiales preexistentes que serán utilizados por los jueces en la decisión de los casos.

---

108 Sánchez de la Torre, Ángel; “*Los tópicos: Eficacia, Eficiencia, efectividad en el Derecho*”; en Eficacia del Derecho (Teorías y Aplicaciones). Editorial Dykison, S.L., Madrid, España; 2010; Pág.12.

109 *Ibidem*; Pág.12.

110 *Ibid.* Pág.12.

111 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; “*Curso de Teoría del Derecho*”; ops. Cit. Pág.151.

## 2.5 La interpretación como actividad y como producto normativo

El ser humano en su desarrollo lleva acabo distintas actividades para ampliar su capacidad de comprensión del entorno en el que habita. Para ello se pasa la vida descodificando signos, símbolos y señales de su hábitat; como por ejemplo la luz roja del semáforo, el cual durante sus primeros años de vida puede en principio asimilarlo a un color primario; pero luego el individuo descubre que no es sólo un color primario sino que el mismo cuando está en el semáforo adquiere otro significado, que consiste en una regulación del tránsito tanto de vehículo como de peatones que circulan en un sentido determinado.

Esta actividad de descodificación y asignación de significado, refiriendo con ello a la actividad de interpretar, constituye una de las principales labores en el que hacer del individuo. Tanto es así que el filósofo mexicano Mauricio Beuchot, señala que *“Heidegger consideraba la hermenéutica<sup>112</sup> como un existenciaro del ser humano, es decir, algo que ya por el hecho de existir realiza el hombre; en el mismo sentido Hans-Georg Gadamer, ve la interpretación como ubicada en una tradición, y como algo que se efectúa como un sensus communis, es decir, un contexto social, y que además tiene un parecido con la phrónesis aristotélica”<sup>113</sup>*. Esa afirmación permite establecer que el humano como parte de su naturaleza lleva a cabo a la actividad de interpretar, y que producto de dicha actividad queda un resultado que consiste en lo interpretado.

Así las cosas, entonces ¿en qué consiste la actividad de interpretar? En término sencillo es la actividad llevada a cabo por el humano que consiste en dar significado. Esto así porque el individuo en su actividad interpretativa no sólo busca el significado en los textos, sino que también interpreta los fenómenos de su entorno, interpreta una obra de arte, interpreta costumbres, interpreta las acciones de los demás individuos en su entorno. A pesar de la diversidad en la actividad interpretativa, centraremos a continuación la interpretación de los textos, por ser la forma en que generalmente se presentan las normas en el derecho.

---

112 La hermenéutica, es la técnica o método que trata sobre la interpretación de los textos.

113 Beuchot, Mauricio; “La Hermenéutica y el ser humano”; Ediciones culturales Paidós, S.A.; México; 2015; Pág. 18.

Entendida la interpretación como actividad, ¿en qué consiste entonces la interpretación como resultado? Para responder esta pregunta, es oportuno lo que señala Jerzy Wroblesky, citado por Agustin Squella; Wroblesky distingue entre interpretación en sentido amplio e interpretación en sentido estricto. En sentido amplisimo, “interpretación es la actividad destinada a comprender cualquier objeto producido por el hombre (biblia, película, escultura, textos); en sentido amplio, interpretación es una actividad centrada sólo en el lenguaje, escrito o hablado y, en especial en el lenguaje de textos jurídicos. En este significado dl término, cualquier texto, jurídico o no, requiere ser interpretado en el conjunto de palabras y de frases que lo sustentan”<sup>114</sup>. En sentido estricto, “interpretación es aquella actividad que se realiza solo en caso de que un determinado texto jurídico ofrezca dudas en cuanto a su significado”<sup>115</sup>. Estas definiciones permiten delimitar que la interpretación como resultado consiste en el significado ya atribuido al texto objeto de la actividad de interpretar.

¿En qué consiste entonces la interpretación jurídica? Tal como refiere Agustin Squella en su obra “Introducción al Derecho”, la interpretación jurídica constituye una especie de la actividad de interpretar cuyo objeto consiste en dar significado al Derecho. Esto requiere una precisión, cuando decimos que consiste en dar al derecho, lo que queremos decir es que la interpretación jurídica consiste en la actividad de dar significado preferiblemente a las normas, dado que como hemos señalado, el derecho es una realidad normativa que se comunica a través del lenguaje y como tal los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje<sup>116</sup> están presente en cada disposición normativa (leyes, principios, normativa internacional) que compone el derecho.

Savigny al referirse a la interpretación jurídica, señala que la misma consiste en la “operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad”<sup>117</sup>. Esta afirmación

114 Narducci, Agustin Esquella; “Introducción al Derecho “. 2da. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2011; Pág.535.

115 Ibídem; Pág. 535.

116 El contenido de las fuentes formales está integrado por términos que en ocasiones resultar ser ambiguos, es decir, que puede tener más de un significado, lo que implica que el operador jurídico deber llevar acabo la actividad de interpretación para determinar el significado adecuado al caso concreto. En el mismo orden de ideas el operador jurídico también puede encontrar en la ley el problema de la vaguedad de los términos que consiste en la falta de precisión o alcance para lo cual el operador también tiene que desarrollar la actividad de la interpretación para su solución ambigüedad, vaguedad y de carga emotiva

117 Hallivis Pelayo, Manuel; “Teoría general de la interpretación”; Editorial Porrúa, México, 2012; Pág.24

del reconocimiento de la ley en su verdad, implicaba para el autor que dado que la ley implica el pensamiento de su creador, el sujeto que intérprete dicho pensamiento debe ponerse en el lugar del legislador y reproducir virtualmente el pensamiento de éste, razón por la cual para Savigny, la actividad de interpretar debe cumplir con cuatro elementos constitutivos, a saber, gramatical, lógico, histórico y el sistemático. Generalmente la doctrina denomina a cada elemento como un método de interpretación, pero la realidad es que según Savigny estos cuatro elementos deben combinarse al momento de llevarse a cabo la interpretación. Veamos en que consiste cada elemento:

Elementos constitutivo de la interpretación según Karl Friedrich Von Savigny <sup>118</sup>	
Elemento:	Definición:
Gramatical:	Tiene por objeto analizar el lenguaje de las leyes, es decir, las palabras con las que el legislador comunicó su pensamiento.
Lógico:	Presenta el origen y contenido de la ley, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus partes.
Histórico:	Nos informa de la historia y contexto en que se emite la ley (en un momento determinado, a un pueblo determinado) lo que nos permite capturar el pensamiento de la ley.
Sistemático:	Tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad.

Los elementos descritos permiten a su vez establecer que en la actividad de la interpretación pueden ser identificados tres aspectos: a) el texto a interpretar; b) el individuo que interpreta y c) el resultado, que lo es como hemos dicho el significado dado al texto. Es por ello que el intérprete en su actividad deber ser razonable y en consecuencia tiene límites, razón por la cual *“no debe introducir, ni explícita ni subrepticamente, un sentido arbitrario o completamente ajena al texto u objeto interpretado”*<sup>119</sup>. Puesto que como señala Riccardo Guastini, la interpretación en ocasiones implica el reconocimiento de un significado, otras veces la decisión de un significado y en ocasiones resulta ser la creación de un significado. Por eso, este autor recomienda distinguir:<sup>120</sup>

118 La definición de cada elemento ha sido transcrita de Hallivis Pelayo, Manuel; “Teoría general de la interpretación”; Editorial Porrúa, México, 2012; Pág.25.

119 Narducci, Agustín Esquella; ops. Cits Pág. 537.

120 Guastini, Riccardo; “*La Sintaxis del Derecho*”; Editorial Marcial Pons, Madrid; 2011. Pág.330-331.

Interpretación cognitiva, o interpretación-descubrimiento:	Consiste en identificar los diversos significados de un texto normativo sin elegir ninguno.
Interpretación decisoria, o interpretación-decisión:	Consiste en la elección de un determinado significado, descartando los demás.
Interpretación decisoria estándar:	Consiste en elegir un significado en el ámbito de los identificados por medio de la interpretación cognitiva.
Interpretación creativa:	Consiste en atribuir a un texto un significado nuevo, no comprendido entre aquellos identificables en sede interpretación cognitiva.

Habiendo abordado lo implica la actividad de interpretar, procede que conocer los tipos de interpretaciones jurídicas que la dogmática ha desarrollado. En el siguiente cuadro ser recogen la clasificación<sup>121</sup> desarrollada por Manuel Hallivis Pelayo, en la ya citada obra *“Teoría de la Interpretación”*:

Tipo de interpretación	Definición
<b>Auténtica</b>	También llamada interpretación legislativa, es aquella que emana del propio autor de la ley. Tiene la característica de que obliga no sólo respecto de los preceptos que la ley interpreta, sino también de los nuevos principios que introduzca para integrar las lagunas de la ley primaria. Las definiciones legales que contienen las leyes son ejemplo de este tipo de interpretación.
<b>Judicial</b>	Es aquella que se presenta cuando un órgano jurisdiccional realiza la interpretación primero y la aplicación después, de un texto normativo de cualquier jerarquía respecto de la que tiene competencia, por medio de una sentencia.  A este tipo a la que se refiere Kelsen cuando señala que <i>“la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior”</i> <sup>122</sup> .
<b>Doctrinal</b>	Es también llamada científica, magisterial o privada, es aquella que realizan los particulares que tienen el rango de experto o peritos: científicos, doctrinarios, estudiosos, técnicos o especialistas del Derecho en tratados, ensayos, comentarios, guías, análisis, dictámenes, etc., en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica particular.

121 Hallivis Pelayo, Manuel; *“Teoría general de la interpretación”*; Editorial Porrúa, México, 2012; Págs. 291-319.

122 Agustín Squella; ops. Cit. Pág. 540.

<b>Administrativa</b>	Es aquella en la que el sujeto que interpreta es, por disposición de ley, algún órgano de la Administración Pública.
<b>Popular</b>	Es la interpretación que llevan a cabo las personas que no se pueden considerar como expertas en una determinada materia, es decir, los ciudadanos que no son peritos en Derecho, formulan o emiten respecto de las disposiciones legales, cuando tienen obligación de cumplirlas.
<b>Interpretación de las partes</b>	Es la interpretación que tienen que realizar las partes para presentar sus casos en un proceso jurídico. Esta interpretación resulta de utilidad a los órganos jurisdiccionales que tienen que decidir el caso.
<b>Consensuada</b>	Esta se refiere al aspecto contractual, es decir, cuando es la voluntad de las partes la que determina una interpretación jurídica en una norma jurídica individual que para ellos rige. Este es el caso de los contratos en que las partes acuerdan un significado para uno o varios términos de los contenidos en el contrato.

Nos parece adecuado destacar lo que advertía Kelsen, según Agustín Squella, “*la interpretación del derecho, y en particular la interpretación de la ley, no consiste en una tarea cuyo resultado se la determinación del único o verdadero significado del texto interpretado, sino que se trata de una operación que tiene por finalidad determinar el marco de posibles significados de ese texto, y por consiguientemente, las varias posibilidades de aplicación que él tiene*”<sup>123</sup>. Lo afirmado permite sentar las bases para establecer la diferenciación entre los conceptos de argumentación jurídica y argumentación interpretativa. El primero, *argumentación jurídica*, puede ser definido como la acción de producir y manifestar razones que justifican nuestra posición decisión entorno a cualquier problema en el marco del Derecho; en cambio el segundo concepto, *la argumentación interpretativa* aunque al igual que el primero implica la acción de dar razones en el marco de un problema que interesa al derecho, se distingue en que las razones que se ofrecen son en el marco de la actividad de interpretar, con miras a asignar un significado a determinadas normas jurídicas. Esta diferenciación permite afirmar que toda argumentación interpretativa es a su vez argumentación jurídica, pero no toda argumentación jurídica es a su vez argumentación interpretativa.

<sup>123</sup> Agustín Squella; ops. Cit. Pág. 540.

La afirmación de que no toda argumentación jurídica es a su vez una interpretación jurídica, permite adentrarnos sucintamente en lo que se conoce como la dimensión argumentativa del derecho. Esta dimensión plantea una concepción del derecho que resalta que el derecho no es sólo normas, sino que también implica una actividad argumentativa que requiere ser considerada al momento de estudiar el Derecho como ciencia. En dicha concepción han hecho sus aportes diversos autores que señala Manuel Atienza en su obra *“El Derecho como Argumentación”*, tales como Chain Perelman, Theodor Viehwweg, Stephen Toulmin, Recasén Siches, por citar algunos. En esta obra, Atienza establece tres concepciones de la argumentación (formal, material y pragmática) que permiten comprender esta dimensión argumentativa del derecho que referimos al inicio del párrafo. A continuación podrá apreciarse un cuadro en el que se puede apreciar un resumen de cada una de las características de estas concepciones:

Concepción Formal	Concepción Material	Concepción Pragmática
Soluciona problemas formales.	Soluciona problemas de contenido (fondo).	Responde a la pregunta ¿Cómo persuadir?
Implica una abstracción de la realidad.	No se hace abstracción del contenido.	Cuentan las circunstancias, los roles y acciones de quien argumenta.
Identifica premisas y conclusiones.	Lo esencial es la verdad o corrección de la conclusión	Las premisas son enunciados aceptados.
Aborda los tipos de razonamientos (inductivos, deductivos y abductivos).	Distinción de los distintos tipos de argumentos.	Aceptación de la tesis por el contrario
Traducción a notación lógica.	Explica, justifica, recomienda...	Se encarga de lo necesario para convencer.
Prueba formal de validez.	Prueba material de las premisas.	Argumentación como acción social
Esquemas Argumentativos	Se construyen argumentos.	Dialéctica y Retórica
Reglas de inferencias como criterio de corrección.	Importan los criterios y fundamentos para avalar la verdad de las premisas.	Procedimientos y reglas como criterios de corrección.

Cada una de las características expuestas en el cuadro anterior fueron inferidas luego del análisis y estudio de la obra de Manuel Atienza en su obra *“El Derecho como Argumentación”*; Editorial Ariel; Barcelona, España; edición del año 2012.



# Capítulo 3

## Fuentes del Derecho

### 3.1 La Noción de fuentes del Derecho

El tema de las fuentes suele abordarse desde el concepto de metáfora. Comúnmente se recurre a esta figura retórica de pensamiento en la que la realidad sobre el origen de los enunciados normativos y las normas se asocia a la acepción de origen, principio o fundamento de algo. En esta ocasión se tomarán como ejes los propuestos por el Profesor Josep Aguiló Regla, es decir, las autoridades políticas, las prácticas sociales, las autoridades jurisdiccionales y la elaboración racional del propio Derecho.

La belleza de la metáfora y su utilidad demostrada para entender la teoría de las fuentes del Derecho, no ha sido obstáculo para que Hans Kelsen, iniciara la tendencia de abandonarla al plantear: En vez de una expresión figurativa y equívoca debiera introducirse un término capaz de describir de manera clara y directa el fenómeno que se tiene presente.<sup>124</sup> Él prefiere la expresión producción normativa por considerar la tradicional inadecuada por ambigua<sup>125</sup>, mientras que, el profesor Santiago Nino, prefiere referirse a ellas como: distintas formas de creación de normas jurídicas.<sup>126</sup>

Se aclara que a pesar de reconocer el mérito de las advertencias, en el presente texto se utilizará la expresión fuentes del Derecho por haber servido para entender

---

124 Kelsen, Hans, Teoría general del Derecho y del Estado, Traducción Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p.156.

125 Señala Rafael Asís, en la obra Curso de Teoría General Del de Derecho”, Capítulo VIII, P. 203

126 Nino, Santiago, op.cit. p.148

a generaciones de abogados la teoría de las fuentes del Derecho con cierta eficacia, además de ser una costumbre académica.

### **3.2 Enfoque epistemológico de las fuentes del Derecho**

Parece conveniente acercarse a las fuentes del Derecho desde un enfoque inicialmente epistemológico ya que los elementos comprendidos en la diversidad de clasificaciones que se desarrollan en cuanto al tema requieren de reflexiones que hagan no sólo más comprensivo el tópico en unos casos, sino que permitan su profundización en otros.

Si partimos del lugar común (topoi) que constituye la división de las fuentes del Derecho en formales y materiales podremos, desde ahí, entender más claramente el acercamiento epistémico. Para ilustrar revisemos la definición que ofrece el profesor Agustín Squella, quien entiende que las fuentes formales son “aquellas que se componen por los distintos procedimientos de creación de las normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes donde es posible hallarlas, tras los cuales es posible identificar el órgano, autoridad, fuerza social o sujetos con facultad para producir normas jurídicas, competencia que le es otorgada por el mismo ordenamiento al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creados”.<sup>127</sup>

En cuanto a las fuentes materiales Squella las define como: “aquellos factores de diversas índoles que, presentes en una sociedad dada en un determinado momento, y en dinámica y recíproca interacción unos con otros influyen en la producción, modificación o derogación de las normas”.<sup>128</sup>

Dotan de contenido los enunciados jurídicos y sirven de motor para dinamizar el ordenamiento jurídico, función otorgada a las reglas secundarias de cambio de Herbert Hart.

---

127 Narducci Squella, Agustín, Introducción al Derecho, editorial Jurídica de Chile, 2da edición, 2011, p. 294

128 Idem. p 286

<b>Fuentes del Derecho</b>	Fuentes formales	Existe un procedimiento para la creación de las normas jurídicas, una autoridad normativa y una competencia dada por el mismo ordenamiento para producirlas.
	Fuentes materiales	Refieren los múltiples factores para producir, modificar o derogar las normas jurídicas.

Al maestro Squella emplear conceptos tales como procedimientos, órganos, autoridad, fuerza social, sujetos, factores, sociedad y tiempo para definir el concepto de fuentes del Derecho permite identificar razones para seguir los criterios de Edmundo Husserl en su teoría de los objetos. Desde la lógica, entiende por objeto cualquier cosa que pueda ser colocada como sujeto lógico en un juicio; es decir cualquier cosa de la que se pueda predicar algo.

Las proposiciones normativas no tienen anclaje ni en lo verdadero ni en lo falso como en otros enunciados, pero sí gozan de similar estructura.

<b>Sujeto lógico</b>	<b>Predicado</b>
La Constitución y el bloque de constitucionalidad <sup>129</sup> La ley Los decretos Los reglamentos	Son fuentes del Derecho dominicano

129 Ver: Constitución 2015, art.6 “Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, Son nulo de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”. Resolución 1920/2003 sobre medidas anticipadas al Código Procesal Penal, dictada por la Suprema Corte de Justicia, “Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto conforme a la mejor doctrina integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda la legislación adjetiva o secundaria.”  
Art. primero Código Procesal Penal. “Primacía de la Constitución de los tratados. Los tribunales, al aplicar la ley garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley.” Ley 76/02 que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana, promulgado el 19 de julio del 2002.

La jurisprudencia Los actos jurídicos La costumbre La doctrina constitucional	Son fuentes del Derecho dominicano
--	------------------------------------

Si cada una de las normas puede ser colocada como sujeto y de ellas se pueda predicar el carácter de fuente, o cualquier otro carácter que le sea inherente de atribución entonces se estará ante un objeto pasible de estudio que puede ser sometido a un método adecuado de acuerdo al carácter que se le atribuya.

Desde finales del siglo XIX Edmund Husserl refutó la idea de que todas las cosas podían ser pensadas de la misma manera; desde ese postulado Carlos Cossio formula una tesis que permite distinguir cuatro familias de objetos con características diferentes. De acuerdo a estas familias y características se revisa el objeto de estudio del Derecho, se observa y destaca un error de metodología que se produce al considerarlo como objeto a partir de métodos que no se corresponden con la clase de objeto a la que el Derecho pertenece.

Es decir, Cossio, reseña familias y características a partir de la teoría de los objetos de Husserl diferenciando los tipos de objetos que posteriormente podían servir para ubicar el Derecho como objeto de estudio y el carácter de las disposiciones de donde emanan las normas. Ataca el psicologismo a inferir una reflexión general: considera la lógica como un arte de pensar o demostrar que trata de actividades o productos psíquicos como objeto de regulación práctica.<sup>130</sup>

La posibilidad de ubicar el Derecho en una familia reseña las características que pueden ayudar a entender la construcción que da lugar a la metáfora fuentes del Derecho y a los criterios considerados para el establecimiento de los mismos. Las cuatro familias señaladas por Cossio son las familias de: los objetos ideales, los objetos naturales, los objetos culturales y por último la familia de los objetos metafísicos. A

<sup>130</sup> Salmerón, Fernando, El ser ideal en las investigaciones lógicas de Husserl, revista dianoa.filosoficas.unam.mx p. 132 a 139

cada una le corresponden características relativas a la existencia, al carácter empírico y al carácter de neutralidad.

Objetos ideales	Objetos que tratan disciplinas como matemáticas y lógica	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Son irreales. Consisten en algo, pueden ser pensados, pero no están, sino que existen por tener unas ciertas propiedades.</li> <li>b) No están en la experiencia, no se conocen mediante los sentidos.</li> <li>c) Son neutros al valor, sus propiedades son el resultado de investigaciones, estudios de área.</li> <li>d) No incluyen ninguna propiedad que les sean ajena, es decir, de otra área que escape a su esencia o naturaleza. No tienen propiedades axiológicas.</li> </ul>
-----------------	--	--

Husserl, retoma la noción de los objetos ideales señalando que las leyes del silogismo que si bien pueden servir como normas a los actos de juzgar, no implican la existencia de ningún acto de juzgar. La ley puede concebirse tanto como miembro del proceso causal así como regla de este proceso. No hay término medio entre lo real y lo ideal son extremos que se excluyen mutuamente y se presentan bajo la fórmula de terceros excluidos.

Acerca de la verdad plantea: una verdad puede significar que una cosa es, o un estado existe, o un cambio tiene lugar, pero la verdad misma no es nunca un hecho y no tiene sentido atribuirle un ser temporal, un nacer o un perecer.<sup>131</sup> Mientras que, en cuanto a las posibilidades de evidencia, establece una naturaleza estrictamente ideal; pone como ejemplo el hecho de que hay números que incluyen trillones de cifras y hay verdades que se refieren a ellos pero nadie es capaz de representar esos números ni llevar a cabo realmente operaciones aritméticas con ellos.

---

131 Idem, p. 136

Objetos naturales	Conjunto de objetos estudiados por las ciencias de la realidad natural, como la Física, la Zoología y la Botánica.	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Todos tienen existencias, se confirman por la existencia de las cosas físicas.</li> <li>b) Se llega a ellos por los sentidos.</li> <li>c) Son neutros de valor, no tienen propiedad axiológica. Una rosa que puede parecernos muy hermosa, pero esa hermosura no es una propiedad botánica, sino estética ajena al conocimiento botánico..</li> </ul>
-------------------	--	---

Husserl, al tomar el psicologismo como referencia mira la perspectiva lógica como un hecho ajeno a la vida psíquica, señala las contradicciones que le son inherentes cuando plantea: ninguna ley natural es cognoscible *a priori* ni demostrable con evidencia intelectual, sino que ha de fundarse partiendo de los hechos de la experiencia y por este camino no se alcanza otra cosa que la mera demostración de la probabilidad.<sup>132</sup> Las leyes de los hechos surgen de la experiencia y se apoyan en la inducción (pasan de hechos empíricos de orden inferior a hechos de las leyes generales).

Objetos culturales	Refieren cosas que hace el hombre actuando de acuerdo a su valoración.	Características	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Tiene existencia.</li> <li>b) Los encontramos en nuestras experiencias.</li> <li>c) Son valiosas.</li> </ul>
--------------------	--	-----------------	--

La referencia a los valores es propia de la vida humana, resultado de un juicio de valor, algo que no es propio del ser, sino que le es otorgado. Las valoraciones características del Derecho son la justicia, la solidaridad, la cooperación, la paz, la seguridad jurídica, el poder y el orden. Hay que resaltar que si bien se encuentran en la experiencia, su ámbito es el de los objetos culturales.

Si se analiza la muerte se entiende que constituye un hecho, ahora bien, lo que la hace jurídica no es la muerte en sí misma, es que el hombre, específicamente el legislador, le da ese carácter, le atribuye efectos del ámbito de lo jurídico. Aparece la sucesión sujeta a un acto jurídico (fuente de Derecho) o simplemente opera en ausencia de acto de última voluntad entonces se imponen los enunciados de la ley.

<sup>132</sup> Idem, p. 134

Objetos metafísicos	Referan las cosas en si.	Características	a) Tiene existencia. b) No están en la experiencia. c) Son valiosas.
---------------------	--------------------------	-----------------	--

Cossio le resta importancia a los objetos metafísicos porque su planteamiento lo hace desde el positivismo.

De vuelta al Derecho como parte de los objetos culturales en su consideración valorativa evidencia que desde ahí, las fuentes del Derecho organizan todo el esquema deductivo en que se basa la sentencia como discurso de la acción jurisdiccional. No es posible desligarse del principio de legalidad y desprenderse del anclaje legal de cualquier decisión que amerita, por lo menos, la existencia de alguna norma implícita para su legitimidad.

El esquema organizado en el ordenamiento jurídico a partir de un sistema de fuentes enmarca la suerte de los casos concretos que habrán de subsumirse para determinar lo justo en un momento y lugar determinado. El ser sigue sus caminos y el deber ser también; desde los postulados kantianos se reconoce que no se puede deducir de lo que es lo que debe ser, como tampoco se puede deducir lo valioso y lo justo del que debe ser, las deducciones se deben a las especies que le sean semejantes.

Al decir de Melquiades Castillo, en los objetos culturales son indispensables: la existencia del substrato y la existencia del sentido.<sup>133</sup> De manera más clara, el sentido tiene que basarse en algo y darse como algo, debe existir lo expresado, es necesario que exista en la conciencia psicológica de alguien.

Continúa el desarrollo y refiere que: El ideal jurídico es un ideal para el derecho y más aún para el derecho de una determinada época, de un pueblo determinado y para relaciones históricas y sociológicas, también muy determinadas, y, a su vez, esta materia,

<sup>133</sup> Castillo Dávila, Melquiades, Epistemología jurídica, Perú, editora FECAT, 2009, p. 284

que pretende dominar actúa sobre ella. Lo mismo que la idea artística se acomoda a la materia y es una cuando se incorpora en bronce y otra cuando se hace en mármol, así es innato a toda idea el ser adecuada a una materia.<sup>134</sup> Es lo que se denomina determinabilidad material de la idea.

De igual manera la noción de fuentes del Derecho puede enfocarse desde tres aspectos<sup>135</sup> que corresponden a: una perspectiva filosófica-especulativa, a una perspectiva político-social y por último a una perspectiva jurídica-positiva.

<b>Diversas perspectivas de la idea de Fuentes del Derecho</b>	Perspectiva filosófico-especulativo	Al hablar de fuente del Derecho se hace referencia al principio constitutivo del Derecho en general. Lo constitutivo expresa las condiciones necesarias para la existencia y/o producción de resultados institucionales.	
		El fundamento se busca externamente al Derecho mismo.	
	Perspectiva política-social	Al hablar de fuente del derecho refiere a factores.	Históricos. Sociales. Económicos.
		La idea de fuentes políticas derminan	Elaboración de normas. Instituciones jurídicas.
Perspectiva jurídico-positivo	Hablar de fuentes del Derecho refiere a los modos históricos de su creación.		

Los problemas de la ambigüedad de la metáfora fuentes del derecho fueron igualmente analizados por Josep Aguiló Regla quien reconoció dos problemas que se desprenden del término fuente, uno el problema del orden jurídico, vinculado al concepto de Derecho y, otro relativo al problema del origen de las normas jurídicas, vinculado a la producción normativa.<sup>136</sup> Además, señala tres enfoques típicos que son generales para todos los conceptos jurídicos fundamentales.

134 Idem, p. 304

135 Betegón, Jerónimo, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto, Lecciones de Teoría del Derecho, Editora Elena Argüello, España, 1997, p. 204 y Prats, Jorge, Derecho Constitucional, Ius Novum, Santo Domingo RD, 2010, VI, p. 228

136 Aguiló Regla, Josep, Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico), Ariel, España, 2012, p. 32



<b>Enfoque Explicativo o Social</b>	El origen del orden Jurídico (explicado como institución social).	Aplicado a conspcciones que asumen un punto de vista externo.
		Tesis del positivismo jurídico por kelseneano.
	El origen de las normas jurídicas (explicado como el contenido de la norma concreta).	No se necesitan consideraciones morales sólo observar los hechos sociales complejos.
		Encuentran explicación en las ideas de funcionalistas y conflictualistas.
		Se fundamenta en las <b>fuentes materiales</b> del Derecho, en factores reales o ideológicos que explican el surgimiento de las normas jurídicas concretas.

La teoría funcionalista<sup>137</sup> considera la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio. Entienden que las relaciones entre todos los sistemas sociales y los comportamientos de los individuos son las que determinan la paz y el llamado equilibrio social. Para ellos la función prescriptiva del Derecho es fundamental. No obstante, se suscitan serias dificultades en torno a determinar cuáles y qué funciones tienen estas instituciones del ámbito normativo para garantizar el equilibrio.

Mientras, por otro lado, la teoría conflictualista reconoce la sociedad como un cobijo para las relaciones conflictivas y ven en el Derecho un instrumento para comprender el orden social.

En definitiva, mientras los conflictualista reconocen el Derecho como la fuente desde donde emanan los desacuerdos, un instrumento que los oculta y justifica; los funcionalistas, lo reconocen como mecanismo para evitar o remediar conflictos.

137 Calvo García, Manuel, Picontó Novales, Teresa, Derecho y Poder en la Teoría Social, <https://es.scribd.com/document/305887077/Concepcion-Funcionlista-y-Conflictualista> consulta 19 julio 2018

<b>Enfoque Justificativo o Valorativo</b>	El origen del orden Jurídico como un orden justificado.	En este criterio se fundamentan los autores iusnaturalistas que plantean la obligatoriedad del Derecho y su necesaria conexión con la moral.
		Sujetan el Derecho y el razonamiento jurídico en el discurso, al razonamiento práctico general o demuestran la unidad de la razón práctica.
	El origen de las normas jurídicas basadas en la justificación moral de normas jurídicas concretas.	Las normas jurídicas tienen sentido, están orientadas a la protección o promoción de ciertos estados de cosas consideradas valiosas.
		Los que comparten los juicios de valor consideran justificadas las normas jurídicas, sobre todo las fuentes materiales. Esos juicios de valor constituyen juicios justificativos.

Se debe aclarar que en la construcción Kelseneana <sup>138</sup> busca separar lo que es el Derecho positivo y lo que debería ser desde cualquier punto de valoración crítica. Así como, la ausencia de exactitud y de fundamentación sistemática, los enredos en los planteamientos del problema y la falta de precisión en los límites de la teoría del Derecho positivo, la ética, la política y la sociología, fundamentalmente de cómo deben actuar los destinatarios de la ley de acuerdo al Derecho positivo y cómo actúan en los hechos.

Kelsen, presenta fundamentalmente en su obra: Problemas fundamentales del Derecho Constitucional desarrollados por la Doctrina de la Norma Jurídica, su visión acerca de la norma jurídica como juicio hipotético, es decir, bajo la estructura si y entonces (antecedente y consecuente); el Derecho como sistema de normas, así como la idea de la norma básica y de orden jurídico nacional temas todos muy cercanos a la producción normativa.

<sup>138</sup> Ver Josef L Kunz, Primera conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1948

<b>Enfoque Sistemático o Formalista</b>	El origen del orden visto como orden autónomo o enfoque técnico o técnico jurídico.	Incluye autores que plantean al Derecho como un orden que se auto regula, refiere la pureza metódica de Kelsen.
	El origen de las normas plantea el régimen jurídico de la creación de las normas jurídicas como institución.	Se fundamenta en la clasificación de <b>fuentes formales</b> del Derecho, refieren los factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas.

Aguiló Regla <sup>139</sup> plantea que las fuentes del Derecho son instituciones que deben ser estudiadas como cualquier otra, deben ser enfocada desde la perspectiva de un asunto interno del orden jurídico circunscrito al tema del origen de las normas jurídicas. Claramente expone que de la imagen que se obtiene de las diferentes instituciones se conformará la imagen que los individuos tengan del Derecho.

Ahora bien, advierte que de la observación de los diferentes orígenes de las normas jurídicas puedan construirse diferentes imágenes del Derecho: en el interior del orden jurídico coexisten elementos que se hallan en una cierta tensión interna y que si se expanden para caracterizar el orden jurídico suministran imágenes del Derecho incompatibles entre si. <sup>140</sup>

De ahí que, se conforme el ámbito de la Teoría General del Derecho en los límites de los conceptos jurídicos generales, es decir desde el interior del Derecho, mientras que, el ámbito de la Teoría del Derecho estudia el concepto de Derecho y se concentra en los límites de lo jurídico. Para el autor resulta imposible hacer una Teoría General del Derecho coherente sin una referencia a un concepto de Derecho o de orden jurídico. Entiende que en definitiva el origen del orden jurídico es presupuesto necesario para la determinación del origen de las normas jurídicas.

La relación existente entre Derecho objetivo y las fuentes del Derecho podría implicar que la modificación del primero conlleve la modificación del segundo si se considera

<sup>139</sup> Aguiló Regla, idem, p. 192 a 196

<sup>140</sup> Idem, p. 195

el Derecho objetivo formado solo por normas generales<sup>141</sup> o si se incluyen en él las normas particulares<sup>142</sup>.

<b>Normas</b>	Documento normativo o disposición.
	Incorpora una formulación de norma o significante, y un régimen jurídico o jerarquía.
	Lo fundamental es que el texto resulta de un proceso institucional.
	Constumbre jurídica.
	Prácticas sociales que incorporan una actitud normativa, se expresa en un lenguaje jurídico pero no depende de él.
	Incorpora un contenido, es decir un modelo de conducta, un significante y una jerarquía.
<b>Normas</b>	Norma implícita.
	Norma de origen judicial que deben estar justificadas y sentido de cumplir con el requisito de la univesalidad.
	Difieren de la disposición y la costumbre.
	Unidad abstracta del discurso jurídico.
	Refiere que un mismo artículo puede contener o más de una norma o diversos fragmentos de diversas normas o que una práctica social, una costumbre se descompone en una serie de normas.
	Premisas normativas de un razonamiento, basado en el contenido que resuelve el caso.
No plantea una unidad del discurso.	

141 Las normas generales expresan que la conducta que se ordenan, prohíben o permiten tienen como destinatario a un número indeterminado de sujetos o casos.

142 Las normas particulares refieren a los sujetos o sujetos individualmente determinados.

<b>Normas Provenientes</b>	Autoridades políticas, su poder normativo es para producir cambios Deber discrecional producto de la voluntad.	Corresponde al modelo de fuentes actos, tienen eficacia general.
		Los actos jurídicos, fuentes-actos como reglas que confieren poder a ciertos sujetos (autoridad) para producir determinados resultados institucionales en base al Principio de heteronomía.
		Tienen el poder de promulgar y derogar.
		Pueden ejercer su competencia a instancia propia.
		Representan intereses sociales independientes al orden jurídico.
	Prácticas sociales	Modelo fuentes hecho como la costumbre .
		Se requiere de un resultado institucional que tenga eficacia general.
	Autoridades jurisdiccionales deben ser independientes (deber que obliga). Producto de la razón.	Las sentencias como fruto de la aplicación de la ley no encajan en los modelos actos, ni hechos jurídicos.
	Elaboración racional del propio Derecho.	Las normas implícitas y los principios generales del Derecho.
		No encajan en los modelos actos ni hechos jurídicos.

### 3.3 Modelo de las fuentes-actos

Aguiló<sup>143</sup>, aunque existen actos jurídicos que no refieren resultados institucionales, reseña los actos jurídicos como fuentes-acto, bajo la fórmula: Si se da el estado de cosas X y el supuesto Z realizó la acción Y entonces se produce el resultado institucional R. La cual presenta en síntesis que si el legislador aprueba un documento normativo entonces se produce el resultado.

Cita y comenta los cuatro elementos que Riccardo Guastini identifica como constitutivos de las fuentes-acto.


143 Idem, p. 89 a 128

<b>Elementos de las fuentes-acto</b>	La autoridad normativa	Competente para crear normas.	
	El acto normativo	Secuencia de normas, procedimiento.	Iniciativa. Aprobación. Promulgación.
	El texto normativo (documento)	Recoge un conjunto de enunciados con función descriptiva constituyente una disposición.	
	La norma	Significado de la disposición normativa luego de interpretada.	

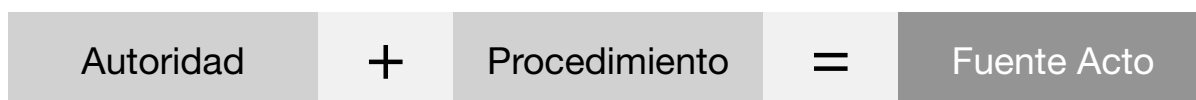
Aguiló plantea que sin alterar el esquema de las reglas que confieren poderes  $Z \& Y \rightarrow R$ , las mismas se pueden expresar bajo las categorías de antecedente y consecuente.

<b>Antecedente Z &amp; Y</b>		<b>Consecuente R</b>	
Autoridad normativa (Z)		Disposición Y	
Procedimiento (Y)		Norma	

Nomen iuris, nombre con que se designan diferentes tipos de de resultados institucionalizados tiene una forma nominal (refiere formas institucionales como testamento) y una forma verbal (testar que sería la forma de dar nombre a una acción, específicamente la acción consistente en producir resultado institucional) lo cual significan que se implican recíprocamente, es decir en esa relación de tipo analítico la forma nominal y la verbal informan lo mismo, sin embargo la regla que confiere poderes no es lo mismo que el resultado institucional del acto jurídico. Sin esta advertencia podrían confundirse antecedente (lo que hay que hacer si se quiere producir el resultado institucional) y consecuente (resultado institucional).

<b>Acto Jurídico</b>	Presupone una regla que confiere poderes a ciertos sujetos para que mediante la realización de ciertas acciones (procedimiento) produzcan determinados resultados institucionales. En el caso de ley, matrimonio, testamento.	
<b>Fuente Acto</b>  Dotados de eficacia general, el documento debe ser hecho Público.	La regla de competencia refiere las reglas que confieren poderes a:	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Las Autoridades.</li> <li>✓ a los sujetos titulares de esos poderes.</li> <li>✓ a las disposiciones jurídicas, documentos.</li> <li>✓ normativos dotados de autoridad o fuentes del Derecho.</li> <li>✓ a los resultados institucionales.</li> </ul>

El poder normativo de una regla de competencia permite cambiar la situación normativa de ciertos sujetos independientemente de la voluntad de estos, a esto suele denominarse poderes públicos basados en el principio de heteronomía; de ahí que, la legislación es una fuente acto, mientras que un negocio jurídico no es una fuente acto aunque si es un acto jurídico de naturaleza privada fundado en el principio de autonomía. Obviamente, no todo acto jurídico que se ejerce en base a una competencia es una fuente acto y de faltar un requisito sería entonces inexistente.



Aguiló Regla advierte: no está demás mostrar que el resultado ley es el producto de la intervención de múltiples sujetos y de la realización de múltiples actos jurídicos (de la producción de múltiples resultados institucionales), y recordó que lo que hemos llamado fuente-acto, tomando como referencia el último acto jurídico, bien podríamos denominarlo fuente-procedimiento.<sup>144</sup> Aclara que al existir múltiples procedimientos se puede expresar que cada uno de ellos contribuye a la acción final y es a esta última a la que se le da preeminencia porque los anteriores serán condición necesaria o suficiente de las que le siguen de forma inmediata constituyen fases de la acción final.

<sup>144</sup> Aguiló, idem. P. 94-95

Sólo la conducta posible es pasible de regularse y de ahí que las reglas que confieren poderes pueden producir resultados institucionales (fuentes-actos), a las autoridades que pueden producirlas son sometidas al criterio de la delegación que si bien es interno al orden jurídico se tiene que recurrir a algún criterio extrajurídico.

Se infiere del hecho de que sólo la autoridad suprema no sea una autoridad delegada como las demás plantea la idea de unidad del sistema. Concluye Aguiló que el poder del delegante debe ser más amplio que el ámbito de lo que le está permitido hacer al poder delegado.

Entonces, conocer de la existencia de una jerarquía normativa refiere la unidad del Derecho como unidad de contenidos normativos, así como entender la diferencia entre lo que es posible hacer (modalidad alética) y lo que está permitido hacer (modalidad deóntica). Así se hace necesario abordar las dos caras de la validez.

<b>Validez</b>	<b>Validez Formal</b>	Producto de juzgar el acto creador de la norma, acto jurídico.	Competencia formal	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Autoridad</li> <li>✓ Acción</li> </ul>
	<b>Validez Material</b>	Producto de juzgar la compatibilidad de la norma en cuestión con otras normas superiores	Competencia material (conjunto de materias que puede regular)	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Personal (sujetos que se afectan con la regulación).</li> <li>✓ Territorial (territorio sobre el que es posible regular).</li> <li>✓ Relativas a oportunidades.</li> </ul>

Aguiló citándose el mismo señala que: La derogación y la declaración de nulidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes.<sup>145</sup>

145 Idem, p. 109



La derogación la realiza la autoridad normativa, con ella resulta un cambio regular de la actividad normativa; en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de la norma derogada. Mientras que la declaración de nulidad es la obra de la autoridad aplicadora del Derecho, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho.<sup>146</sup>

### 3.4 Modelo de las fuentes-hecho

Prieto Sanchís advierte que las fuentes-hecho no se vinculan con los hechos o fenómenos naturales, sino con los hechos originados en la conducta humana mientras que Aguiló Regla al hablar de fuentes-hecho refiere que los hechos jurídicos son resultados institucionales que cambian la situación normativa de algunos sujetos. Señala su forma canónica: Si se da el estado de cosas X, entonces se produce el resultado institucional R.<sup>147</sup> Lo cual se expresa  $X \rightarrow R$

Antecedente X	Consecuente R
Estado de Cosas	Resultado Institucional

Para la existencia de una fuente-hecho se requiere que el resultado institucional sea de eficacia general, es decir la costumbre como regla social relevante.

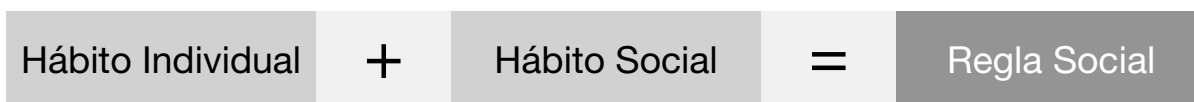
<sup>146</sup> Idem

<sup>147</sup> Idem, p. 113

<b>Rol de las prácticas sociales en el Derecho</b>	Como orden cuya existencia depende de la aceptación por parte del grupo y que, en este sentido, remita a reglas sociales.
	Como orden formalmente estructurado, en el que el origen de las normas determinan de manera fundamental su existencia jurídica.
	Como orden para hacer compatibles la incorporación de las reglas sociales al orden jurídico con el sistema de fuentes, Aguiló lo explica por la vía de la regla de reconocimiento de Hart cuyo contenido ordena la obediencia a las normas suprasmas y de las derivadas del sistema jurídico.

### 3.5 La costumbre

Se cataloga como hábito al modelo de conducta que en circunstancias semejantes se repite, si esa conducta se mantiene por un cierto tiempo y es asumida por la comunidad se transforma en un hábito social, el próximo peldaño será reconocerlo como regla social. Ahora bien, la dificultad surge cuando se intenta determinar el momento en que esa regla social pasa a ser una costumbre jurídica. Es decir, en qué momento el estado de cosas produce el resultado institucional de la costumbre jurídica.



De acuerdo a la doctrina existen tres tipos de relaciones entre la costumbre jurídica y la ley.

<b>Relación costumbre jurídica y ley</b>	Costumbre jurídica <i>contra legem</i>	Refiere la costumbre que es contraria a la ley y por lo tanto no es fuente de Derecho.
	Costumbre jurídica <i>sucundum legem</i>	Refiere la costumbre que es señanada por la propia ley Configura una remisión explícita de la ley hacia una ley concreta. Sólo habrá que determinar se se trata de una regla social que regula la materia.
	Costumbre jurídica <i>praeter legem</i>	Es la única costumbre que se conoce como fuente de Derecho de acuerdo a los ordenamientos jurídicos que le atribuyen estatus de ley.

La fuente-hecho no es fruto de una autoridad, por ello no se disocia. Siempre será coherente en relación con el orden jurídico porque es *praeter legem*. Por el hecho de que la ley no señala los criterios para determinar cuándo una costumbre puede calificarse como jurídica la doctrina y la jurisprudencia han establecido dos criterios el *usus* y la *opinio*.

<b>Elementos Constitutivos de la Costumbre jurídica</b>	<i>Usus</i> o elemento material o externo	Refiere la repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta. Su determinación es difícil.
	<i>Opinio</i> o elemento espiritual o interno	Es un elemento común a todas las práctica sociales que refieren la conciencia de obligatoriedad. Los aportes de Neil MacComick acerca de la relevancia jurídica fundada en la idea de coherencia y consistencia normativa es tomada por Aguiló para construir y agregar un tercer elemento constitutivo a la costumbre jurídica.

Con la introducción de este tercer elemento constitutivo y el planteamiento sobre la unidad de contenidos normativos decide revisar nociones como consistencia y coherencia normativa.

<b>Unidad Normativa</b>	Consistencia (opera todo o nada). Usa Argumentos formales.	Se predica de las relaciones lógicas entre dos normas que respetan el principio de No contradicción entre ellas y las demás. Plantea una unidad de conducta y deberes.	Nociones básicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Deber</li> <li>✓ Cumplimiento</li> </ul>
	Inconsistencia	Contradicción de disposiciones normativas, rompen la unidad de contenidos del Derecho, la unidad en la guía de conducta y la unidad de deberes.	Las antinomias se resuelven	La ley superior prevalece frente a inferior. Ley posterior prevalece sobre la anterior. La ley especial prevalece sobre la general.

<p><b>Unidad Normativa</b></p>	<p>Coherencia utiliza argumentos sustanciales o valorativos</p>	<p>Es un criterio de corrección respecto de operaciones jurídicas que consiste en una extensión (analogía) o contradicción (a contrario) de las normas regulatorias.</p> <p>Busca compatibilidad en los deberes (consistencia) y los propósitos protectores.</p> <p>Las normas se aprecian como instrumentos para proteger o promover ciertos bienes o valores.</p>
<p>Para comprobar la existencia de una costumbre jurídica hay que demostrar</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Que esta ante una regla social (<i>usus y opinio</i>).</li> <li>✓ Que la regla de que se trata no es inconsistente con otras normas del ordenamiento.</li> <li>✓ Que es relevante para el Derecho.</li> </ul>

En cuanto al orden normativo Hans Kelsen<sup>148</sup> entiende que el orden jurídico es un sistema de normas vinculados a la razón de validez de cada norma que lo conforma. La proposición normativa difiere de otras proposiciones cuando no versan sobre la realidad, es decir, no pueden ser confirmadas por la realidad y por tanto se escapan de las nociones de verdadero o falso alojándose en la noción de validez al margen de su eficacia y/o justicia.

En ese sentido, la orden que da el padre a su hijo de asistir a la escuela es propiamente una norma bajo el fundamento de que existe la norma general que ordena que los hijos deben obedecer a sus padres; existe delegación en las autoridades, una conexión con cierta vocación hacia la unidad de contenidos normativos. El hecho de que alguien ordene algo no sirve por sí mismo como fundamento de validez de la norma que se corresponde con el mandato.

Kelsen, deja claramente establecido que: La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede...<sup>149</sup>

148 Kelsen, Hans, Teoría general del Derecho y del Estado, Traducción Eduardo García Maynez Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p.129 a 145

149 Idem, p.130

<b>La Validez</b>	De un hecho	Encuentra un fundamento en la medida en que pueda ser confirmado en la realidad.
		Puede ser verdadero o falso.
	De una norma	Su fundamento de validez reside en presuponer la existencia de una última norma.
		La norma fundamental representa, como norma común, el vínculo entre todas las diversas normas que integren un determinado orden.

El sistema normativo puede ser estático si las normas gozan de validez en virtud de su dignidad intrínseca; su validez proviene por el sólo hecho de ser derivable de una norma fundamental específica dotada de obligatoriedad. En él hay que buscar una norma que sea más general hasta descubrir la más general de todas las normas válidas, si se logra eso entonces esa será la norma fundamental. En este sistema todas las normas particulares pueden obtenerse de una deducción, es decir, de una inferencia de lo general a lo particular.

Mientras que en el sistema normativo dinámico las normas deben ser creadas por la voluntad de las autoridades investidas por una norma superior que les otorga esa facultad. Tal como lo explica el autor, la facultad de crear normas es delegada por una autoridad a otra. En este sistema la norma básica es la regla fundamental, la cual establece cómo se crearán las demás normas que integrarán el sistema.

<b>Sistema Normativos</b>	Sistema estático	Establecida la norma más general de todas las válidas, se establecen mediante inferencias todas las normas particulares y eso las hace obligatorias.
	Sistema dinámico	Las normas no se obtienen mediante una operación intelectual a partir de la norma básica, existen autoridades facultadas para la creación normativa. La norma forma parte de un sistema si es creada de acuerdo a los cánones de la norma básica.

### 3.6 El orden jurídico positivista

De acuerdo a la construcción teórica de Hans Kelsen, el orden jurídico es un sistema de normas que pueden tener cualquier tipo de contenido, toda conducta puede ser convertida en un deber jurídico correlativo a un derecho subjetivo; dejando claro que lo moral y lo político no forman parte del ámbito del Derecho.

La única razón para que una norma jurídica sea válida es que haya sido creada de acuerdo a determinada regla y de la forma establecida por la norma básica; punto de partida para determinar si una norma forma parte del orden jurídico que le da origen y también para determinar si ha dejado de pertenecer al orden jurídico, en otras palabras para ser derogada deben seguirse los lineamientos que prevé.

Kelsen plantea: El derecho es siempre positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado y modificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Esto constituye la diferencia entre el derecho positivo y el natural, ya que el último, a semejanza de la moral, es derivado de una supuesta norma básica que se considera de validez evidente y como expresión de la voluntad de la naturaleza o de la pura razón ...La ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas<sup>150</sup>



---

150 Idem, p. 134

Entre los aspectos que distinguen al orden positivo del orden iusnaturalista está no sólo el aspecto de la vinculación entre Derecho y moral sino también la manera como se conforma el ordenamiento jurídico. Kelsen plantea una desvinculación total entre estos órdenes, llega a afirmar que: El llamado Derecho natural no es Derecho, sino ética o política; es un proyecto ideal sobre lo que el Derecho positivo debería ser, considerado desde tal o cual punto de vista valorativo; no tiene que ver con el Derecho, sino con la justicia. <sup>151</sup> Incluso, no resta importancia al llamado Derecho <sup>28</sup> natural.

De semejante forma establece que las fuentes del Derecho son también normas que señalan la forma en que se genera y se expresa el Derecho, de qué está compuesto el ordenamiento jurídico y el lugar que le asigne a los principios el Derecho positivo de origen estatal.

### 3.7 Las fuentes del Derecho de acuerdo a Hans Kelsen

Hans Kelsen, entiende que sólo son consideradas como fuentes del Derecho la creación consuetudinaria y la legislativa; llama la atención acerca de las normas generales consideradas como única normas y del olvido de las normas individuales a pesar de formar parte del orden jurídico.

<b>El concepto fuente</b>	Designa los métodos de creación jurídica	Normas generales. Procedimiento y contenido.
		Normas individuales La desición de las tribunales.
	Caracteriza el fundamento de validez del Derecho	En sentido estricto la fuente del Derecho es la norma básica.
		En sentido amplio cada norma es fuente del precepto cuya creación regula, determina el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creado..

151 Ver Josef L Kunz, Tercera conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, [www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/teoria/3.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria/3.html) Consultada 4 de julio 2018

	Incluye las que no tienen fuerza obligatoria	El orden jurídico puede obligar a respetar los órganos creadores de Derecho, las normas morales, los principios políticos, las opiniones de expertos y hacerlos fuentes.
--	--	--

De igual manera Kelsen establece que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas por el principio de que el Derecho regula su propia creación; toda norma es creada bajo las prescripciones de otra y sometidas a las disposiciones de una norma fundamental que constituye la unidad del sistema.

Utilizando las palabras del autor se afirma que una norma pertenece a cierto orden jurídico si ha sido creada por un órgano de la comunidad Constituida por ese orden.<sup>152</sup> Más adelante plantea: Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla.<sup>153</sup>

De su lectura queda claramente establecido que cada acto de creación jurídica tiene obligatoriamente que ser un acto de aplicación de una norma anterior al acto. Señala dos casos limítrofes: el primero relativo a la ejecución de una sanción como ilustración de simple aplicación, y el segundo, refiere el caso de la primera Constitución y la norma básica que no corresponde a una norma de grado superior ni equivale a aplicación del Derecho.

### 3.8 Las fuentes del Derecho según Santiago Nino

Santiago Nino reconoce que además de las clasificaciones que se producen a partir de la estructura o contenido de las normas que forman los sistemas jurídica existe además una atendiendo a su origen, a ella corresponden las modalidades de fuente deliberada y de fuente espontánea de Derecho.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Kelsen, op.cit. p.156

<sup>153</sup> Idem, p.157

<sup>154</sup> Santiago Nino, Carlos, Introducción al análisis del Derecho, 2da. Edición, Editorial Ariel, Barcelona; 1999; p. 148 a 156.



<b>Fuente deliberada</b>	Se refiere a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas.
	Corresponde a la legislación que es su arquetipo, su modelo.
	Proviene del poder constituyente, del Congreso y del Poder Ejecutivo.
	Correspondientes a resoluciones ministeriales, a ordenanzas municipales y univertitarias, algunos aceptan las sentencias pronunciadas por los jueces como norma jurídica particular.
<b>Fuente espontánea</b>	Refiere actos que no se realizan con la intención de establecer normas, sin embargo tienen ese efecto.
	Incluye la costumbre y el precedente bajo ciertas especificaciones. Los individuos pueden insistir en una práctica social pero en si misma no es controlable. La costumbre jurídica como hecho social de generación espontánea de reglas de conducta es anterior e independiente al Derecho.

En cuanto al orden jerárquico, Santiago Nino reseña que las normas, en los sistemas jurídicos, tienen diferentes niveles de jerarquía cuyas cadenas de validez se forman de acuerdo a la autorización que goza una norma para crear otras y para determinar la subordinación de unas respecto a otras, se verifica como superior de acuerdo a la validez de la primera y no de la segunda.

<b>Preferencia de acuerdo a la validez</b>	Se siguen los postulados de la regla secundaria de H. Hart que resuelven los problemas de certezas en los ordenamientos jurídicos, es decir su regla de reconocimientos.
	Se sigue la ordenación jerárquica dispuesta por las propias normas del sistema.

La norma constitucional para tener ese carácter debe cumplir con los requisitos de validez establecidos por el propio sistema a que pertenece y es el mismo sistema el que determina que será lo válido de acuerdo a él mismo.

<b>La norma constitucional</b>	Pertenece a un orden jurídico existente.
	Es reconocida por los órganos primarios del sistema, por el orden jurídico a que pertenece.

Santiago Nino recoge el problema presentado por las leyes inconstitucionales cuando estas forman parte de un sistema fundado bajo las premisas de que una norma existe (o es válida, en el sentido descriptivo) cuando pertenece a un orden jurídico existente.

La norma pertenece a un orden jurídico existente cuando es una norma reconocida por los órganos primarios del sistema o su dictado está autorizado por una norma que pertenece a este. El autor Santiago Nino critica la posición de Kelsen ante esta contradicción y plantea la solución que se verá más adelante de Eugenio Bulygin.

Hans Kelsen presupone, al ocuparse del problema de la contradicción antes planteada, que hay leyes inconstitucionales que pueden derivar de una norma superior o tácita que autoriza a dictar normas contrarias a los preceptos expresos para poder explicar que las mismas se consideren válidas hasta su anulación. Esta solución es criticada porque, obviamente, cómo podrían ser válidas sino cumplen con los criterios de validez y perdería todo sentido la distinción entre normas jurídicas válidas e inválidas.

Bulygin resuelve el problema de la contradicción abandonando el sentido del concepto de validez en cuanto norma que debe pertenecer a un sistema y derivarse de otras normas del mismo sistema. Sustituye la idea de validez por la de obligatoriedad de la norma en tanto no haya sido anulada. En síntesis, la solución así planteada deja de ser de naturaleza contradictoria para entenderse como un caso de incoherencia con otras normas de nivel superior.

<b>¿Son válidas las normas inconstitucionales?</b>	Hans Kelsen Entiende que en un sistema se pueden derivar de una norma superior o tácita otras que le sean contrarias, estas gozarán de validez mientras no se anulen.
	Eugenio Bulygin Entiende que por la contradicción que se genera no debe hablarse de validez de normas inconstitucionales anulables si se parte de los supuestos kelsenianos de que la explicación debe darse bajo la noción de obligatoriedad y así, sólo habrá un problema de coherencia hasta su anulación y no de inconstitucionalidad.

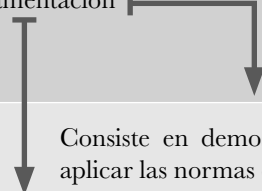
### 3.9 Las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales

Josep Aguiló Regla plantea que el problema para la teoría del Derecho y para la teoría de las fuentes es explicar cómo se produce esa contribución<sup>155</sup> refiriendo por un lado el judicialismo extremo y, por el otro, el deductivismo extremo.

<b>La decisión proviene del</b>	Judicialismo extremo	Escepticismo frente a las normas jurídicas como normas de conducta.
		Las decisiones judiciales sólo se explican en términos de voluntad.
		Esta visión debilita la noción de Derecho objetivo así como la decisión desde la perspectiva de la regla de justicia formal.
	Deductivismo extremo	La Justificación es imposible, la decisión es solo voluntad.
		El Derecho objetivo es completo y cerrado.
		Aunque el Derecho es deducir, sacar conclusiones esto no significa decidir.
		La argumentación judicial es superflua.

155 Aguiló, op. Cit. p. 131 a 146

Continúa el análisis invitando a mirar la actividad adjudicataria desde dos nuevas perspectivas: como resultado institucional y como documento normativo.

<b>Sentencia como resultado institucional</b>	Es un acto jurídico que produce como resultados institucionales la sentencia.	Son actos intencionales de la autoridad jurisdiccional.	
		El juicio de validez verifica la	Existencia
	Legitimidad		
<b>Sentencia como documento normativo</b>	Consta de dos partes	El fallo norma particular dirigida a:	Las partes del proceso
			Los órganos de ejecución
		Fundamentación	Parte de la sentencia que intenta mostrar que el fallo es correcto, que está justificado.
		 <p>Consiste en demostrar que el fallo es el resultado de aplicar las normas del Derecho objetivo (preexistente).</p>	
<p>Sigue el razonamiento justificativo, silogismo judicial, a su premisa normativa corresponde la disposición que aplica, diferente a la que obliga al juez según el Derecho objetivo. La premisa fáctica describe los hechos y la conclusión recoge la norma particular que resuelve el caso.</p> <p>Abvierte sobre la falacia de forma lógica.</p>			

El silogismo judicial, como razonamiento acabado, contiene todos los factores relevantes para la solución del caso, tiene la fuerza del Derecho por lo que la consecuencia jurídica prevista por esa norma es absoluta. Sin embargo, Neil MacCormick observa dos problemas relativos a las premisas.

<b>Silogismo</b>	Premisa normativa (Regla/principio)	Relevancia	Se produce un problema en la determinación de cuál es la norma acreditada para el caso de las que sean oportuna para la solución del mismo en el ordenamiento jurídico.	
		Interpretación	Problemas en la determinación del sentido y el alcance de la norma por tener información en	Exceso Carencia
	Premisa fáctica (Hecho)	Calificación	Dificultad al aparejar un supuesto de hecho o de una consecuencia jurídica con una disposición normativa	
		Prueba	Dificultad en la aplicación del test de coherencia entre los hechos pasados y el relato reconstruido de los hechos acontecidos.	

La diversidad de normas del Derecho objetivo se transforma en el momento de su aplicación en la unidad del Derecho para el caso en cuestión: el carácter *prima facie* de las normas del Derecho objetivo se transforma en la unidad del Derecho una vez vistas todas las cosas. En esta transformación está la clave para entender la creación judicial de normas jurídicas.<sup>156</sup> De ahí, la necesidad de justificarla y de evitar los problemas de razonamiento.

### 3.10 La norma judicial

Los criterios para justificar la norma que resuelve el caso y la norma que lo resuelve son ideas básicas para poder hablar de una norma judicial. La idea más aceptada es aquella que reconoce que la premisa normativa tiene que estar construida en base a una disposición universal, es decir, que señale que es aplicable a toda X que tenga unas ciertas propiedades. Y, además, puede entenderse en sentido material, es decir, como derecho humano exigible para todo ser por el sólo hecho de ser humano.

<sup>156</sup> Aguiló, op. Cit. P. 137

El sentido formal de universalidad no es gradual como lo es el de generalidad, se señala el caso de la equidad que envuelve una excepción de la generalidad pero no a la universalidad. Lo universalizable tiene vocación al futuro, resolver igual casos semejantes como discurso racional sea teórico o práctico.

<b>Disposición universal</b>	<b>Sentido</b>	Formal	Aplicable a todos los casos que tengan las mismas propiedades. Universalizable (a futuro)	Como discurso racional.	Teórico Práctico
				Como igualdad formal, valorativa, implica igualdad de trato.	
		Material	Exigible por el sólo hecho de ser humano.		

De acuerdo a la *ratio decidendi* (la razón, criterio o norma) el juez sólo declara y aplica el precedente ya existente, o se aparta del precedente por una propiedad relevante (*distinguish*), o si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo (*overrule*).

<b>Alternativas en la universalidad</b>	Resolver el caso posterior de manera similar que el anterior.
	Sólo variar se el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el anterior, muestra propiedades diferentes que justifiquen una solución diferente.
	Mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y por tanto la norma universal aplicable no fue la establecida sino otra alternativa, por lo que el nuevo caso debe ser resuelto de manera diferente.

La exposición de Aguiló corresponde a estrategias explicativas, advierte que la forma de incorporación de algunas normas de origen judicial al Derecho objetivo pueden mostrar cierta dificultad ya que unas veces el precedente parece más del modelo de la jurisprudencia que del Common Law y viceversa.

<p><b>Modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al modelo del Derecho objetivo</b></p>	<p><b>Model del precedente Premisa fáctica (Hecho)</b></p>	<p>Common Law El <i>stare decisis</i> o precedente, una decisión de un tribunal o un juez, tomada sobre una cuestión de Derecho luego de un razonamiento que fue necesario para establecerlo, resulta una autoridad o precedente obligatorio para el tribunal que la dictó y para otros de igual o inferior rango cuando se planteó de nuevo la misma cuestión.</p>	<p><i>stare decisis</i> Prueba</p>	<p><b>Obligatorio</b> El juez debe respetarlo siempre, aún lo desapruébe. Depende de la jerarquía de los dos tribunales implicado.</p>
	<p><b>Modelo de la Jurisprudencia</b></p>	<p>Civil Law</p>	<p>Conjunto de documentos del que se pueden inferir normas jurídicas de carácter general<sup>157</sup> e incluirlas en el Derecho objetivo, so no han sido incluidas por otra vía.</p> <p>Se incluye en la legislación por el uso reiterado de decisiones que siguen el criterio. Suele llamarse línea jurisprudencial.</p> <p>Importa la jerarquía.</p>	<p><b>Persuasivo</b> Guía del juez. La adhesión está vinculada con el razonamiento seguido y la unidad de contenido del Derecho.</p>
	<p><b>La sentencias</b></p>	<p>La declaración de invalidez de una ley o reglamento no implica que el órgano jurisdiccional emita la ley o el reglamento correcto, solo busca establecerle límites.</p> <p>Las exigencias de fundamentación hecha a los órganos jurisdiccionales son de cumplimiento estricto porque está en la obligación de mostrar que su decisión es jurídicamente correcta y no simplemente el resultado de una de las alternativas disponibles en el ordenamiento jurídico.</p>		

157 Idem, citando a Guibourg p. 145.

### 3.11 Elaboración racional del propio Derecho

Las funciones normativas que se le reconocen al Derecho buscan normas generales para resolver los diferentes casos, es decir, producen vínculos entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas; estas funciones son realizadas por operadores jurídicos que en principio tienen funciones muy específicas.

Las normas generales fruto de la actividad legislativa y las soluciones del caso concreto a cargo del juzgador deben incluir, de acuerdo a Neil Maccormick<sup>158</sup>, la aplicación de los postulados de su Teoría integradora para casos que desborden la justificación interna (subsuntivo/casos fáciles) es decir, para los casos que requieran justificación externa (casos difíciles).

<b>Teoría integradora</b>	<b>Universalidad</b>	Formal	Corresponde a la exigencia de justicia formal. A igual propiedades el caso futuro debe ser resuelto de manera similar a los anteriores que le sean semejantes.
	<b>Coherencia</b>	Corresponde a la relación lógica entre la promesa normativa y la premisa fáctica. Asunto de grados, razonabilidad.	Coherencia normativa. Coherencia narrativa.
	<b>Consistencia</b>	La premisa normativa armoniza con las demás normas válidas del ordenamiento jurídico..	Los jueces no pueden infringir el Derecho vigente. Los jueces deben ajustarse a las pruebas.
	<b>Consecuencia</b>	Refiere el resultado del resultado, es decir, la consecuencia del resultado. Implica usar razones substantivas.	<b>Finalistas</b> Promueve estados considerados valiosos. <b>Corrección</b> La decisión se justificaba por ser bueno o correcta en si misma.

158 Atienza, Manuel, Las razones del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2005 p. 114 a 125



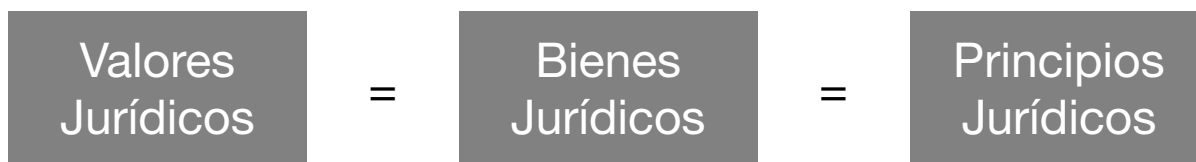
MacCormick, fundamentalmente sobrepasa las críticas a otras concepciones del Derecho rechazando diferencias entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ve el Derecho desde la visión del juez, es decir, desde una perspectiva interna localizada en la decisión judicial.

### 3.12 Normas originadas de la elaboración racional del propio Derecho

Aguiló, plantea la necesidad de incluir en la teoría de las fuentes del Derecho el llamado Derecho implícito y pasa a definir el Derecho explícito como: aquel que es producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas.<sup>159</sup> Mientras, se entenderá por Derecho implícito a aquel que: es un resultado de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico.<sup>160</sup>

Abandona la idea de creación-aplicación y la sustituye por un método mejor capaz de justificar soluciones. Esto permite entender la doctrina dentro de las fuentes de Derecho en razón de que la dogmática suministra razones para resolver casos concretos desbordando el ámbito del Derecho explícito. De hecho, de inmediato aborda el tema de los principios jurídicos de los cuales reconoce que las únicas que valen por sí mismas son las siguientes:

<b>Sentido del concepto Principio (sentido estricto)</b>	Como norma que expresa los valores superiores de un orden jurídico.
	Las estipulan la obligación de perseguir determinados fines..



Se ha establecido que si pasamos por unos rayos X disposiciones normativas y principios se podrá observar que ambos encierran valores referidos al objeto que regulan.

<sup>159</sup> Aguiló, op. Cit. P.163

<sup>160</sup> Idem.

<b>Dimensión regulativa (ordena, permite o manda)</b>	Aspecto directivo (guía conducta y deberes)	<b>Inconsistencia</b> cuando existen conflictos entre conductas y deberes ordenadas en las disposiciones normativas.
	Aspecto valorativo (justificación de la conducta)	<b>Incoherencia</b> refiere conflictos de valores a lo interno del ordenamiento jurídico.

Pueden haber conflictos entre ambas dimensiones.

A este respecto concluye Aguiló que lo relevante es: el postulado de la unidad del Derecho no presupone que todas sus normas sean consistentes, sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) es posible hacer hablar al Derecho con una única voz. Lo mismo ocurre con la coherencia: el postulado de la unidad no exige ni presupone que todas las normas jurídicas sean coherentes entre sí, sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) pueda reconstruirse esa unidad: es posible hacer hablar al Derecho con una única voz.<sup>161</sup>

Las normas regulativas tienen por finalidad proteger o promover bienes jurídicos, son guías de conducta y criterios de valoración.

Reglas	Principios
Responde a una estructura condicional $P \rightarrow q$ El caso (conjunto de propiedades) vinculado a una solución normativa.	Sólo Tienen como confición de aplicación las que devienen de su propio contenido.
Sus propiedades definen el hecho previsto.	Pautas de conducta en que no se define un caso, no cuentan con supuestos de hecho.
Ausencia de mandatos absolutos tienen carácter derrotable.	Ausencia de mandatos absolutos tienen carácter derrotable.
Su confición de aplicación viene dada por la autoridad normativa.	Normas que su condición de aplicación deviene de ellos mismos, aunque no se aplican directamente.

161 Idem. P-190 a 191

Son hipótesis (condicionales).	Formulación categórica (absoluta e incondicional).
Subsunción (silogismo deductivo).	Ponderación (selección del principio que resolverá el caso cuando hay más de un principio aplicable).
Son todo a nada, no hay grados para su aplicación.	Son verátiles, gozan de una fuerza expansiva y sirven de justificación.

### 3.13 Las fuentes del Derecho en el orden jurídico Neoconstitucionalista

La teoría del Derecho planteada desde el positivismo contrasta fuertemente con las demás concepciones del Derecho y los temperamentos que estas puedan incluir. Si se mira desde una perspectiva como la en que se desborda el Derecho emanado por el legislador, proveniente de la autoridad competente y de acuerdo al procedimiento dictado por el Estado, y que, desde la Segunda Guerra Mundial amplía el catálogo de fuentes del Derecho cambiando la óptica positivista que permite concebir el constitucionalismo como una forma política de organización, como una teoría del Derecho o como una ideología al servicio del constitucionalismo como forma política.

Lo establecido es que la ley pierde la exclusividad como fuente del Derecho lo que implica una reordenación jurídica y un nuevo paradigma.

<b>El nuevo paradigma</b>	Los preceptos constitucionales son completos y altamente valorativos, su contenido evoluciona, por lo que su significado y alcance también.
	Los principios adquieren un lugar predominante sobre las reglas.
	La subsunción se plantea para los casos fáciles y la ponderación para los llamados casos difíciles.
<b>El nuevo paradigma</b>	Aparece la Constitución como eje transversal preponderante en el ámbito jurídico.
	Jueces y juezas dejan de ser boca de la ley.
	La incorporación ilimitada de valores y principios que en su versatilidad desplazan la aplicación de reglas para la solución de los casos.

En la República Dominicana el elemento más sólido de separación entre positivismo ideológico fuerte Kelseniano y otras concepciones resulta debilitado desde el momento en que Derecho y moral dejan de ser contradictorios permanentes, ya que, con independencia a la concepción del Derecho que se abrace, los principios han sido positivizados y con ellos desde el propio imperio de la ley tendrán que ser obedecidos. El canon de la Constitución como ley superior revaluando e insertando el discurso moral que había sido abandonado desde la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

<b>Leyes orgánicas</b>	Obedecen un mandato constitucional.		
	Regulan unas ciertas materias.		
	Aumentan la estabilidad y legitimación debido a que requieren mayoría cualificada o reforzada y no siempre como las ordinarias.	<b>Objeciones</b>	Restringen el ámbito democrático.
	Pueden ser fundamento para una declaración de inconstitucionalidad.		La mayorías pueden calificar de orgánicas leyes que no lo sean de acuerdo al precepto constitucional.

Las transformaciones que se dan en los textos por vía de la reforma son completados por las actualizaciones que sufre por medio de la interpretación. El lenguaje que inicialmente se utilizó en la Constitución también ha variado de acuerdo a los cambios sufridos en la realidad, lo cual, inevitablemente, tiene que incidir en su interpretación. La Constitución, no desplaza al legislador sólo le fija los límites como creador, organizador y uno de los intérpretes del ordenamiento jurídico, que al realizar sus funciones está sujeto a ella. Incluso con potestades constitucionales como la emisión de leyes orgánicas sujetas a mayorías cualificadas superiores a la de la mayoría de las leyes ordinarias.

En el neoconstitucionalismo, la costumbre no se concibe como una fuente del Derecho Constitucional debido, entre otras razones, a la competencia del Poder Constituyente y a la fuerza vinculante que genera el ámbito constitucional y más aún el Tribunal Constitucional.

En este contexto, se considera costumbre aquellos usos que emergen de la vida política a lo interno de un Estado, es lo que se denomina costumbre constitucional en el marco de una constitución escrita. De acuerdo a la doctrina existen tres tipos de relaciones entre la costumbre jurídica y la constitución.

<b>Relación entre costumbre Jurídica y Constitucional</b>	Costumbre Jurídica <i>contra constitutionem</i>	Refiere la costumbre que es contraria a la Constitución y por lo tanto no es fuente de Derecho.
	Costumbre Jurídica <i>secundum constitutionem</i>	Refiere la costumbre que es señalada para desarrollar e interpretar la Constitución.
	Costumbre Jurídica <i>praeter constitutionem</i>	Es la costumbre que completa la Constitución, no que la opondría.

El papel de la costumbre como fuente del Derecho constitucional es rechazado fundamentalmente porque disminuye su legitimidad política (un puñado elaborarían normas fundamentales), si la costumbre desarrolla e interpreta la ley entonces cómo quedarían los poderes del Estado respecto a la libertad de acción, la Constitución perdería su lugar de ley de leyes, si la costumbre completara la Constitución estarían en el mismo nivel.

En definitiva, aceptar que las cosas pueden ser pensadas de diferentes y diversas maneras explica las múltiples perspectivas (filosóficas-especulativas, político-social y jurídico-positiva) y lo heterogéneo de los orígenes (autoridades políticas y jurisdiccionales, prácticas sociales y de elaboración del propio Derecho) de las fuentes del Derecho. Entender el Derecho como un objeto cultural hace apreciable la organización que desde las fuentes se hace de la sentencia como discurso anclado en el principio de legalidad y en la nobleza de la norma implícita que permite legitimar el acto jurisdiccional.

El Derecho encuentra en la teoría de las fuentes una plataforma en que los casos, fáciles o difíciles, se acomodan para desde allí facilitar el cumplimiento de su ideal de justicia, aspecto hoy no controvertido para los llamados positivistas incluyentes.

Descifrar el entramado formado por la validez, la unidad normativa, el lugar que ocupan reglas y principios en el ordenamiento jurídico y la concepción jurídica que se abraza es apenas una tarea que se inicia.

# Capítulo 4

## Teoría del Ordenamiento Jurídico

### 4.1 El concepto de sistema en la ciencia jurídica

Antes de abordar el concepto de ordenamiento jurídico es necesario comprender cómo llega la idea de sistema al Derecho, para luego definir lo que es un sistema normativo y a seguidas determinar en qué consiste un sistema jurídico. Al respecto seguiremos los planteamientos de los autores Carlos Alchouron y Eugenio Bulygin, quienes recogen un estudio sobre el tema en su obra “*Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*”.

La idea de sistema tiene como antecedente remoto los planteamientos de Aristóteles sobre la teoría de la ciencia. El filósofo estagirita planteó en su momento como ideal de la ciencia, la ciencia deductiva. Para él toda ciencia debía comprender tres aspectos: “a) principios absolutamente evidentes; b) una estructura deductiva; y c) un contenido real. Esto a su vez significa que toda ciencia de cumplir con cuatro postulados: I) Todo enunciado científico debe referirse a un dominio específico de entidades reales (postulado de la realidad); II) todo enunciado científicos debe ser verdadero (postulado de la verdad); III) Si determinados enunciados pertenecen a una ciencia, toda consecuencia lógica de esos enunciados debe pertenecer a esa ciencia (postulado de la deducción); IV) En toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna, y la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados (postulado de la evidencia)”<sup>162</sup>.

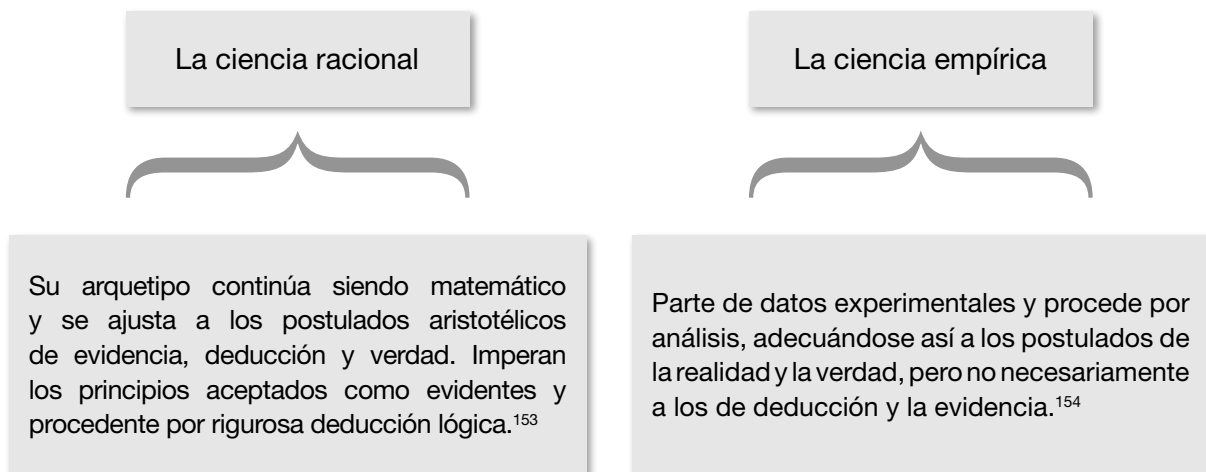
---

162 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; “*Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*”; 2da. Edición, Editorial Astrea SAS; Colombia; 2013; Pág71.

Estos postulados Aristotélicos sientan las bases para comprender en qué consiste un sistema, dado que ellos permiten inferir algunos elementos que están presentes en todo sistema, a saber:

- a) La existencia de enunciados.
- b) La relación que tiene que existir entre los enunciados, pues la ausencia de relación no permitiría hablar de sistema.
- c) Cómo en la ciencia estos enunciados deben ser verificables en la realidad.
- d) La existencia de principios que sustenten todo el sistema y a los cuales debe recurrirse para encontrar la ausencia de respuesta de una problemática concreta en los enunciados.

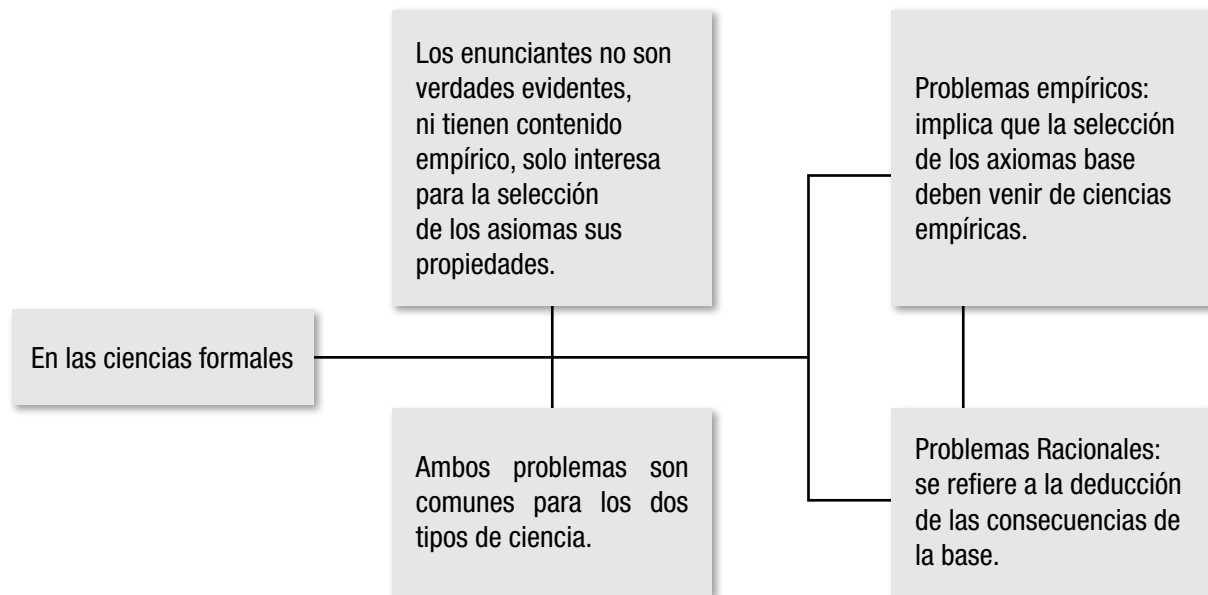
A pesar de lo anterior, comentan los autores antes referenciados, que para el año 1600 los presupuestos del ideal de ciencia de Aristóteles sufrieron un revés, atendiendo a la dificultad que implicaba satisfacer todos los postulados. Esto provocó la primera incisión en la ciencia, mediante la cual el ámbito de la ciencia se divide en dos categorías, esta son:



163 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; “Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”; ops. Cits. Pág. 72.

164 Ibídem. Pág. 72.

Ambas categorías de ciencias evolucionan y alcanzan con sus efectos a la filosofía, en la cual es posible apreciar dos grandes corrientes, la racionalista y la empirista. En la primera se destaca Descartes y la segunda nace con Locke. Ambos tipos de ciencias evolucionan con el paso del tiempo y se produce una concepción moderna de la ciencia, que según los autores indicado al inicio, dicha concepción abandona el ideal aristotélico y atenúa la dicotomía entre ambas ciencias. Al tenor de esto ambas ciencias comparten la misma noción de sistema, pero se diferencian en la forma de abordar “*el problema de la selección el establecimiento de los enunciados primitivos del sistema*”<sup>165</sup>. Sobre este particular veamos la postura de cada tipo de ciencia.



Alchourrón, Carloa. Eugenio Bulygin; “Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas: ops. Cits. Pág. 73.

El cuadro anterior, supone un resumen de la concepción moderna de ciencia, en el que ambos tipos de ciencia compartían los problemas de la sistematización, entorno a la explicación del origen de los axiomas. Lo anterior implicó el surgimiento de una

165 Ibídem. Pág.73.



moderna concepción de sistema, en el que se rechazaba *“la necesidad de considerar que los principios sean verdades evidentes acerca del espacio real, abandonándose con ello los postulados de la evidencia y de la realidad”*<sup>166</sup>. Desapareció la distinción entre axiomas y postulados, quedan en su lugar únicamente la distinción entre *“enunciados primitivos o axiomas”* y los *“enunciados derivados o teoremas”*.

Un segundo aspecto, importante en el desarrollo de la noción de sistema, lo fue de acuerdo a Alchouron y Bulygin, los ajustes refinados de la lógica y la llegada de la lógica simbólica. Dado que ambas permitieron visualizar los errores de la deducción en los teoremas de la geometría clásica, lo que a su vez implicó que las reglas de la inferencias para determinar con precisión y rigor la noción de consecuencia deductiva, pasará a ser tema central de la axiomática moderna<sup>167</sup>. Esta reseña implica necesariamente resaltar la definición de sistema axiomático que plantean los autores, cuando refieren que este sistema puede ser definido; *“como la totalidad de las consecuencias que se siguen de un conjunto finito de enunciados, llamado base axiomática o simplemente base del sistema. En la concepción moderna, cualquier conjunto de enunciado puede servir de base para un sistema axiomático... Así, pues el concepto de sistema se funda en el de consecuencia deductiva.”*<sup>168</sup> Sobre este punto es oportuno indicar que dichos autores advierten, que la noción de consecuencia va depender de las reglas de inferencias que adopte cada sistema, pues a este le corresponde definir cuál enunciado será la consecuencia de otro enunciado o grupo de enunciado.

Pero, ¿cómo todo lo anterior se relaciona con el Derecho? La respuesta a la interrogante radica en el hecho de que los efectos de las pugnas entre ciencias racionales y empíricas tocaron de cerca al Derecho. No debe olvidarse que en sus inicios el derecho no era considerado como un tipo de ciencia. Frente a esto, los influjos de la filosofía racionalista y con ellas sus planteamientos sobre la noción de sistema, sirvieron de base para que con la aparición de las ciencias empíricas no faltaron autores que plantearon que la

---

166 *Ibíd.* Pág.73.

167 *Ibíd.* Pág.73.

168 *Ibíd.* Pág.73-74.

ciencia del derecho debía estar situada en el campo de las ciencias racionales. Entre los filósofos del Derecho con esta postura, Alchouron y Bulygin, destacan a los exponentes del sistema racionalista del derecho natural, tales como Hugo Grocio, Inmanuel Kant y Samuel Pufendorf.

Estos autores, siguiendo el ideal de la ciencia de Aristóteles al que hicimos referencia al inicio de este apartado, planteaban la existencia de principios evidentes, refiriéndose con ellos a los principios del Derecho Natural. En mismo orden y consolidando la noción moderna de sistema en lo que se refiere a la consecuencia deductiva, estos autores planteaban que todo enunciado jurídico era producto de la inferencia lógica y cuya verdad era derivada de aquellos principios. Con relación al postulado de la realidad, la concepción racionalista del derecho planteaban que *“la ciencia jurídica en su carácter ideal: la ciencia del derecho no pretende describir las reglas efectivamente vigentes en una sociedad dada, sino las reglas ideales, que según los principios del derecho natural, deben regir”*<sup>169</sup>.

La anterior noción de sistema jurídico sufre un impacto frontal en el siglo XIX con la aparición de la concepción positivista del Derecho. En el marco de la aparición de esta concepción tienen lugar varios eventos, destacados por Alchouron y Bulygin en la obra que hemos venido citando; tales eventos son la codificación napoleónica, el desarrollo de la escuela histórica de Von Savigny, el utilitarismo de Jeremy Bentham y Jhon Austin. Esta nueva doctrina positivista, consolida la dogmática jurídica y mantiene como base de su noción de sistema, los postulados de la estructura deductiva y, además, en lo que concierne a los postulados de la evidencia, estos quedan abandonados en la medida que desecha los principios del derecho natural y los sustituye por las normas de derecho positivo.

En este nuevo escenario, impera la doctrina de las normas creadas por el legislador y la base o axiomas del sistema jurídico no son los principios del derecho natural sino las normas creadas por el legislador. De su lado el jurista tenía una doble asignación:

---

169 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; *“Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”*; ops. Cits. Pág. 79.

“a) hallar los principios generales que subyacen a las normas positivas por medio de la inducción jurídica; y b) inferir consecuencia de esos principios generales y de las normas positivas a fin de solucionar todos los casos”<sup>170</sup>.

El siglo XIX fue dominado por los positivistas, pero no debemos olvidar a los empiristas, pues en el siglo XX intentaron sentar sobre bases empíricas la ciencia del derecho. Entre estos intentos se destacan “la escuela de la libre investigación científica con Francois Geny, la jurisprudencia de intereses con Philipp Heck, la ciencia del derecho libre con Erns Kantorowicz, las escuelas sociológicas de Roscoe Pound en Estados Unidos y Duguit en Francia, el realismo norteamericano con Holmes, Llewellyn, Jerome Frank y el realismo escandinavo con Olivercrona, Alf Ross”<sup>171</sup>. Estos últimos, los realistas, pretendían sentar las bases de la ciencia jurídica en los postulados del sistema deductivo, planteando que la verdad de los enunciados debía ser obtenida mediante la observación de la realidad (empírica).

## **4.2 Sistemas normativos, sistema jurídico y ordenamiento jurídico**

### **4.2.1 Sistemas normativos y sistema jurídico**

A groso modo, lo expuesto anteriormente expone sucintamente como llegó la idea de sistema a la ciencia del Derecho. Ahora bien, ¿qué tipo de sistema es el jurídico? Responder la interrogante implica abordar primero la definición de un sistema normativo, esto así en el sentido de que en el capítulo dedicado a las normas se afirmó que el Derecho se caracteriza por una realidad normativa. En este orden de ideas, nos sirve de base para la definición, los postulados del filósofo, lógico y matemático estadounidense Alfred Tarski, citado por Alchouron y Bulygin<sup>172</sup> sobre la noción de sistema. Para Tarski, en términos macro la noción de sistema implica conocer la distinción entre sistema axiomático, definido en el apartado I, y sistema deductivo, este último “es un conjunto de enunciados que

170 Alchouron y Bulygin; Ops. Cit. Pág. 80.

171 Ibídem. Pág. 80.

172 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; “Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”; ops. Cits. Pág. 82.

*contiene todas sus consecuencias*<sup>173</sup>. La combinación de estos dos tipos de sistemas junto a la función de un sistema normativo,<sup>174</sup> permiten establecer un criterio para definir un sistema normativo; el mismo puede ser definido como “*un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlación casos con soluciones. Todo conjunto (sistema) normativo que contenga sus consecuencias, es pues un sistema normativo... Un sistema normativo es, por consiguiente un conjunto de enunciados en cuyas consecuencias hay alguna consecuencia normativa*”<sup>175</sup>. Como puede verse en esta definición subyace claramente la idea los sistemas axiomáticos y deductivos, características que en cierta medida comparten con los sistemas jurídicos.

¿Qué es entonces un sistema jurídico? Siguiendo la idea del párrafo anterior se puede afirmar que un sistema jurídico es un tipo de sistema normativo. Esto así porque un sistema jurídico es aquel que está integrado por un conjunto de enunciados normativos que en sentido general prevé las consecuencias normativas. En otras palabras, en un sistema jurídico es posible identificar los elementos de un sistema normativo, a saber: a) unos enunciados que contemplan casos; y b) unos enunciados relacionados con los anteriores que plantean las posibles soluciones a dichos casos.

Por lo general y habitualmente se define “*el sistema jurídico partiendo de la norma jurídica, es decir, primero se da una definición de norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, y luego se define el sistema jurídico, como el conjunto de normas jurídicas. De tal manera resulta que un sistema es jurídico porque contiene normas jurídicas*”<sup>176</sup>. Esta es la postura generalmente aceptada y con la cual, nuestros autores de respaldo epistemológico Alchouron y Bulygin difieren planteando algunos inconvenientes que genera definir el todo (sistema jurídico) a partir de una parte, refiriéndose con esto último a las normas jurídicas. En cambio, estos plantean en resumen que definir normas jurídicas independiente de la noción de sistema jurídico implica el inconveniente, de Kelsen y de otros autores que al establecer

---

173 *Ibíd*em, Pág. 82.

174 La función de un sistema normativo consiste en términos simples, en establecer la correlación entre enunciados antecedentes y sus consecuentes. En palabras de los autores Alchouron y Bulygin es correlacionar casos y sus soluciones.

175 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; “*Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*”; ops. Cits. Pág. 82.

176 *Ibíd*em. Pág.94.

que para que una norma sea jurídica debe prever el elemento sanción; ello de entrada no permite aceptar otros tipos de normas presentes en el sistema jurídico que no contemplan sanción y no por ellos no deben ser considerada como jurídicas.

Consciente quizás del inconveniente descrito, Kelsen retoma sus ideas, y *“admite tácitamente la insuficiencia de la teoría de la norma incompleta al sustituirla en su última versión de la teoría por lo que denominan (Alchouron y Bulygin) teoría de la norma no independiente”*<sup>177</sup>. En esta nueva versión de Kelsen, el mismo reconoce que existen otros tipos de normas en el sistema que responden a la estructura normativa de contemplar sanciones (normas derogatorias, de competencia, de permisión, aclaratorias de otras normas y las que establecen conductas sin sanciones); pero al mismo tiempo afirma que estas normas se consideran jurídicas, porque guardan relación primaria con las normas que establecen sanciones. Este tipo de normas son las denominadas normas secundarias de Kelsen, estudiadas en el capítulo de las normas jurídicas y que en la segunda edición de su teoría pura Kelsen llamó normas no independientes.

Dicho reconocimiento implicó que Kelsen afirme que: *“Un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo”*<sup>178</sup>. Esta postura de Kelsen, siguiendo los planteamientos de Alchourrón y Bulygin, implica señalar que en este nuevo contexto lo que hace a las normas no independientes jurídicas no es el elemento sanción sino la relación de estas normas con aquellas normas que si contemplan sanciones (actos coactivos). Esto a su vez permite concluir, que *“la teoría de la norma no independiente implica, pues renunciar a la definición del derecho en el nivel de la norma jurídica para sustituirla por una definición en el nivel de orden o sistema”*<sup>179</sup>.

177 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; *“Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”*; ops. Cits. Pág. 96.

178 Kelsen, Hans; *“Teoría Pura del Derecho”*; 2da. Edición; Traducción de Roberto J. Vernengo; Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1982; Pág.70

179 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; ops. Cits. Pág. 98

Bajo esta última conclusión, la definición del derecho no partiría de la definición de norma jurídica sino de sistema jurídico; el cual se define como, “*el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo. Luego cabe definir la norma jurídica como toda norma que forma parte de un sistema jurídico. De esta manera no se exige que cada una de las normas jurídicas contenga sanciones, pero se requiere que el orden jurídico tenga sanciones*”<sup>180</sup>. Esta propuesta teórica, a nuestro entender permite tener una visión más completa de la realidad normativa de los sistemas jurídicos contemporáneos, aunque para su comprensión es indispensable conocer los aportes dogmáticos anteriores que plantean la definición del sistema jurídico a partir de las normas jurídicas.

#### 4.2.2 Ordenamiento jurídico

Habiendo establecido que los sistemas jurídicos son una subclase de los sistemas normativos, ocupémonos ahora del concepto de ordenamiento jurídico. Esto con miras a establecer su relación con la noción de sistema jurídico y las diferencias con este anterior concepto planteado por un sector de la dogmática jurídica. Para el desarrollo de apartado servirán de base los postulados de Riccardo Guastini, contenido en su obra “*La Sintaxis del Derecho*”, así como de los autores ya abordados Alchourrón y Bulygin, en su escrito titulado “*Sobre el concepto de orden jurídico*”, publicado en el Volumen 8, número 23 de la Revista Hispanoamericana de Filosofía llamada “*Críticas*”, correspondiente al mes de agosto del año 1976.

Dicho lo anterior, procede indicar que para Guastini la noción de ordenamiento jurídico implica entender que la misma ha sido utilizada como equivalente al término derecho en su acepción objetiva, es decir que la noción de ordenamiento jurídico generalmente se ha entendido como sinónimo de normas y reglas. Esto implica que el concepto de ordenamiento se entiende como sinónimo conjunto de normas y reglas. No obstante, el autor señala que en la dogmática existen a lo menos dos maneras distintas de “*concebir los ordenamientos jurídicos*”<sup>181</sup>; a saber:

---

180 *Ibidem*. Pág. 92

181 Guastini, Riccardo; “*La Sintaxis del Derecho*”; Editorial Marcial Pons, Madrid; 2011. Pág.199

- a) **El ordenamiento como un conjunto de normas.** La caracterización de esta forma de concebir el ordenamiento no resulta del todo simple, atendiendo al hecho de que tiene como base el concepto norma, que como hemos abordado en el capítulo referente a las normas de este manual, no resulta ser un concepto unívoco. Todo lo contrario, comprenderlo implica entender las diferencias entre enunciados o disposiciones normativas y normas en sentido estricto, conceptos que también han sido abordados anteriormente.

La comprensión de la distinción implica concebir a su vez el ordenamiento jurídico en dos formas distintas, aunque no diferentes, sino que se complementan. En un primer grupo, el ordenamiento está constituido por el conjunto de disposiciones, que está integrado por el conjunto de los textos normativos que conforman un sistema de legislación.

Este primer conjunto, se complementa que con el conjunto de normas en sentido estricto, que son las normas que se construyen a raíz de las interpretaciones o mejor dicho, de los significados asignados al conjunto de textos normativos que integran nuestro primer grupo. Es decir que este segundo grupo de normas son el resultado, como se señala Guastini, de tres factores: la creación de textos jurídicos, la atribución de los significados a tales textos y la construcción jurídica (elaboración de normas implícitas)<sup>182</sup>.

- b) **El ordenamiento como complejo de instituciones.** Esta concepción de ordenamiento responde a la noción de derecho como institución que se abordó en el capítulo II de este manual. En esta visión del ordenamiento puede destacarse uno de sus precursores, Santi Romano, para quien el ordenamiento no es un conjunto de normas, sino un conjunto de órganos constitucionales. Esta noción de ordenamiento jurídico, destaca Guastini, no ha tenido gran aceptación predominando la concepción del ordenamiento jurídico como conjunto de normas.
- c) **El ordenamiento como Sistema.** Cuando se utiliza la noción de ordenamiento jurídico como sistema, es necesario, tener en cuenta cada uno de los aspectos que implica la noción sistema que hemos abordado al inicio de este capítulo. No es

---

182 *Ibíd*em; Pág. 201.

del todo correcto equiparar el concepto de ordenamiento jurídico a la de sistema simplemente para afirmar que el derecho no es un conjunto de normas yuxtapuestas sino que constituye un conjunto ordenado de normas. Más bien cuando se utilizan como sinónimos se hace para resaltar que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas *“lógicamente coherente, axiológicamente cohesionada y, tal vez completa”*<sup>183</sup>.

No obstante lo anterior, considero relevante en este punto, insertar de forma escueta la diferenciación que la dogmática refiere entre las nociones de *“sistema jurídico”* y *“orden jurídico”*. En un trabajo que escribieron Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin bajo el título *“Sobre el concepto de orden jurídico”*, se recogen las ocho tesis que han desarrollado los juristas para describir el concepto de orden jurídico. Enumeramos las posturas, aunque para los fines de este trabajo no se abordarán de forma individual: *“1) El orden jurídico es la totalidad de las normas válidas de acuerdo a un criterio de validez. 2) El orden jurídico es un conjunto de normas. 3) El orden jurídico es un sistema de normas. 4) Las normas jurídicas son creadas y aniquiladas por medio de actos de voluntad. 5) El orden jurídico es dinámico, es decir, está sujeto a cambios en el tiempo. 6) Los cambios del orden jurídico afectan su contenido, pero no su identidad, es decir el orden jurídico puede perdurar en el tiempo sin perder su identidad, aun cuando su contenido sea diferente en cada momento. 7) El contenido del orden jurídico es en todo momento determinado o al menos determinable, es decir, se puede determinar en principio qué norma pertenecen a un orden jurídico en un momento dado. Y 8) En todo Estado hay uno, y solamente un orden jurídico”*<sup>184</sup>.

Estos autores, en el referido artículo establecen las incompatibilidades entre las distintas posturas, pero en el intento de armonizarlas llegan a las siguientes conclusiones:

- a) Para evitar la ambigüedad del término orden jurídico, dichos autores plantean entender el término *“sistema jurídico”* como conjunto de normas y en cambio plantean que el término *“orden jurídico”* debe ser entendido como secuencia

---

183 Guastini, Riccardo; Pág. 203.

184 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; *“Sobre el concepto de orden jurídico”*; Volumen 8, número 23 de la Revista Hispanoamericana de Filosofía llamada *“Críticas”* correspondiente al mes de Agosto del año 1976; Págs.5-6 Disponible en la dirección electrónica: [http://critica.filosoficas.unam.mx/pg/es/numeros\\_detalle.php?numero=23](http://critica.filosoficas.unam.mx/pg/es/numeros_detalle.php?numero=23) Consultado [30-5-2018].



de conjuntos de normas; en este sentido un orden jurídico es una secuencia de sistemas normativos<sup>185</sup>.

- b) Lo anterior implica entender a la luz de sus postulados que cuando se crea una norma, es decir, cuando se promulga una norma no sólo se agrega una norma sino que se crea un nuevo sistema. Esta segunda conclusión se comprende mejor si recordamos la noción de sistema normativo antes explicada en el apartado I; ¿por qué se crea un nuevo sistema? No debemos olvidar que nuestra noción de sistema normativo implica un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias, lo que permite establecer la relación entre caso y solución; bajo este postulado la creación de una nueva norma implica un enunciado que a su vez plantea consecuencias que son derivadas de los enunciados que trae consigo la nueva norma y en este sentido implica un sistema normativo nuevo.
- c) Cuando se deroga una norma, si dicha derogación es por la existencia de dos normas iguales, la derogación de una por ser sobreabundante no modifica el sistema, dado que la norma derogada permanece en el sistema, en razón de que se ha eliminado una norma por sobreabundante pero sigue vigente la regulación de la norma que quedó por derivación. Tal es el caso por ejemplo, de la ley número 137-11, ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011, que en lo que respecta a la acción de amparo, la misma si bien derogó Ley No. 437-06 de Recurso de Amparo, sobre este aspecto el sistema no cambió pues la ley vigente sólo deroga la anterior para evitar la sobreabundancia de regulación sobre el tema de amparo. Lo mismo ocurrió con el tema del Habeas Corpus en que aunque se trata de una ley nueva la 137-11, el sistema no recibe impacto con característica de un nuevo sistema en este aspecto porque se mantiene los enunciados normativos del Código Procesal Penal.
- d) No ocurre lo mismo en el caso de la derogación una norma expresa para la promulgación de otra con enunciados normativos completamente nuevo de forma tal que producen la creación de un nuevo sistema jurídico. En este caso sí puede hablarse de un cambio en el sistema en doble dirección; dado que con la

---

185 *Ibíd.* Pág.8.

derogación no sólo se expulsa la norma sino que se deroga el sistema normativo que ésta implicaba y en cambio con la nueva norma se crea un nuevo sistema, bajo los postulados explicado en la letra b. Pues que como señala Alchourron y Bulygin “*la eliminación de una norma determinada de un sistema determinado conduce a otro sistema, también determinado*”<sup>186</sup>.

Bajo la esfera de las conclusiones de Alchourrón y Bulygin referidas, es posible entender y aceptar la diferencia que dichos autores plantean entre la nociones de “*sistema jurídico*” y “*orden jurídico*”; entiendo la primera noción “*como el conjunto de todas las disposiciones normativas válidas en un momento temporal determinado*”<sup>187</sup> y la segunda noción, es decir, la de orden jurídico, “*como el conjunto de todas las normas de un país. Un sistema jurídico momentáneo es una noción estática: no puede cambiar, porque cualquier cambio de su contenido conduce a otro sistema momentáneo*”<sup>188</sup>; en cambio, la realidad es que las leyes de un país cambian con frecuencia, de donde se infiere el carácter dinámico. En este punto es necesaria una aclaración para evitar confusión en la comprensión, cuando Bulygin se refiere a la idea de “*un sistema jurídico momentáneo*”, realmente está refiriéndose a la noción de orden jurídico definida, sólo que aduce esta expresión “*sistema jurídico momentáneo*” porque está citando textualmente el término utilizado por el filósofo Joseph Raz, en su obra “*El concepto de Sistema Jurídico*”.

Finalmente, aunque los tres conceptos estudiados en este apartado, “*sistemas normativos, sistema jurídico y ordenamiento jurídico*” estén relacionados como se ha visto, cada uno de estos tienen sus particularidades que deben ser tenida en cuenta al momento de abordar la problemática jurídica, para comprender, que para definir y describir el derecho como ciencia no es suficiente con la noción de norma jurídica. Sería un grave error creer que sólo puede darse solución a los casos con el texto de las disposiciones normativas, sin comprender el carácter sistemático de la ciencia del Derecho. En los

186 Alchourrón, Carlos. Eugenio Bulygin; “*Sobre el concepto de orden jurídico*”; Pág. 12.

187 Bulygin, Eugenio. “*Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*”; Editores: Pablo E. Navarro, Jorge L. Rodríguez, Giovanni B. Ratti; Editora Marcial Pons, Madrid, España. 2018; Pág. 64.

188 *Ibidem*; Pág. 64.

siguientes apartados utilizaremos el término ordenamiento jurídico, para estudiar sus características, debiendo entenderse el término bajo la acepción de sistema que hasta aquí hemos explicado.

### **4.3 Características del ordenamiento jurídico**

Tal como se advierte en el apartado anterior para que el concepto de ordenamiento jurídico pueda ser entendido como sistema, dicho concepto tiene que asumir las características de este último. Esto implica que el ordenamiento jurídico tiene que ser coherente, completo, axiológicamente cohesionado y pleno. Con frecuencia la dogmática jurídica aborda los caracteres anteriores en tres: unidad, coherencia y plenitud. Abordemos estos tres elementos, cada uno por separado, definiéndolas y resaltando en cada característica los problemas normativos o conflictos de normas que se suscitan al interior de cada ordenamiento jurídico conjuntamente con las posibles soluciones a estos problemas.

#### **a) La unidad del ordenamiento jurídico**

La característica de la unidad del ordenamiento implica en esencia aceptar los postulados de evidencia, deducción y verdad planteados por Aristóteles en su ideal de ciencia, los que a su vez sirvieron de base para el desarrollo de las ciencias racionales. Esto significa que ese conjunto de normas debe estar organizado de forma tal que puedan ser identificadas las partes del ordenamiento desde el punto de vista normativo. La unidad del ordenamiento jurídico permite identificar, primero cuáles son los enunciados que constituyen la base del ordenamiento, segundo cuáles consecuencias son el resultado de la inferencia lógica de los enunciados que conforman el sistema jurídico, y tercero cuáles enunciados pertenecen o no a un determinado ordenamiento.

En base a estos tres últimos aspectos, es que tiene sentido hablar en el marco de la unidad de elementos de jerarquía, fundamento de validez y de fuentes de las normas. La idea de jerarquía permite construir una estructura en la que puede ser identificada la base del ordenamiento y permite lograr esta unidad, puesto que como señala Bobbio: “no

*podríamos hablar de un ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario. Es fácilmente comprensible que un ordenamiento simple sea unitario, es decir, que sus normas provengan de una sola fuente. Pero que un ordenamiento complejo sea unitario es algo que se debe explicar*<sup>189</sup>.

Para la explicación de esta unidad en un ordenamiento complejo como el jurídico, Bobbio recurre a la idea de norma fundamental de Kelsen. La norma fundamental se formula de la siguiente manera: *“Los actos coactivos deben ser realizados bajo las condiciones y la mente que la primera constitución histórica y las normas creadas de conformidad con ella, prescriben*<sup>190</sup>.

Para Kelsen: *“Un sistema jurídico es una pluralidad de normas jurídicas creadas mediante el ejercicio de las facultades conferidas directa o indirectamente por una norma fundamental. Y solo podrán formar un sistema u orden jurídico cuando su validez pueda remitirse a una sola norma como fundamento último de validez*<sup>191</sup>. Pero qué es la norma fundamental, Kelsen nos dice que esta *“no es más que la regla básica conforme a la cual se crean las normas del ordenamiento, la imposición del hecho básico de la creación del derecho. Es el punto de partida de un procedimiento; tiene carácter absolutamente dinámico-formal*<sup>192</sup>. Nos sigue diciendo Kelsen, *“la norma fundamental como un fundamento hipotético...está confiere el sentido de deber al acto del primer legislador y, en consecuencia al resto de los actos del ordenamiento jurídico que se fundamentan en él*<sup>193</sup>. Es decir, que la norma fundamental es la raíz del significado de todos los hechos normativos que se constituyen en el ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio las definiciones anteriores responden la interrogante respecto de la función de la norma fundamental, pues las mismas dejan bastante claro que la norma fundamental cumple una doble función según Kelsen. Su primera función, es constituir el fundamento de validez de que las normas son creadas por las autoridades, a las que

---

189 Bobbio, Norberto; “Teoría General del Derecho”; 6ta. Reimpresión, Editorial Debate, S.A., Madrid; 1999; Pág. 173.

190 Raz, Joseph; “EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO Una introducción a la teoría del sistema jurídico”; Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); 1986 Pág.125. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=877> [Consultado:16/6/2018];

191 Raz, Joseph; Ob. Cit.;Pág.123

192 Kelsen, Hans; “Teoría Pura del Derecho”; 1era. Edición [1934]; Editorial Trotta, Madrid 2011; Pág.83

193 Ibídem; Pág. 85

la norma fundamental reconoce esta facultad y con observancia de los procedimientos creados por la misma norma fundamental, en otras palabras, su primera función es constituir el fundamento de validez, de las demás normas jurídicas.

Su segunda función, es contribuir a que un conjunto de normas jurídicas pueda constituir un ordenamiento jurídico. Así lo dice Kelsen, cuando nos dice que: *“una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden cuando su validez puede remitirse a una sola norma como fundamento último de validez”*<sup>194</sup>; refiriéndose con ello sin duda a ese fundamento hipotético ó como bien lo llama el mismo Kelsen, a ese presupuesto necesario para la concepción positivista del material jurídico, que lo es la norma fundamental. Pero de igual manera la norma fundamental deja claro que en esa unidad del ordenamiento hay normas superiores y normas inferiores, lo que permite configurar la idea de jerarquía que viene implícita en la característica de la unidad del ordenamiento jurídico.

Joseph Raz, en su obra *“El Concepto De Sistema Jurídico Una introducción a la teoría del sistema Jurídico”* citando a Kelsen, nos dice que: *“El contenido de la norma fundamental está determinado por los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado”*<sup>195</sup>. Tal expresión se entiende cuando el propio Kelsen, en su obra, intenta describir el contenido de la norma fundamental, a partir del hecho en que un grupo de revolucionarios intenta ponerse en el lugar de los gobernantes legítimos y sustituir la monarquía por un sistema de república; nos cuenta el autor, que en caso de lograr su cometido, se instauraría un nuevo orden jurídico, lo que no ocurriría si el intento fracasa.

De manera pues, que el contenido de la norma fundamental estará determinado por esas circunstancias de hecho que provocan la creación e instauración de un orden y que una vez aplicado el mismo es cumplido por quienes lo implementaron y por los demás ciudadanos, pues como nos dice el propio Kelsen: *“un análisis que examine los juicios jurídicos hasta llegar a su último presupuesto mostrará que el contenido de la norma fundamental se rige por el*

---

194 Ibídem; Pág. 82

195 Raz, Joseph; Obs. Cit; Pág. 125

*hecho que permite la creación del ordenamiento jurídico al cual se adecua, alcanzando un cierto grado, la conducta de los individuos a los que el ordenamiento se dirige*<sup>196</sup>.

Este análisis sobre la unidad no puede considerarse completo si sólo abordamos la idea de Kelsen, pues si bien fue uno de los primeros en insistir en el tema de la sistematización jurídica no el único. Es menester por lo menos establecer que esta idea de unidad fue abordada por Herbert Hart, Ronald Dworkin y otros.

Para Hart, el ordenamiento jurídico es la suma de las reglas primarias y secundarias, pero para él son las secundarias las que permiten la comprensión del derecho como ordenamiento o sistema jurídico. Hart establece que la base de su descripción de ordenamiento jurídico lo constituye su denominada Regla de reconocimiento, definida en el capítulo de las normas jurídicas de este manual. Esto así porque son este tipo de regla que permite la identificación de cuáles son los enunciados que constituyen la base del ordenamiento, segundo cuáles consecuencias son el resultado de la inferencia lógica de los enunciados que conforman el sistema jurídico, y tercero cuáles enunciados pertenecen o no a un determinado ordenamiento.

Por su lado, en la descripción del ordenamiento jurídico de Ronald Dworkin el fundamento de validez de todo el ordenamiento lo constituyen los principios, también definidos en el capítulo de las normas jurídicas de este manual.

### **b) La coherencia del ordenamiento jurídico**

La característica de la coherencia, tiene como presupuesto epistemológico a nuestro entender los postulados de la deducción planteados por Aristóteles en su ideal de ciencia. Esto así porque tal como hemos señalado, un sistema deductivo implica un conjunto de enunciados que tiene que contener sus consecuencias para que se considere sistema; en este orden para que el ordenamiento jurídico pueda ser considerado coherente no puede contener enunciados que contemple consecuencias incompatibles para un mismo caso.

---

196 Kelsen, Hans; *“Teoría Pura del Derecho”*; 1era. Edición [1934]; Editorial Trotta, Madrid 2011; Pág.86.

En términos simples no puede coexistir en un mismo ordenamiento dos enunciados normativos, en el que uno permita una conducta X y el otro enunciado prohíba esta conducta X. En principio, la existencia de este tipo de situación infringiría el principio de no contradicción que rige el pensamiento racional, pues resulta imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido<sup>197</sup>.

Muy a pesar de lo que implica la coherencia, la realidad es que no es posible afirmar que en un ordenamiento jurídico no se suscita la existencia de incompatibilidades entre los enunciados normativos. Lo cierto es que pueden existir, pero la idea de sistema normativo implica que el propio sistema debe dar solución a estas incompatibilidades, y en consecuencia uno de los dos enunciados incompatibles tiene que ser eliminado del sistema para corregir metafóricamente este error producido. Esta realidad nos pone de frente con el primer problema o conflicto de enunciados normativos que puede surgir en un sistema y que la dogmática ha denominado con el nombre de *antinomias o conflictos normativos*. Se entiende por antinomia, el conflicto que surge cuando en un sistema normativo, como lo es el sistema jurídico, existe un caso en el que el sistema ofrece dos o más soluciones en dos o más enunciados normativos y dichas soluciones resultan ser incompatibles, puesto que *“la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa”*<sup>198</sup>.

Carlos Santiago Nino, citando al realista jurídico-escandinavo Afl Ross, enumera tres tipos de antinomias y que también son abordadas por Noberto Bobbio, en su obra, *“Teoría General del Derecho”*, estas son:

- 1) La antinomia o inconsistencia total-total, *“que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente”*<sup>199</sup>. Un ejemplo, siguiendo la línea de Santiago Nino, sería la existencia de una norma que establezca una exención del pago de tributos por la compra de libros y otra norma del mismo ordenamiento e igualmente

---

197 En este mismo sentido se refiere el autor Antonio Enrique Pérez Luño, en su obra *“Teoría del Derecho. Una Concepción de la experiencia Jurídica.”*10ma. Edición. Editorial Tecnos, 2011; Madrid, España. Pág. 206.

198 Santiago Nino, Carlos; *“Introducción al análisis de derecho”*; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 2005; Pág.273.

199 *Ibíd*em; Pág 274.

válida que establezca la obligación de pagar de tributos por la compra de libros.

- 2) La antinomia o inconsistencia total-parcial, “*se configura cuando el ámbito de referencia de una norma es incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende además, casos adicionales. Por ejemplo, una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime de tales recargos a los tractores<sup>200</sup>”.*
- 3) La antinomia o inconsistencia parcial-parcial, “*se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. Un ejemplo en la línea de los anteriores podría estar configurado por dos normas, una de las cuales estableciera que los vehículos que se importan están sujetos a recargos aduaneros, y la otra estipulara que los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos; los tractores están en el campo de conflicto de ambas normas, los autos sólo están comprendidos en la primera y los arados sólo se rigen por la segunda<sup>201</sup>”.*

Frente a estos tipos de conflictos, ¿qué soluciones existen? Al tenor de los conflictos de incompatibilidad entre enunciados normativos, la dogmática desarrolla tres criterios de solución, a saber:

- 1) Criterio de jerarquía (lex superior): este criterio plantea que ante un conflicto entre enunciados normativos, que tienen distinta jerarquía a lo interno de un ordenamiento jurídico determinado, el mismo puede ser solucionado bajo el postulado de “*ley superior deroga ley inferior*”; de esta manera frente a un conflicto entre un enunciado normativo contenido en una ley y un enunciado normativo contenido en un reglamento, debe primar en principio el enunciado normativo de la ley, por esta ser jerárquicamente superior en el esquema de un ordenamiento jurídico.
- 2) Criterio de especialidad (lex specialis): este criterio plantea que ante un conflicto entre enunciados normativos que tiene igual jerarquía pero uno tiene un alcance general y el otro un alcance especial a lo interno de un ordenamiento jurídico determinado, el mismo puede ser solucionado bajo el postulado de “*ley especial deroga*

---

200 *Ibidem*; Pág. 274-275.

201 *Ibid.* Pág. 275.



*ley general*”; de esta manera frente a un conflicto entre un enunciado normativo contenido en una ley general y un enunciado normativo contenido en una ley especial, debe primar en principio el enunciado normativo de la ley especial, “*porque esta representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento*<sup>202</sup>”.

- 3) Criterio cronológico (lex posterior): este criterio plantea que ante un conflicto entre enunciados normativos que tiene igual jerarquía pero uno es último en el tiempo y el otro es anterior en el tiempo al primero, a lo interno de un ordenamiento jurídico determinado, el mismo puede ser solucionado bajo el postulado de “*ley posterior deroga ley anterior*”; de esta manera frente a un conflicto entre un enunciado normativo contenido último en el tiempo y un enunciado anterior en el tiempo a este, debe primar en principio el enunciado normativo último en el tiempo.

Pero los anteriores no son los únicos tipos de conflictos entre normas, Norberto Bobbio afirma que a lo interno de un ordenamiento jurídico también pueden producirse conflictos entre los criterios de solución de antinomia, destacando el autor los siguientes:

- 1) *Conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico*: plantea que ante un conflicto entre un enunciado normativo anterior en el tiempo y superior con un enunciado normativo último en el tiempo pero inferior jerárquicamente. La respuesta a dicho conflicto se resuelve prevaleciendo el criterio jerárquico.
- 2) *Conflicto entre el criterio especialidad y el cronológico*: plantea que ante un conflicto entre un enunciado normativo anterior en el tiempo pero especial con un enunciado normativo último en el tiempo pero inferior general. La respuesta a dicho conflicto se resuelve prevaleciendo el criterio de especialidad.
- 3) *Conflicto entre el criterio especialidad y el cronológico*: plantea que ante un conflicto entre un enunciado normativo superior pero general con un enunciado normativo inferior, pero inferior especial. Para este conflicto resalta Bobbio, que no existe una respuesta concreta, pues se trata de dos criterios con la misma fortaleza a lo interno de un ordenamiento jurídico y bajo esta situación el autor es claro de que dependerá del

---

202 Bobbio, Norberto; Ops. Cit. Pág. 207

interprete, para lo cual deberá recurrir a los recursos de la interpretación jurídica que apliquen a las circunstancias concretas del caso.

En otro orden los conflictos hasta ahora descritos corresponden a los conflictos entre reglas de manera clásica, si cabe el término aborda la teoría del derecho. Pero en contexto del derecho actual, no sería del todo completo el abordaje de los conflictos entre normas si nos quedamos únicamente con el análisis a nivel de la reglas. La realidad del derecho hoy, es que los juristas también enfrentan conflicto entre otros tipos de enunciados normativos, como lo son los principios. David Martínez Zorrilla, describe en su obra *“Conflictos Constitucionales, Ponderación e indeterminación normativa”* (2007), la problemática que suscita el conflicto entre principios. Al respecto es válido resaltar, como dice el autor, que la existencia de conflictos entre principios no es un problema aceptado de forma unánime por la dogmática jurídica sino que existe una división entre los autores.

De un lado, puede encontrarse autores como Junger Habermas, Luigi Ferrajoli, entre otros que niegan la existencia de este tipo de conflictos, *“obviamente, no en el sentido de que de hecho no se planteen controversias en las que supuestamente se vean involucrados distintos derechos fundamentales o bienes constitucionales, sino en el sentido de que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas en este ámbito, siendo el problema sólo aparente”*<sup>203</sup>. Del otro lado, en contraposición están los autores que si consideran la existencia de este tipo de colisiones de principios ocupándose de explicarlos y proponer las herramientas adecuadas para su solución; a este grupo de doctrinarios pertenece Robert Alexy, Riccardo Guastini; Ronald Dworkin, Luis Prieto Sanchíz, entre otros.

El punto central respecto este tipo de conflicto, es que cada vez son más frecuentes las colisiones de principios en los distintos ordenamientos jurídicos y resulta que los criterios de solución de antinomia no son adecuados para la solución, dado que la estructura de los principios no es la misma que las de las reglas, como destaca

---

203 Martínez Zorrilla; David; *“Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”*; Editora Marcial Pons; Barcelona, España; 2007; Pág.63

Dworkin y que hemos reseñado en el capítulo 2 del presente manual. La respuesta para la solución de este tipo de conflicto por parte del sector de la dogmática que acepta su existencia es la ponderación o balanceo como refiere Dworkin, en los “*Derechos en serio*”; los conflictos entre principios se resuelven de forma distinta, se resuelven mediante la ponderación de los principios en conflictos, sin que ninguno de estos quedé invalidado al final de la ponderación. Esto así porque según Dworkin, los principios gozan una dimensión distinta a las reglas que lo es “su peso e importancia” en el ordenamiento jurídico.

Sobre la ponderación, Robert Alexy, en su Teoría de la Argumentación Jurídica plantea una clara diferencia entre lo que son las reglas y los principios. Estableciendo que las reglas son siempre mandatos definitivos, en razón de que éstas en su contenido ordenan que se cumpla tal o cual cosa siempre que se den las condiciones que la misma regla establece. Un ejemplo de regla constituye la norma que establece cuales son las condiciones para que una determinada demanda pueda ser admisible, de manera que si no cumple con ello entonces deberá declararse inadmisibile esa demanda.

En cambio, los principios según Alexy resultan ser mandatos de optimización, pues estos pueden ser cumplidos en diferentes grados de acuerdo con las posibilidades tanto fácticas como jurídicas. Esta distinción es clave para entender la teoría de Alexy, pues como nos dice el filósofo Carlos Bernal Pulido de la Universidad Externado de Colombia, dicha distinción plantea dos modos de aplicación de las normas, a saber la subsunción y la ponderación. *“Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios”*<sup>204</sup>.

---

204 Bernal Pulido, Carlos; “Estructura y límites de la ponderación”; Publicado en el No. 26 de la Revista Jurídica DOXA, año 2003; Disponible en Internet: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf)[Consulta 13/6/2018]

Pero esta diferenciación tiene algún sentido o significado; Alexy plantea que la “*significación entre reglas y principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante de los principios del derecho constitucional: el principio de proporcionalidad,*<sup>205</sup> *y viceversa el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios*”<sup>206</sup>. Esto significa que dado que los principios son mandatos de optimización según Alexy, la satisfacción o cumplimiento de los principios será logrado de manera gradual, esto así dado su contenido abstracto. El cual implica que frente a los principios es el Juzgador o autoridad competente quien debe primero describir cual es el contenido concreto y después valorando las posibilidades concretas y de derecho debe establecer el modo en el que se podrá satisfacer ese mandato de optimización que plantean los principios.

Tal es el caso de los derechos fundamentales, en el que el Estado debe garantizar buscando la manera de que en su cumplimiento no haya una desproporcionalidad con respecto de los demás derechos que conforman el conjunto. Por ello, con mucha razón su cumplimiento es progresivo. Esta situación a nuestro juicio explica de forma clara lo planteado por Alexy, en torno a la satisfacción gradual de los principios.

Dicho lo anterior, y señalando que la ponderación es la forma de aplicar los principios, a qué se refiere Alexy cuando habla de la ponderación en sentido estricto. En este sentido el autor señala que el principio de proporcionalidad debe ser valorado con sus tres elementos, a saber, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, partiendo de la idea de que los principios exigen la máxima realización posible. Los primeros dos subprincipios evalúan las posibilidades fácticas, lo que permite a nuestro juicio verificar si la satisfacción del principio incide en desmedro de otro principio.

---

205 Este principio en algunos ordenamientos se conoce como el principio de razonabilidad, como es el caso dominicano y que se encuentra contenido en el artículo 74 numeral 2 de la Constitución cuando dispone: “*sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;*”

206 Alexy, Robert; “*Tratado de la Argumentación Jurídica*”; Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo; Palestra Editores, Lima, 2007; Pág. 459.

En cambio el tercer subprincipio, el de la proporcionalidad en sentido estricto permite verificar las posibilidades jurídicas y es en este que encontramos la ponderación, razón por la cual un sector de la doctrina entiende que la ponderación en sentido estricto, no es otra cosa que la proporcionalidad en sentido estricto, dado que el mismo autor señala que en el núcleo de la misma se encuentra la “ley de la ponderación” que reza: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”<sup>207</sup>.

### **c) La plenitud o completitud del ordenamiento jurídico**

Esta última característica del ordenamiento jurídico guarda relación con el postulado de la evidencia del ideal de ciencia de Aristóteles. Recordemos que este postulado plantea que “toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna, y la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados” y esto es precisamente lo que caracteriza la plenitud, dado que la misma plantea que el ordenamiento jurídico es completo y que todas las soluciones a los casos son contempladas en los enunciados normativos y la solución a los casos puede ser lograda por la inferencia de los enunciados normativos que componen el ordenamiento.

Por esta característica es que es común en los sistemas jurídicos romano-germánico, en el que imperó la cultura de la codificación, la existencia de enunciados normativos como el que contempla el código civil dominicano vigente en los artículos 4 y 5: “Art. 4.- El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. Art. 5.- Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión”.

---

207 Ibídem; Pág. 460

Estas disposiciones no sólo imponen al juez la obligación de decidir, sino que en el artículo 4 se puede inferir sin duda alguna el carácter de plenitud del ordenamiento jurídico, cuando advierte que los jueces no puede excusarse de decidir por insuficiencia de la ley. Este último implica la idea de que la ley como instrumentos conformado de enunciados normativos siempre será suficiente para decidir los casos y parte de la presunción de que todos los casos posibles pueden ser resueltos a partir de los enunciados normativos contenida en esta. Este carácter de plenitud se ve reforzado por el contenido del enunciado artículo 5, cuando prohíbe decidir por disposiciones generales, lo cual de alguna manera hace alusión a los principios generales del derecho natural, puesto que no debe olvidarse que el fenómeno de la codificación es propio de la concepción positivista del derecho, la cual proponía que los únicos principios generales válidos eran los que subyacían en las normas positivas

Pero, ¿es cierto que los sistemas jurídicos gozan de esta plenitud en la realidad? Considero que lo expresado por Luis Martínez Roldan y Jesús A. Fernández Suárez, en su obra *“Curso de teoría del Derecho”*, no puede ser más acertada cuando exponen: *“la realidad nos demuestra que hay bastantes casos en los que el juez se encuentra ante una laguna jurídica, es decir, ante situaciones que debe resolver, y que por distintas razones, no hay en el ordenamiento jurídico una norma que las contemple directamente”*<sup>208</sup>. En esta afirmación se destaca el concepto de “laguna jurídica”, el mismo puede ser definido como la falta o ausencia de un enunciado normativo en el marco de un sistema jurídico que impida realizar la inferencia lógica para la solución del caso.

Riccardo Guastini<sup>209</sup>, afirma que el término laguna jurídica implica al menos los siguientes tres casos:

- a) **Lagunas normativas**, este tipos de lagunas ocurren cuando el legislador crea una serie de supuestos de hechos, pero omite regular una o más de sus posibles combinaciones<sup>210</sup>. En otras palabras, lo que supone este tipo de lagunas es que en

---

208 Martínez Roldan, Luis; y Jesús A. Fernández Suárez; *“Curso de Teoría del Derecho”*; Editorial Ariel, Barcelona, España; 2012; Pág.111

209 Guastini, Riccardo; *“La Sintaxis del Derecho”*; Editorial Marcial Pons, Madrid; 2011. Pág.341-348.

210 *Ibíd*em; Pag. 341.

el ordenamiento jurídico existen enunciados normativos, pero sobre el supuesto de hecho de un caso en concreto la norma calla totalmente, lo que supone en palabras de Neil Maccormick, un problema de relevancia normativa, en la que el intérprete no tiene certeza si existe o no un enunciado normativo que se ajuste al caso.

- b) **Lagunas técnicas**, estos tipos de lagunas ocurren cuando en el ordenamiento jurídico falta una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma<sup>211</sup>. Tal es caso en el que el legislador mediante una ley establece enunciados normativos que manda a la búsqueda de otros enunciados normativos en otra ley, pero resulta que la ley que remiten los primeros enunciados normativos no hace referencia, o más bien aborda los asuntos tratados en los enunciados normativos que ordenan la remisión.
- c) **Lagunas axiológica**, en estos tipos de lagunas lo que hace falta es una norma que-según las preferencias ético-políticas (axiológicas, precisamente) subjetivas del interprete-debería existir<sup>212</sup>. *“Una laguna axiológica se daría, pues, cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es relevante para ese caso de acuerdo al sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas”*<sup>213</sup>. Un ejemplo de lo anterior, puede ser el caso en el que un enunciado normativo del cual se deduce la solución del caso no debería ser aplicado porque es contrario a uno de principios o valores supremos que enuncia la Constitución en su parte axiológica.

Hasta aquí se ha descrito en qué consiste la plenitud y los problemas de las lagunas que en el derecho pueden encontrarse. Pero si se entiende el ordenamiento como sistema, debe este último plantear la solución para recomponer los posibles vacíos legales que puedan encontrarse. Con relación a este punto, la dogmática plantea que la manera de solucionar las lagunas en el derecho es por vía de los procedimientos de integración de las mismas. Para eso se distinguen dos tipos de procedimientos:

---

211 Guastini, Riccardo; *“La Sintaxis del Derecho”*; Pág. 345.

212 Guastini, Riccardo; *“La Sintaxis del Derecho”*; Pág. 346.

213 Santiago Nino, Carlos; *“Introducción al análisis de derecho”*; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 2005; Pág.273.

- a) **El procedimiento de la heterointegración de lagunas:** el cual “*consiste en colmar una laguna recurriendo a otros ordenamientos distintos de aquél que se debe completar (por ejemplo recurriendo al derecho internacional, derecho natural, etc.) o recurriendo a otras fuentes del derecho distinta de la dominante en el caso*”<sup>214</sup>. Recurrir a otras fuentes distintas a la dominante implica hacer uso de otras leyes, la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina.
- b) **El procedimiento de la autointegración de lagunas:** este procedimiento implica colmar la laguna recurriendo criterios en el mismo ordenamiento jurídico. Para ello, a su vez se establecen dos mecanismos: b.1) hacer uso de los principios generales del Derecho, ampliamente abordados en el capítulo referente a las normas de este manual; y b.2) hacer uso de la analogía, esto implica que para dar solución a la laguna se aplica una solución que la ley contempla para casos si regulados y que son similares al caso no regulado que provoca la laguna.

Como se ha podido observar, la existencia y vigencia de un ordenamiento jurídico, no viene dada por si sola, sino que es el producto de una construcción constante, que como puede verse, no es del todo perfecta; que los postulados de un área del conocimiento como las ciencias racionales y las empíricas sirvieron de base para la idea de sistema jurídico. Sistema que con sus características propias enfrenta dificultades y como tal, contener sus posibles soluciones. En definitiva, tal como advierte Bobbio, “*ningún ordenamiento nace en un desierto; sin metáforas, la sociedad civil en la cual se forma un ordenamiento, como es, a manera de ejemplo, el Estado, no es una sociedad natural, en ningún momento privada de leyes, ya que es una sociedad en la cual están vigentes varios géneros, morales, sociales, religiosas, consuetudinarias, reglas convencionales y así sucesivamente*”<sup>215</sup>...

---

214 Hallivis Pelayo, Manuel; “*Teoría general de la interpretación*”; Editorial Porrúa, México, 2012; Pág.483

215 Bobbio, Norberto; ops. Cits. Pág. 168.



Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



**LIBRO**

**2**

**Derecho  
Constitucional**

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Capítulo 1

## Constitución y Constitución Normativa

### 1.1 Conceptos clásicos de constitución

El concepto o los conceptos de constitución dependen del contexto en el cual se forman estas y de las características que al ser elaboradas se les imprimen; de ahí que el concepto de constitución no ha sido el mismo a lo largo de la existencia de los estados constitucionales, sino por el contrario, pues con la evolución de la sociedad y consecuentemente de los estados el concepto de constitución ha cambiado y asumido nuevas características.

No pretendemos analizar aquí, los usos del término o expresión constitución a lo largo de la historia, sino de constitución como base para instrumentar un estado y modelo de estado.

Desde sus orígenes y típicamente la Constitución ha sido entendido como la ley fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, que se establece como guía para su gobernación, los límites y definiendo la relación entre los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

El constitucionalista contemporáneo Karl Loewenstein plantea que en toda sociedad existe una Constitución real u ontológica. Una Constitución ontológica es el ser de cada sociedad, es la cultura social real, son las formas de conducta reconocidas, son los principios políticos en los que se basa toda comunidad, y que se formaliza en una Constitución escrita.

Hostos (Lecciones de Derecho Constitucional, pág. 134) al explicar que es la constitución refiere: “es la ley que establece los órdenes y jerarquías del Estado, los órdenes, en cuanto a los derechos; las jerarquías, en cuanto a los poderes”

Para Jiménez Praga (citado por Jorge García, p.37), la Constitución es “un sistema de normas jurídicas, escritas o no, que pretende regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo”.

Para Jorge Prats (111) el concepto Constitución es un instrumento de articulación del Estado a través del derecho.

El Diccionario Jurídico ESPASA (397), define la Constitución, en sentido material como el complejo de normas jurídicas fundamentales escritas o no escritas, que trazan las líneas maestras de un ordenamiento jurídico. En sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y órganos fundamentales del Estado.

Jiménez Parga (citado por Juan Jorge García, Derecho Constitucional Dominicano, Pag. 36) la define como “un sistema de normas jurídicas, escritas o no, que pretende regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo”, mientras que Carro Martínez, citado por el mismo autor, se refiere a esta precisando que, “es la organización fundamental de las relaciones de poder del Estado”.

El profesor francés Capitant (p.155) la delimita como “Conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre los poderes públicos, y fijan los grandes principios del derecho público de un Estado”

Así es posible notar que, tradicionalmente, la constitución ha sido definida como mero conjunto de normas que establecen las líneas generales de organización del estado y sus instituciones, sobre todo en Europa, y muy particularmente en Francia de cuyo país procede nuestro derecho, que si bien tienen es clara su supremacía formal, materialmente carecen de los medios para la efectividad de la dicha supremacía y sobre todo para que

cumpla los objetivos que dieron lugar a su nacimiento la protección del pueblo del cual es su producto.

## **1.2 Historia y Evolución de la Constitución**

La idea de constitución es relativamente reciente en la historia, y se une a la concepción moderna de estado, pudiendo situarse su germinación a finales del siglo XVIII, en Estados Unidos de América y luego en Francia mediante leyes constitucionales o constituciones (Duverger, p.239), que definían los órganos esenciales del Estado y proclamaban las libertades públicas.

La Constitución escrita surge en América a consecuencia de la independencia de las colonias inglesas del norte, dando origen a los Estados Unidos, posteriormente extendiéndose a Europa a finales de la segunda guerra mundial por la prevalencia de las ideas constitucionales de la Revolución Francesa (Jorge Prats, p. 133).

Como consecuencia de esta separación los Estados Unidos de América se separa de la idea del CommonLaw, creándose tal como lo expresa Jorge Prats (135) un documento escrito; una declaración de derechos y libertades de los ciudadanos (Declaración de Virginia, 1776) y una organización de los poderes.

Por otra parte, en Europa surge la Constitución luego de la Revolución Francesa. Y según expresa Kägi (50), en el 1820 existían tres repúblicas (Suiza, Estados Unidos de América y Haití) y tres monarquías constitucionales (Inglaterra, Francia y Holanda).

El proceso histórico de la constitución se inicia, como hemos señalado en Estados Unidos, surgiendo la primera constitución escrita en Norteamérica en 1787, a consecuencia de la guerra de independencia de las colonias inglesas.

En lo adelante y como materialización de la supremacía de la constitución en el año 1803, la Corte Suprema bajo el liderazgo del Juez Marshall, emitió la sentencia relativa al caso Marbury vs. Madison, dando origen al control de la constitucionalidad de las leyes.

Jacquet Lambert (citado por Jiménez Asensio, p. 95) expresa que el juez Marshall no se apoyó en ningún razonamiento ni en los elementos tácitos del proceso constituyente, ni en los precedentes de anulación de las leyes coloniales.

Con esta decisión que anula una ley por considerarla no conforme con la Constitución, la cual es superior, se instaura en Estados Unidos la *Judicial Review* (Jiménez Asensio, p. 96), y es 54 años después, en el 1857 que se produce una nueva anulación a una ley federal en la sentencia Dred Scott.

Queda clara la institución el poder judicial como el guardián de la constitución, y esto se revela en la Convención de Pensylvania, donde Tomas Mckean (Presidente de la Suprema Corte del Estado) sostuvo que el legislador debía de ser controlado por los jueces; lo mismo sucedió en la Convención de Connecticut, donde Ellsworth (miembro de la Convención constitucional), la Convención de Virginia donde John Marshall antes de ser juez se refería al papel de juez como guardián de la Constitución (Jiménez Asensio, p.92).

Conforme lo expresado por Alexis Tocqueville (citado por Jiménez Asensio, p.93), la constitución norteamericana no es inalterable, como Francia, ni puede ser modificada por los poderes ordinarios de la sociedad, como en Inglaterra. La constitución está por encima de los legisladores como de los simples ciudadanos.

Esto puede observarse, en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su artículo VI, sección 2, que expresa: *“Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se realicen con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán el Derecho supremo del país y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlo, aun cuando se encuentre en la Constitución y las leyes de cualquier estado alguna disposición que lo contradiga”*.

Por lo que la Constitución en de Estados Unidos de América se eleva frente a la ley y limita a sus legisladores, estableciendo al Poder Judicial como el guardián de la

Constitución, con el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes y permitiendo el control de esta no tan solo al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sino a todos los tribunales federales o de Estado.

Al establecerse el control judicial de la constitucionalidad de las leyes se produjo una distinción entre lo que significa el poder constituyente o poder originalmente creador de la constitución mediante la expresión del soberano, del poder constituido o poder producido a partir de la constitución. La constitución es producto del poder constituyente<sup>1</sup>, distinto al poder legislativo. Luego se incorporará otro elemento material: la constitución no solo debe consagrar derechos y defenderlos, sino también debe organizar un gobierno representativo de origen popular, es decir democrático.

El mencionado poder de control de constitucionalidad sustentado en la supremacía de la constitución sobre las leyes, conforme Hamilton (citado por Jiménez Asensio, p. 94), dotaba a los jueces de un poder más fuerte frente al legislador, por cuanto que a su juicio la Constitución era obra de un poder constituyente mientras la ley es producto de un poder constituido.

En Europa el discurrir histórico de la constitución tuvo sus inicios luego de la Revolución Francesa de 1789, en un proceso con matices diferentes, pues parte de la idea de limitar los poderes de los parlamentarios nacionales, pero que devino la instauración de instrumentos con características similares en sentido amplio, con importantes salvedades.

En la Revolución Francesa influyeron muchos factores: el descontento de la clase baja, las ideas liberales que surgieron en la época con la ilustración, como las expuestas por Voltaire, Rousseau, Montesquieu, sobre la libertad, fraternidad, igualdad, rechazo de una sociedad dividida, la separación de poderes.

La primera medida de la Asamblea fue votar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en fecha 26 de agosto de 1789, inspirándose en la Declaración de

---

1 La Constitución es producto del poder constituyente, esta teoría fue desarrollada por el abate Sieyes.



Independencia de los Estados Unidos y estableciendo el principio de libertad, igualdad y fraternidad. Dicha declaración establecía una serie de principios más que una Constitución con efectos legales.

La Constitución Francesa considerada como un documento de organización política, en la que se reconocían derechos los cuales eran desarrollados por la ley, (Jiménez Asensio, p. 116), no se reconoce la supremacía legal de la Constitución, puesto que en Europa no se reconoce el concepto de la Constitución como norma. El juez está subordinado a la ley, la Constitución es un instrumento de pura organización política.

Según lo expresa Pellerano (170) para controlar la subordinación del juez a la ley fue creado en Francia el Consejo Constitucional, que es una especie de jurisdicción suprema, encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>2</sup>. Los jueces estaban vinculados a la obra del legislador, no cuestiona si la ley está o no conforme con la Constitución.

El devenir de la historia de la constitución no fue completamente pacífico respecto de los actores e instituciones que la misma constitución instauró ni en Estados Unidos ni en Europa, por el contrario, aún y cuando los fines del surgimiento de la nueva forma de regulación del estado contaba con específicas inclinaciones filosóficas la realidad fáctica produjo importantes luchas para se tradujeron en la crisis del sistema constitucional.

En Norteamérica a finales del siglo XIX y principio del siglo XX, como se ha expresado se erigían como guardianes de la Constitución, declarando innumerables leyes no conforme con los preceptos constitucionales. Tal como así lo expresa Elizabeth Zoller (citada por Jiménez Asensio, p.98), fueron escasas las leyes que pasaron con éxito el examen de la constitucionalidad por la Corte Suprema.

Esta situación fue objeto de muchas críticas, incluso se habló de *un gobierno de los jueces*, atribuyéndosele a la Corte Suprema de tener una tendencia política conservadora

---

2 La Corte Constitucional tiene el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad, que se denomina frecuentemente control concentrado o centralizado.

y reaccionaria que se opone a la política gubernamental, dándose como ejemplo la oposición a las leyes sociales, oposición a la intervención en materias económicas y oposición al New Deal en el año 1937.

Para 1937 se produjeron cruentos enfrentamientos, a consecuencia del protagonismo del Poder Judicial en el control de la constitucionalidad de las leyes, emitiendo decisiones contrarias a la legislación auspiciada por el poder ejecutivo, lo que dio inicio a una crisis que enfrentó al presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt con el Tribunal Supremo, dando lugar a la amenaza de la ampliación del número de miembros de jueces de 9 a 15. En este sentido, Puig Brutau (citado por Jiménez Asensio, p. 102), expresó: *“Era general la opinión de que el Tribunal Supremo bloqueaba la legislación progresista por causa de los puntos de vista personales de la mayoría. Por ello se pensó introducir una reforma legislativa que otorgará al congreso la facultad de dejar sin efecto una decisión desfavorable del Tribunal Supremo”*.

Este estado de tensión sin embargo contribuyó en cierta medida al fortalecimiento del mismo constitucional, toda vez que bajo la amenaza de una composición de la Corte Suprema se establecieron principios que favorecieron al ejercicio de los derechos fundamentales, como fue la facultad dada al legislador para regular todos los aspectos relativos al comercio interestatal, lo que permitió al Congreso de los Estados Unidos establecer normas entre los Estados de la Unión que penalizaban y proscribían la discriminación.

En cuanto a Europa, el surgimiento de la Constitución explicado previamente se propagó en gran parte de los Estados europeos occidentales, sin embargo, esta expansión resultó tronchada por acontecimientos que no solo marcaron la historia de la humanidad, sino que la enlutaron, y lógicamente al derecho constitucional como derecho de los Estados.

Los acontecimientos a que hacemos referencia constituyen tres (3) hitos fundamentales para analizar la crisis de la Constitución, estos son: La Primera Guerra Mundial, el período entreguerras o posguerra y la Segunda Guerra Mundial.

A consecuencia de la Primera Guerra Mundial surge una crisis en la Constitución, la cual Kägi (53), expresa que condujo a una desintegración de sus elementos esenciales: la relación entre ciudadano-Estado tiene una tendencia hacia el Estado autoritario y totalitario; se produce lo que se llama una mutación constitucional, donde el Poder Ejecutivo tenía concentrado todos los poderes del Estado por su tendencia a la concentración. Identificándose esta fase como crisis de la práctica constitucional (Kägi 45).

El período de posguerra se caracterizó por el estado de excepción, que en algunos países fue considerado este proceso como algo normal, dando lugar a lo que Kägi (52) considera un derecho de emergencia.

En el tercero de los referentes (Segunda Guerra Mundial), las condiciones de posguerra fueron acrecentadas llegándose al punto de que muchos países se apartaron deliberadamente del Estado constitucional, en otros por la ocupación militar, el ordenamiento autónomo constitucional se vio suspendido y la norma constitucional retrocedió ante los mandatos imperativos de la razón de Estado, lo cual identifica Kägi (54) como una crisis del pensamiento constitucional, estado de cosas en el cual se llevó a cabo lo podría denominarse como una degradación del concepto formal de constitución.

Este letargo en el cual se vio sumida la constitución y en sentido general el pensamiento constitucional, no se perpetuó en el tiempo, sino que en virtud de los mismos acontecimientos que dieron lugar a la separación del estado constitucional sirvieron de impulso inverso para el resurgir o punto de partida para el renacimiento del derecho constitucional, teniendo como hecho culminante la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

Este calamitoso suceso en que el ser humano vio su gran poder de autodestrucción, y quizás el descubrimiento de las atrocidades producidas por el conflicto que pone de relieve la fragilidad de los actos del legislador y, peor aún, evidencia lo fácil que es producir y manipular normas alejadas del bien común sin importar contar con un

cuerpo que proclamaba la separación de los poderes como forma de organización del Estado, trajo consigo la necesidad de reanalizar la Constitución y el importante papel que esta debe desempeñar en todos los aspectos de la vida; en definitiva abrió el camino a la vuelta a la senda del constitucionalismo.

Ejemplos de esta tendencia son apreciables en, los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1954, el Tribunal Supremo adoptara una posición más activa bajo la presidencia de Earl Warren (Jiménez Asensio, p.99), reflejándose en el ámbito de los derechos de las minorías con la sentencia *Brown vs. Boards of Education of Topeka*<sup>3</sup>.

Para Duverger (367) otras de las muestras del activismo judicial en Norteamérica son las decisiones que declaran contrario a la Constitución la delimitación excesivamente desiguales de las circunscripciones electorales en las elecciones legislativas de los Estados (1962) y en las elecciones para la Cámara de Representantes (1964).

En España, luego de la guerra fría se produce la ruptura del bloqueo diplomático, se firmaron acuerdos internacionales, como: el Concordato con la Santa Sede y Pactos militares y económicos con los Estados Unidos de América, iniciándose un período de crecimiento revolucionario, modificándose la estructura económica y social, así como cambios en las leyes fundamentales y en las instituciones estatales (Duverger, p. 547).

Junto a lo anterior, el surgimiento de importantes órganos de carácter internacional destinados a fortalecer las soberanías nacionales y garantizar los derechos humanos, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la OTAN, Organización de Estados Americanos, adquieren plena vigencia y popularidad los sistemas de control de la constitucionalidad y las normas internacionales que contemplan derechos fundamentales, en especial si se tiene en consideración que una gran cantidad de naciones incorpora de lleno esos instrumentos de garantía en sus constituciones, contribuyendo de esa manera al renacer de la Constitución como norma.

---

3 Prohibición de la segregación racial en las escuelas.

El reconocimiento de la Constitución dio lugar a la propagación de los textos constitucionales, en particular del catálogo de derechos reconocidos que incorporan los derechos sociales, garantizados mediante el establecimiento de órganos de guarda y control, lo cual se reflejó en América Latina.

Este renacimiento se hizo más efectivo desde mediados de la década de los años 70 articulándose el estudio de la Constitución como norma y fuente del derecho fundamentales desde el punto de la libertad y la teoría de los derechos fundamentales, lo cual es considerado por Jorge Prats (71) como una profunda e irreversible mutación del derecho constitucional contemporáneo, iniciado por Alemania, seguido por Italia y España y posteriormente Francia. Proceso que continuo incesante su expansión por toda América, Europa e incluso en Asia siempre teniendo como premisa un nuevo concepto de constitución.

### **1.3 Concepto Normativo de la constitución**

La constitución concebida efectivamente como normativa no concluye en entenderla en sentido material como el complejo de normas jurídicas fundamentales escritas o no escritas, que trazan las líneas maestras de un ordenamiento jurídico; ni en sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y órganos fundamentales del Estado, sino que debe ser alcanzado a los ciudadanos, previendo un explícito o implícito catálogo de derechos, pero y sobre todo que estos ciudadanos a su vez cuenten con los instrumentos o medios para hacer efectivos dichos derechos frente tanto al estado y sus instituciones como frente a los particulares. A este respecto refiere Leowenstein citado por Juan Jorge García (Derecho Constitucional Dominicano, pág. 41) estas constituciones establecen un orden que coincide íntegramente con lo establecido en el texto. La misma señala el proceso que tienen que seguir las fuerzas políticas, y estas las aceptan.

Por su parte, Jorge Prat (Derecho Constitucional, Vol. I págs. 35-36) la define como: aquella que, limitando la arbitrariedad del poder y sometiendo al Derecho, es efectivamente vivida por los detentadores y destinatarios del poder, es observada

lealmente en la práctica y sus normas dominan todo el proceso político, el cual es adaptado y sometido a las normas constitucionales.

En este sentido, Castaños Guzmán, Servio Tulio (Fundamentos filosóficos de la Constitución, Neoconstitucionalismo y Estado de Derechos, Pág. 124) refiere que: Asumir la cualidad de normativa de la constitución obliga a deslindarla frente a las otras normas jurídicas. Así, pues la constitución, como pacto fundacional, es norma fundamental del ordenamiento jurídico, la norma superior que define el sistema de fuentes formales del derecho, la cumbre del sistema normativo al cual deben sujetarse todas las demás normas.

Para Werner Kāgi (72), la idea de la Constitución como ordenamiento normativo básico del Estado es una idea de fuerza, “irrenunciable” e “irresistible” de acuerdo a Kant (citado por Kāgi, p.72). Estos criterios pueden servir de base para sostener la idea de consolidación del concepto normativo de la Constitución.

Asumiendo como incuestionable la fuerza de la Constitución y las características dadas respecto a la misma por Kant, en el párrafo anterior, resultan vitales algunas precisiones relativas a la consolidación de la Constitución como norma: si bien es cierto, que tanto en Europa como en América, gran parte de los países han incorporado constituciones normativas basados de acuerdo a Kāgi (79 a 89), en los siguientes elementos: 1. Organización de las relaciones estatales; 2. Limitación del Estado y poder estatal (frente a los derechos de libertad y mediante la separación de poderes); 3. Libertad no solo frente al Estado, sino también en el Estado; 4. Conectando estos elementos con la idea de perdurable. Constituyéndose de este modo, en Estados de derechos diferenciándose del Estado bajo la fuerza; no menos cierto es que, si realizamos un análisis a conciencia al respecto no podríamos hablar de consolidación efectiva y material del concepto normativo de Constitución, sino más bien de recepción y asimilación formal del concepto normativo. Por las siguientes razones: Primero: hablar de consolidación implicaría dar carácter de acabado al término de Constitución normativa consolidada, lo cual no es posible, dado la naturaleza tanto del derecho en sí, como del derecho

constitucional particularmente, a lo cual se refiere Jorge Prats (73), cuando expresa: ***La historia del derecho constitucional es, en consecuencia, en gran medida la historia del Estado, pero esta historia no ha terminado porque tanto la constitución – y por ende el derecho constitucional – y el Estado están en evolución constante;*** en segundo lugar, porque si damos un vistazo por algunos países particularmente de nuestro hemisferio, como lo es Estados Unidos de América, país impulsador de la Constitución normativa, podemos notar la vulneración y afectación de los derechos fundamentales, sin que el Estado y el poder estatal sea limitado, esto al parecer fundado en la concepción de la razón de Estado que muchos creían superada.

En efecto, si bien existen hechos que denotan un constante avance; no obstante, todavía en la actualidad existen vicios tanto de carácter social como políticos que retienen su afianzamiento total. Entre estos la falta de una verdadera cultura de respeto a la Constitución y de los derechos que de allí emanan, sea como consecuencia de la ignorancia o indiferencia de los operadores jurídicos, sea como resultado de los eternos intereses del poder político, quienes en algunas ocasiones lejos de garantizar la observancia de los derechos fundamentales, por el contrario, los desvía.

Es decir que, si bien ha sido generalmente asumido el concepto de constitución normativa como el concepto reinante en la actualidad, dado los escenarios que aun se pueden observar esta concepción no se encuentra completamente consolidado, sino que corresponde a los jueces en el ejercicio de su función de administrar justicia y de ser guardianes de la constitución proclamar en cada ocasión este carácter de la constitución para que de este modo se irradie esta concepción al pueblo y sus poderes; en el caso particular dominicano, esta misión de los administradores de justicia se torna más alcanzable sobre todo como a partir del año dos diez (2010) con la cual se instauraron medios e instrumentos que permiten alcanzar dicha meta.

#### **1.4 Bases de la supremacía de la constitución**

Los movimientos constitucionales que se han desarrollado a lo largo de la historia, así como los distintos constitucionalismos a que dichos movimientos han dado lugar parten

de unos ideales de supremacía de la constitución similares centrados en el principio delimitación del poder y la garantía de los derechos de las personas que integran la sociedad a la cual la constitución de que se trate procura organizar política y socialmente.

Constituye un presupuesto sine qua non, para que toda constitución cumpla su misión y funciones, que ella misma integre en sus textos los elementos que permitan a su vez asegurar su eficacia; Eficacia que de la cual depende su supremacía.

La supremacía constitucional determina la ubicación de la Constitución, en el más alto escalón del orden jerárquico de las normas de un Estado, de lo que se infiere la subordinación a esta de todas las demás normas y de todos los actos sean de los poderes clásicos, extrapoderes, instituciones y particulares, así como su validez y legitimidad.

La supremacía material de la Constitución es verificable cuando las normas jurídicas contenidas en ella son las que le sirven de sostén para la formación de las otras, así como para validez y el sostenimiento del ordenamiento del estado que organiza la misma constitución. De esta condición de suprema deviene la utilización de terminologías referentes a la constitución como ley de leyes, carta magna o carta sustantiva.

En cuanto a la supremacía formal esta se desprende de la consagración de un mecanismo o procedimiento especial y extraordinario, claramente diferenciado del procedimiento de elaboración de las leyes ordinarias, para su elaboración de cual proviene su máxima validez jurídica de la Constitución, considerando que para su elaboración se han

Las bases de la supremacía de la constitución, en el caso dominicano se encuentran dispersas a lo largo de la constitución, y aunque persiguen el mismo fin, son de carácter y naturaleza diferentes, como veremos a continuación:

1. El preámbulo de la constitución que reza: Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora; invocando el nombre de Dios; guiados por el ideario de nuestros Padres de la Patria, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez,



y de los próceres de la Restauración de establecer una República libre, independiente, soberana y democrática; inspirados en los ejemplos de luchas y sacrificios de nuestros héroes y heroínas inmortales; estimulados por el trabajo abnegado de nuestros hombres y mujeres; regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social; declaramos nuestra voluntad de promover la unidad de la Nación dominicana, por lo que en ejercicio de nuestra libre determinación adoptamos y proclamamos la siguiente Constitución; por el cual se hace referencia a la gesta que precedió a modo de movimiento constitucional, los gestores de dicho movimiento y los ideales sobre los que se formó.

2. La soberanía popular y El Estado social y democrático de derecho...

La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes (art. 2).

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.(art. 7); de los que resulta claro que el pueblo es presupuesto del Estado y que el estado es instrumento del pueblo para lo cual es instituido un modelo de estado tendente a protección de dicho pueblo; pues los estados son los ámbitos de la aplicación del derecho que las constituciones organizan, y es precisamente del pueblo de donde proviene el poder de la constitución.

3. La dignidad Humana como el fundamento de la constitución (Arts. 5, 7, 8, 38)

La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana (...). art. 5

Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos. (Art. 7).

Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas. (Art.8).-

Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.(Art. 38). -

La protección de la dignidad Humana en es la función esencial de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho por constituirse en el valor supremo y en el principio jurídico, fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico, lo que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma, lo que en la actualidad recoge, de manera expresa, la constitución dominicana.

4. Sujeción y sometimiento de los poderes públicos a los derechos fundamentales arts. 6 y 68.

Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado (art. 6)

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley. (art. 68)

5. Leyes orgánicas.

Las leyes orgánicas son aquellas que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales (...) Para su aprobación o modificación requerirán del voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras. (Art. 112); a través de esta y su procedimiento más gravoso que el procedimiento previsto para la

aprobación de las leyes ordinarias se tiende a reformar el contenido de los derechos fundamentales y su eje transversal que lo es la dignidad humana.

6. La rigidez constitucional, lo que constituye una modalidad de salvaguarda de los enunciados, valores y derechos contenidos en la constitución para alcanzar la misión del estado, evitando que con un procedimiento simple pueda desarrollarse actuaciones que afrenten contra estos.

En tal sentido se prevé: Reforma constitucional. La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder o autoridad, ni tampoco por aclamaciones populares. (Art. 267).-

Y además se establecen límites a la posibilidad de reforma en lo relativo a la forma de gobierno (Art. 268) que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo y a la Iniciativa de reforma constitucional (Art. 269) la que tienen que provenir del Congreso Nacional con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una u otra cámara, o si es sometida por el Poder Ejecutivo, cumpliendo con el procedimiento de la Asamblea Nacional Revisora que regulan los artículos

7. La supremacía de la constitución o Cláusula de intangibilidad

Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución. (art. 6)

Que, de manera efectiva, constituye el soporte objetivo de la supremacía de la constitución, parámetro de validez formal y material e instrumento indispensable para que más allá de la proclamación se cubra de fortaleza incuestionable la supremacía del texto constitucional y de los enunciados constitucionales de la misma.

### **1.5 Derecho Sustantivo y adjetivo constitucional**

La constitución reviste una característica particularísima que solo es observable en el contexto de las normativas constitucionales y se trata que contrario a las demás normas que conforman los distintos ordenamientos jurídicos, que son instituidas, por

una parte las normas de carácter sustantivas o que definen los derechos, las obligaciones, deberes, sean los delitos y sus sanciones, y por la otra, las de carácter Adjetivo o procesal como Conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, es decir los órganos y la forma de aplicación de las leyes (Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales, Manuel Osorio, Pág. 239), en el cuerpo constitucional confluyen tanto lo sustantivo como lo adjetivo; pero y sobre todo que se sustenta a si misma lo que no puede ninguna otra norma.

En el texto de la constitución subyace el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, el primero, estudia a la constitución de manera formal o material, los fenómenos constitucionales, estén o no normados y los derechos fundamentales; el segundo se instituye para la efectividad y operatividad del Derecho Constitucional regulando orgánicamente las instituciones procesales tendentes a hacer efectiva o a prevalecer la parte sustantiva de la constitución, instituye los procesos constitucionales, la defensa de la constitución, a través de los diversos mecanismos procesales que establezca la misma normativa constitucional.

Tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional tanto lo sustantivo constitucional como lo adjetivo constitucional se encontraba circunscrito única y exclusivamente al cuerpo constitucional de la carta magna misma, con la sola salvedad de lo relativo a la acción de habeas corpus la que era recogida sustantivamente en la constitución y regulada procesalmente en una ley adjetiva separada, a saber, la ley 5353 del año 1914, y actualmente el código procesal penal en su título VII.

Sin embargo, actualmente el derecho constitucional sustantivo y adjetivo se encuentra más ampliamente desarrollado y si bien la constitución continúa siendo la principal norma sustantiva constitucional hemos tenido derecho constitucional sustantivo en normas diferentes a la constitución como lo han sido, la ley 437-06, sobre amparo, la ley, la ley 131-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales y la ley 172-13

La constitución es, como se ha señalado previamente, norma sustantiva, pero a la vez es norma adjetiva, particular característica que es la única norma procesal que se inspira y que regula de manera directa de la norma sustantiva que pretende hacer operativa; es decir que la parte adjetiva de la constitución o Derecho Procesal Constitucional contenida en esta se nutre de la misma constitución, lo que no hacen el derecho procesal civil, penal, etc. que no tienen como fuente primaria el código civil o penal, sino la constitución.

### **1.6 Neoconstitucionalismo**

Previo a reflexionar sobre neoconstitucionalismo, debe hacerse referencia a la cuestión de la teoría de la constitución a fin de determinar si ¿Existe una Teoría de la Constitución? Y que se requiere para hablarse de una teoría de la constitución.

Una teoría de la constitución requiere la existencia de cuerpo teórico propio que sirva de base para el derecho constitucional, que se cuente con un rigor metodológico, que se haga uso de una serie de métodos de interpretación del texto constitucional, que se enjuicie la fortaleza constitucional y las razones de las modificaciones constitucionales.

De aquí, para hablar de neoconstitucionalismo supone hacer referencia a dos cuestiones que por su naturaleza deben estudiarse por separado. Por una parte, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido claros impactos en lo que se ha llamado el modelo del Estado constitucional; por otro lado, a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios.

Es así que el análisis de neoconstitucionalismo implicar entender la organización política de la vida social, el Estado, la sujeción a procedimientos regulados, en este caso, la Constitución y los derechos fundamentales que contiene, pero no sólo el reconocimiento de dichos derechos fundamentales, sino y sobre todo la protección efectiva de los mismos, como misión esencial del Estado.

Hablar de Neoconstitucionalismo, implica en primer orden aclarar la terminología, dado que algunos autores emplean los términos neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas (Sanchís, p. 101), como expresiones sinónimas, mientras que otros expresan algunas distinciones.

Al respecto ha señalado Sanchís (101), entre ellas podemos indicar, en primer lugar, como un cierto tipo de Estado de Derecho, que designa un modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo lugar, como una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Por otra parte, como la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Y como filosofía jurídica que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.

El neoconstitucionalismo desde la dimensión conceptual y metodológica, representa un reenfoque de algunas de las tesis centrales del positivismo, y de la forma más sintética y simplificadora puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión entre Derecho y Moral.

El neoconstitucionalismo supone el protagonismo del garantismo, y sobre este aspecto refiere Ferrajoli, citado por Prieto Sanchís (104), al señalar: “es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho”, “la otra cara del constitucionalismo, que se encarga de formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”, debiendo sin embargo, hacer la salvedad de que el neoconstitucionalismo no se limita a ser garantismo, sino que como precisa Prieto Sanchís cuando concluye consignando (p.106 y 107) el constitucionalismo no equivale sin más a garantía, pero sí representa el único marco institucional en que este puede realizarse; como modalidad del Estado de Derecho que impone límites formales y sustantivos al legislador democrático; como filosofía política

crítica que requiere partir de la idea de Estado como instrumento artificial diseñado al servicio de una moral pública basada en los derechos.

Es así que el neoconstitucionalismo presupone un modelo constitucional en el cual la constitución entendida y asumida como norma de carácter supremo. En ese línea, Susanna Pozzolo (p. 339 al 343) señala que en el modelo primitivo iuspositivismo justifica la razón de la acción en el orden del soberano, en el modelo evolucionado del iuspositivismo justifica la acción en la observancia de la constitución como norma, es decir justificada en base a una norma de carácter superior, el juez partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llega a la constitución como límite del ordenamiento jurídico interno y puente al discurso moral, razón justificada.

En resumen, constitucionalismo o neoconstitucionalismo es un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales. Al respecto Andrea Greppi, (Democracia como Valor, como Ideal y como Método, pág.342) lo explica como señalando que las doctrinas del neoconstitucionalismo, tienen en común que el juicio de validez de las leyes debe estar sometido a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos fundamentales recogidos en la constitución. Y agrega que, el ideal del constitucionalismo es el de un orden social en el que la totalidad del poder público y privado, incluido el poder de autodeterminación democrática, se encuentra sometido al imperio de la ley. (p. 343).

El neoconstitucionalismo deviene en ser el producto de la aproximación de dos tradiciones constitucionales a las que más arriba hemos hecho referencia e históricamente han discurrido separadas: La tradición norteamericana originaria, cuya contribución se encuentra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional; Y la tradición o concepción del constitucionalismo nacido de la Revolución francesa, la cual concibe la constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, cuyo cuerpo transformador quería tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. (Prieto Sanchís, p.108).

El autor que comentado refiere, asimismo, que el neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza por el legislador, con una noción de poder constituyente más liberal que democrática, por lo cual crea límites frente a las decisiones de la mayoría. De la segunda tradición hereda un ambicioso programa normativo que va más allá de lo que exigiría la mera organización del poder, lo cual puede resumirse, en una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces. (Prieto Sanchís, p. 109-110).

El constitucionalismo contemporáneo transfiere al poder judicial la facultad la legitimación democrática para que mediante la argumentación racional haciendo uso de los valores y principios constitucionales materialice la constitución.

Estas transformaciones del modelo , según Ferrajoli (15) son una crisis en el derecho y una crisis de la razón jurídica, en los países, incluso de democracia más avanzada, por ello propugna por un modelo garantista, que deje de lado algunas de las características del modelo clásico positivista.

Debido a las tres razones siguientes:

1. Crisis de legalidad, es decir del valor vinculante de las reglas dictadas por los poderes públicos y la progresiva degradación del valor de las reglas constitucionales y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos. (p. 15).
2. Crisis del Estado social, asociada a la contradicción del paradigma clásico del estado (liberal) de derecho y el nuevo paradigma de Estado social del derecho que se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-actos, el proceso de descodificación y el desarrollo



de una legislación fragmentaria, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción, dejando como consecuencia la ineficacia de los derechos y sobre todo un terreno posibilidad de corrupción y arbitrariedad. (p. 16).

3. Crisis del Estado nacional que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, (debido al proceso de integración mundial) en la alteración del sistema de fuentes (debido a las normas de derecho internacional) y en un debilitamiento del constitucionalismo. (p. 16).

Ferrajoli (p. 18) afirma que el problema no está sólo en la crisis del derecho, sino que es también una crisis de la razón jurídica, al expresar: “yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no solo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no solo del caos normativo y de la ilegalidad difusa (...) sino también de la pérdida de confianza en esa artificial reason, que es la razón jurídica moderna (...)”

Estos cambios conllevan una alteración del modelo positivista clásico, a un modelo neopositivista o garantista, en los siguientes planos: a- En el plano de la teoría del derecho (Racionalidad formal y racionalidad sustancial en el paradigma garantista de la validez); b- En el plano de la teoría política (Dimensión sustancial del Estado de derecho (Dimensión sustancial de la propia democracia); c- En el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación, d- En la cultura jurídica.

El neoconstitucionalismo ofrece una versión particularmente fuerte del genérico Estado constitucional de Derecho, y como ha señalado Guastini (citado por Prieto Sanchís, p 116) la constitucionalización es un proceso, no una cualidad todo o nada, algo que se tiene o no se tiene, y por eso cabe hablar de distintos grados o intensidades.

Los elementos característicos del constitucionalismo fuerte son, de acuerdo con Prieto Sanchís (p. 116): Primero, carácter normativo fuerte vinculante. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes; Tercero, Eficacia o aplicación directa; Cuarto, Garantía judicial; Quinto, presencia de un denso contenido normativo que

tiene como destinatario a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y que nacen de la misma constitución, en sus relaciones sociales horizontales de Derecho Privado; y Sexto, la rigidez constitucional.

El neoconstitucionalismo puede calificarse como una especie de revolución, por constituir un cambio radical del Estado, de sus instituciones políticas, de la economía y en sentido general en la sociedad., que tiene sus efectos en:

1. La Transformación de la Teoría Clásica del Derecho
2. La teoría de la norma (Transformación del concepto norma), que ha de dar entrada a nuevas tipologías antes no contempladas o no suficientemente atendidas.
3. La Teoría de la interpretación
4. Enfrentamiento de Principios versus normas.
5. La ponderación versus subsunción.
6. Constitución versus independencia del legislador.
7. Jueces versus libertad del legislador.
8. Recomposición de la Teoría de Fuentes. Bloque de constitucionalidad
9. Transformación de la soberanía

Susana Pozzolo señala que lo que distingue la doctrina es la adopción de un peculiar modelo constitucional, el cual ha sido denominado “modelo axiológico de la constitución concebida como norma”. Asimismo, expresa que en el modelo primitivo iuspositivismo justifica la razón de la acción en el orden del soberano, en el modelo evolucionado del iuspositivismo justifica la acción en la observancia de la Constitución como norma, es decir justificada en base a una norma de carácter superior, el juez partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llega a la Constitución como límite del ordenamiento jurídico interno y puente al discurso moral, razón justificada.

En síntesis, el constitucionalismo constituye el perfeccionamiento del Estado de Derecho, pero esto no siempre ha sido así, sino, que esta concepción tomó cuerpo a partir del seguimiento del movimiento denominado neoconstitucionalismo.

## 1.7 Constitucionalismo Mundial

El constitucionalismo no se trata de una obra o labor particular de un estado, sino que aunque ha habido como sea señalado unos hotos impulsores del constitucionalismo puede hablarse de un constitucionalismo mundial, primero, dado que el constitucionalismo ha sufrido una gran expansión siendo adoptado por los diferentes países del mundo de constituciones normativas; segundo, por tratarse de un cuerpo normativo común de todas las naciones o de una importante región o hemisferio.

Los estudios de Hardt y Negri (22) relativo al orden mundial, plantean que, con el nacimiento de la Liga de Naciones, durante la primera Guerra Mundial quedó definitivamente establecida la noción de un orden internacional y también su crisis, que más tarde con la Segunda Guerra Mundial se reinició, consolidó y extendió este orden jurídico.

La creación de las Naciones Unidas es la culminación de todo este proceso constitutivo (Hardt y Negri, 22), una culminación que revela las limitaciones de la noción de orden internacional y a la vez apunta más allá, hacia una nueva noción de orden global; esto así porque la ONU y su noción de derecho definida por la Carta de las Naciones Unidas que apunta hacia una nueva fuente positiva de producción jurídica, efectiva en una escala global, basada en el reconocimiento y en la legitimación de la soberanía de los Estados individuales, proceso que se legitima en la medida en que transfiere el derecho soberano a un centro supranacional real. En cierta medida ideado en la obra de Hans Kelsen, quien propuso que el “sistema jurídico internacional fuera concebido como la fuente suprema de toda formación y Constitución jurídica nacional, lo que necesariamente remitía a la universalidad y la objetividad del ordenamiento internacional”, apuntando, a la manera Kantiana, a una noción de derecho que pudiera llegar a ser una “organización de la humanidad y que por lo tanto coincide con la idea de ética de la humanidad”

La concepción de constitucionalismo mundial ha dado lugar a que la soberanía nacional haya cedido parte de su espacio a la denominada soberanía supranacional, lo que

puede apreciarse por la desregulación de los mercados internacionales, con miras a la constitución de una eufemística democracia transnacional, inspirada en el pensamiento de Thomas Hobbes; así como el establecimiento de jurisdicciones supranacionales con real carácter vinculante para las naciones.

En este nuevo orden, fundamentado en nuevas relaciones económicas globalizadas, las viejas estructuras jurídicas resultan inadecuadas, por lo que se precisa, igualmente, de un nuevo orden jurídico, acorde con la realidad económica a la que no sólo servirá, sino y, sobre todo, legitimará. Por ello, Hardt y Negri (26) han afirmado que “La transición a la que asistimos hoy, desde una ley internacional, que fue definida por contratos y tratados, a la definición y constitución de una nueva soberanía, de un poder mundial supranacional (y por lo tanto, a una noción imperial del derecho), aunque incompleta nos suministra un marco en el cual es posible interpretar los procesos sociales totalizadores del imperio.”

En la actualidad estamos frente a un nuevo orden mundial, que conlleva un orden global, una justicia y un derecho, que define la realidad del proceso de la constitucionalización del orden mundial.

Habermas (325) describe la sociedad mundial constituida políticamente como un sistema de muchos niveles que puede hacer posible, incluso en ausencia de un gobierno mundial, una política interna mundial de la que carecemos hasta la fecha, especialmente en los campos de las políticas globales económicas y medioambientales”.

En la actualidad los Estados individuales se ven obligados en todos los continentes a formar alianzas regionales o establecer formas de cooperación, tales como la Unión Africana, la Organización de Estados Americano, la Unión Europea, etc, con el objetivo de convertirse en una sociedad pluralista donde exista igualdad de derecho de las formas de vida culturales

Para Habermas, en un sistema global, “la función clásica del Estado de garantizar la seguridad, el derecho y la libertad sería transferida a una organización mundial supranacional especializada en las funciones de asegurar la paz y de imponer los

derechos humanos en todo el mundo” (336), esta organización (mundial) promoverá un entendimiento intercultural con el fin de lograr que la igualdad de derechos se haga efectiva.

En la actualidad el derecho internacional se encuentra en constante evolución, donde promueve la constitucionalización de los Estados con el fin de reconocer los derechos individuales de las personas y darle el status de sujeto de derecho internacional y de ciudadano cosmopolita, tal es el caso de la unión europea o la Organización de los Estados Americanos.

Ferrajoli toma a la Unión Europea como el ejemplo de integración regional más avanzado y democrático, lo cual ha creado la crisis de la tradicional jerarquía de las fuentes y el debilitamiento de las Constituciones nacionales, dado el valor supralegal atribuido a las nuevas fuentes de producción del derecho comunitario (directivas, reglamentos,) que prevalecen frente a los ordenamientos de los Estados miembros e incluso frente a sus constituciones, lo cual amenaza con deformar las estructuras democráticas europeas y con abrir espacios de poder neo-absolutista, afirmando que esta situación de transición depende de la política y del derecho, lo que identifica como artificial reason que es la razón jurídica y política, que ha dado vida al paradigma del Estado constitucional de derecho y que podría dar forma a un orden mundial capaz de llevar adelante el proyecto Kantiano, lo que él llama el desarrollo de un constitucionalismo internacional o una democracia constitucional internacional, cuya premisa ya existe en el derecho internacional representada en la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de Derechos del Hombre del 1948.

Señala, por otra parte, este autor, la crisis de la soberanía, aseverando que, en las democracias constitucionales ya no existen poderes o sujetos absolutos o soberanos que el propio principio de soberanía popular no subsiste más que como un homenaje verbal al carácter democrático representativo de los ordenamientos actuales. El Estado de derecho en el ámbito interno y el estado absoluto en el exterior crecen juntos como dos caras de una misma moneda, cuanto más se limita y a través de esos límites, se

autolegitima la soberanía interna, tanto más se absolutiza y se legitima, en relación con otros estados, y sobre todo con el mundo “incivil”, la soberanía externa que se identifica con el nacimiento de la ONU subordinada al principio de la paz y a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de 1948 y en los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 1966

Bajo tales fundamentos, organizaciones como las Naciones Unidas (ONU) y del Atlántico Norte (OTAN), pactan entre sus Estados miembros instrumentos que buscan la protección de las personas, a los fines que los tiempos de la intolerancia política y social nunca vuelvan a adquirir vigencia. Es bajo tales designios que se cuece un arquetipo ideológico: “Los derechos humanos sueñan el sueño de un nuevo orden mundial, un orden humano: todas las poblaciones, estados, religiones o grupos étnicos pueden vivir unidos bajo el derecho humano hecho ley”. (Beck, 196)

En conclusión y cuando objetivamente es actualmente posible hablar de de un conjunto de normas que rijan al mundo, dado en control formal que aun las constituciones contienen respecto del orden internacional, es posible afirmar, que existe un instrumento, en sentido limitado que equivalente a una constitución mundial, lo cual es identificado por los diferentes autores como un embrión de constitución, ubicada en la ONU, que posee una carta de derechos y establece reglas y principios con efecto vinculante internacionalmente.

# Capítulo 2

## Contenidos de la Constitución

Los contenidos de las constituciones son determinados por los ideales que influyan en su formación, es decir que los contenidos se corresponden con los ideales del movimiento constitucional en virtud del cual se gestó la formación de la constitución de que se trate.

En general las constituciones contienen normas de diversa naturaleza y contextura, incluyendo entre ellas prescripciones institucionales y Organizativas, directivas o programáticas, obligaciones, facultades, derechos y garantías, esencialmente principios o de carácter abierto y otras cerradas.

En la contenido de la Constitución dominicana originaria el constituyente de 1844 siguió múltiples corrientes políticas y jurídicas acorde a diferentes movimientos constitucionales de la época, incluyendo en el Título I de la Nación; Título II de la soberanía; Título III de los Dominicanos y sus derechos; Título IV de la soberanía y del ejercicio de los poderes que de ella emanan; Título V del gobierno de las Provincias; Título VI de las asambleas primarias; Título VII de la Hacienda Pública; Título VIII de la Fuerza Armada; Titulo IX disposiciones generales; Título X de la revisión de la Constitución; Titulo XI Disposiciones Transitorias y un Titulo Adicional, todo desarrollado en 31 páginas.

La Constitución dominicana actual desarrolla un contenido que recopila de manera ambiciosa los diferentes avances tanto en el ámbito del estado y sus instituciones como la evolución de los derechos y sus garantías, consagrándose en la misma lo siguiente:

Un preámbulo, en cual identifica la fuente originaria de poder constituyente, los ideales, principios y los valores que sirven de sostén a la Nación Dominicana; Título I De La Nación, Del Estado, De Su Gobierno Y De Sus Principios Fundamentales; Título II De Los Derechos, Garantías Y Deberes Fundamentales; Título III Del Poder Legislativo; Título Iv Del Poder Ejecutivo; Título V Del Poder Judicial; Título VI Del Consejo Nacional De La Magistratura; Título VII Del Control Constitucional; Título VIII Del Defensor Del Pueblo; Título IX Del Ordenamiento Del Territorio Y De La Administración Local; Título X Del Sistema Electoral; Título Xi Del Régimen Económico Y Financiero Y De La Cámara De Cuentas; Título XII De Las Fuerzas Armadas, De La Policía Nacional Y De La Seguridad Y Defensa; Título XIII De Los Estados De Excepción; Título XIV De Las Reformas Constitucionales; Título XV Disposiciones Generales Y Transitorias; Y Una Disposición Final Relativa A La Entrada En Vigencia; establecido de una forma mucho más extensa que todas las constituciones anteriores, desarrollando todo su contenido en 101 páginas.

## **2.1 Organización del estado y sus poderes**

La constitución dominicana asume desde su fundación un modelo de estado libre e independiente, lo cual se consigna en la constitución actual en el artículo 1 relativo a la Organización del Estado; ejerciendo el pueblo su soberanía eligiendo sus representantes mediante el ejercicio de la democracia directa como se verifica en el artículo 2 el cual reza: Soberanía popular. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes, los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes.

Esta organización se caracteriza por un gobierno civil, republicano, democrático y representativo e instituye la teoría clásica de la división de los poderes al fragmentar el gobierno de la Nación en: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; Esta teoría esbozada por Locke inicialmente introducida en nuestro ordenamiento por los efectos de la tradición francesa de nuestro derecho y siempre ligada a Montesquieu ha devenido en el criterio fundamental del gobierno constitucional.



El control aparece, así como el instrumento necesario para alcanzar equilibrio de Estado.

El estado organizado en estos tres poderes nuestra constitución lo desarrolla en los títulos III relativo al Poder Legislativo (artículos del 76 al 121), Título IV Del Poder Ejecutivo (del artículo 122 al 148), y el Título V Del Poder Judicial (artículos del 149 al 168) los que deben de ejercer dichas funciones como un estado social y democrático de derecho de conformidad con las prescrito en el artículo 7 que dice: La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

## **2.2 Valores, Principios y Reglas**

El profesor Jorge Prats (193), refiere que los valores no tienen una existencia tangible, sino que necesitan de las cosas o las personas para poder ser percibidos y que, aunque pueden tener un sentido negativo, generalmente se habla de valores en términos positivos.

Para Robert Alexy (162), los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, son mandatos de optimización que están caracterizado por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la debida medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRALE), principio se entiende como la “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia”; “causa, origen de algo”; “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Nociones justificadas etimológicamente, pues como refiere Sánchez de la Torre citado por Jiménez Cano: el término latino principium está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa «lo antiguo» y «lo valioso» y de la raíz cp que aparece en el verbo capere —tomar— y en el sustantivo caput —

cabeza—.Lo que de acuerdo a Jiménez Cano, compone entonces, “un sentido histórico («lo antiguo»), un sentido axiológico («lo valioso») y un sentido ontológico («cabeza»)”

Nuestra carta suprema hace acopio de estos tres tipos de normas indispensable para una constitución dado su carácter de norma abierta (valores y principios), que pero hace también de mandatos expresos e inviolables a que deben de someterse todos (reglas) unas y otras se encuentran dispersas a lo largo de la constitución, siendo ejemplo de valores los previstos en el preámbulo ; de principios la igualdad , razonabilidad y de convivencia pacífica ; y de reglas las formas de elaboración de las leyes , la reformas constitucionales , entre muchos otros.

### **2.3 Derechos fundamentales y constitucionales**

La constitución consagra dos tipos de derechos que en el sistema dominicano a los que se les confiere la mayor jerarquía de efectividad y protección de las personas con la finalidad de alcanzar el cumplimiento de la finalidad esencial del estado , entre estos presentan el nivel superior los denominados derechos fundamentales que se consignan en Título II Capítulo I secciones I relativo a DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, sección II DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, sección III DE LOS DERECHOS CULTURALES Y DEPORTIVOS, y la sección IV DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL MEDIO AMBIENTE, de los artículos del 37 al 67.

Por otra parte, la constitución atribuye la titularidad de derechos constitucionales entre los que figuran los derechos de la nacionalidad y ciudadanía , y los derechos de elegir y ser elegido y al sufragio entre otros.

### **2.4 Garantías constitucionales**

La constitución se trata de una norma respecto la cual se puede afirmar que se auto gestionada o auto garantiza al prever ella misma los medios de proteger, en sentido general, sus prescripciones en tanto elementos que la integran, como de manera particular su contenido sustantivo.

Para alcanzar esta garantía se instituyen diversos medios; la garantía de la constitución en su integralidad deviene de la existencia de un órgano especialmente diseñado para tal cuestión que se denomina tribunal constitucional y al que se le atribuyen precisas competencias que recoge el artículo 185 de la constitución, como acciones directas, consistentes en:

- 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;
- 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;
- 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;
- 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

En similar sentido de garantía, pero con efectos relativos e Inter parte, de forma excepcional en el curso de un proceso judicial, el control difuso de constitucionalidad

Asimismo, se prevén una serie de medios de garantías particulares a los derechos de las personas, a partir del mandato del artículo 68” La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley”; entre estas figuran:

**Garantías orgánicas no jurisdiccionales:**

El defensor del Pueblo (arts. 190-191)

El ministerio Público (art. 169)

Funciones no jurisdiccionales de los órganos judiciales

El Abogado del Estado

El juez de la Instrucción

Cámaras civiles y comerciales del Juzgado 1era. Instancia-

Cámaras civiles Corte Apelación

Tribunales de niños, niñas y adolescentes.

### **Garantías Orgánicas Jurisdiccionales:**

Garantías especiales de protección de los derechos fundamentales (Garantías constitucionales)

La Tutela Judicial Efectiva y El Debido Proceso (art. 69)

El Habeas Data (Art. 70)

El Habeas Corpus (Art. 71)

El Recurso de Amparo (Art. 72)

Garantías ante la Jurisdicción Constitucional (Art. 184, 185)

### **Garantías judiciales Ordinarias:**

Jurisdicción Contencioso administrativo- Tributario

Jurisdicción Penal

Jurisdicción Civil y Comercial

Jurisdicción Laboral o social

Jurisdicción Electoral

Jurisdicción de niños, niñas y adolescentes

### **Garantías ante la Jurisdicción Internacional:**

Art. 26.1, 3 y 4 de la Constitución

El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19 de febrero del 1999.

La Comisión Interamericana

La Corte Interamericana

## 2.5 Cláusula de intangibilidad

La constitución para ser concebida, efectivamente, como norma y especialmente como norma suprema con jerarquía suprema requiere, indefectiblemente, de una parte, o herramienta que permita alcanzar tal condición y que haga prevalecer defensa real y objetiva de las prescripciones contenidas en la misma constitución.

La existencia y surgimiento de la jurisdicción constitucional por si misma se justifica en la defensa de la constitucionalidad, esta jurisdicción en los modelos existentes ha utilizado diversos mecanismos de defensa o control de la constitucionalidad, dándole en unos casos dicha facultad de control al poder judicial y en otros, aún órgano único separado del resto de los tribunales; sea que se trate de uno o el otro, es necesario el mismo elemento o herramienta para que la constitución pueda ser protegida o garantizada.

Esta cláusula de intangibilidad está prevista en el artículo 6 de la constitución relativo a la Supremacía de la Constitución, el cual establece que: Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

Es aquí y particularmente en el párrafo final de este texto legal en donde se ubica la fortaleza de la norma constitucional y que deviene en la cláusula de intangibilidad de la constitución.

# Capítulo 3

## Medios de Garantía de la Constitución

### 3.1 Justicia constitucional y Derecho Procesal constitucional

La efectividad de la constitución como elemento indispensable de la concepción normativa de la constitución supone contar con una serie de instrumentos o medios para alcanzar dicha efectividad.

Estos medios o instrumentos para la efectividad de la constitución son los que dan cuerpo a la justicia constitucional. Resulta oportuno, de manera previa, realizar la siguiente aclaración terminológica relativa al área del derecho constitucional que estudia los medios de garantía de la constitución.

La importancia de la aclaración resulta vital para todo estudioso del derecho constitucional debido a que dependiendo de la demarcación geográfica son utilizadas diferentes terminologías para tratar la referida área del derecho constitucional; así puede verificarse al realizar análisis de doctrinales y jurisprudenciales europeos y asiáticos se haga uso de del término justicia constitucional mientras que en América sean usuales los términos control constitucional, Jurisdicción Constitucional o Defensa Constitucional

Las dos terminologías más regularmente usadas para identificar el estudio de los instrumentos de control de la constitucionalidad y los órganos orientados a la solución de conflictos de naturaleza constitucional son el de “justicia constitucional” y el de “derecho procesal constitucional”. Cronológicamente el primero en surgir fue el de justicia constitucional y posteriormente ha cobrado relevancia el término de derecho

procesal constitucional, pero allá del uso de uno u otro de los términos surge la pregunta: ¿tiene alguna relevancia el uso o el cambio de nomenclatura?

La respuesta a esta interrogante puede ser inferida, en primer lugar, de la forma sistemática que tradicionalmente la ciencia del derecho ha usado para estudiar el derecho en sus diferentes ramas, por ejemplo: para la aplicación del derecho penal contamos con el del derecho procesal penal; junto al derecho civil tenemos el derecho procesal civil; y, en segundo lugar, la significación misma de la terminología derecho procesal constitucional.

La utilización de la terminología derecho procesal constitucional frente a al término justicia constitucional no se trata de un simple cambio de nomenclatura; ha de entenderse que se trata de una posición científica de dimensión sustantiva siguiendo la primera parte de la respuesta ofrecida en el párrafo previo, relativo al uso sistemático hecho por la ciencia del derecho para estudiar el derecho en sus diferentes ramas, como ya se ejemplifico: Derecho penal y derecho procesal penal, derecho civil y derecho procesal civil; En ese sentido el derecho procesal constitucional ha de referirse a la nueva parcela del Derecho público que se encarga del estudio sistemático de las garantías constitucionales y de la magistratura que las conoce.

En ese sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que: El Derecho procesal constitucional, expresa el conjunto normativo diferenciado dentro del ordenamiento. Y adiciona que: Es la disciplina jurídica especializada en su estudio.

Por otra parte, Gerardo Eto Cruz reseña que: Es una parcela del Derecho Procesal que se encarga de la regulación de los instrumentos necesarios para hacer efectiva la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos.

En ese sentido el Tribunal Constitucional de Perú (RTC 00026 y 00025-2005 auto de admisibilidad) “[E]l derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución– debe ser interpretado

e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico.

Como síntesis de la aclaración presentada, es posible concluir denominando al derecho procesal constitucional (justicia constitucional en Europa) como la rama del derecho que se encarga del estudio de los órganos y de las Vías procesales que permiten la protección de la supremacía constitucional y de los derechos contenidos en la Constitución.

Sobre la justicia constitucional como área del derecho que estudia los medios de garantía de la constitución presentado, procede reflexionar sobre su surgimiento histórico, las bases ideológicas, su Impacto y la Legitimidad de la misma.

El surgimiento de la justicia constitucional posee grandes coincidencias con la historia de la constitución; Así hemos señalado que el establecimiento del régimen constitucional se vincula al proceso de independencia de las colonias inglesas del norte (Prieto Sanchís, p.47). En el año 1803, la Corte Suprema bajo el liderazgo del Juez Marshall, emitió la sentencia relativa al caso *Marbury vs. Madison*, dando origen al control de la constitucionalidad de las leyes, considerándose el concepto normativo de la Constitución o supremacía de la Constitución.

Con esta decisión que anula una ley por considerarla no conforme con la Constitución, la cual es superior, se instaura en Estados Unidos la *Judicial Review* (García de Enterría, p. 131). Sin embargo, Prieto Sanchís (52) expresa que “la *judicial review* no aparece expresamente regulada en la Constitución, siendo más bien el resultado de una paulatina construcción histórica”.

A modo de ejemplo García de Enterría (133) señala, que la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su art. IV, sección 2, expresa: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se realicen con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán el Derecho supremo del país y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlo, aun cuando se encuentre en la Constitución y las leyes de cualquier estado alguna disposición que lo contradiga”.



En Europa la justicia constitucional es influenciada por la ideología de Norteamérica como elemento de constatación puede tomarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de fecha 26 de agosto de 1789, donde se establece la idea de limitar los poderes de los parlamentarios nacionales, tomando como inspiración la Declaración de Independencia de Estados Unidos, en este sentido Prieto Sanchís (53) sitúa como ejemplos: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

La Constitución Francesa considerada como un documento de organización política, en la que se reconocían derechos los cuales eran desarrollados por la ley, (Jiménez Asensio, p. 116), no se reconoce la supremacía legal de la Constitución, puesto que en Europa no se reconoce el concepto de la Constitución como norma. El juez está subordinado a la ley, la Constitución es un instrumento de organización política. Ni la propuesta de Montesquieu, que planteaba que los jueces aseguraban la pervivencia de las leyes fundamentales y constituía el mejor depósito de la Constitución, ni la propuesta de Sieyes tendente a la creación de algo parecido a una justicia constitucional lograron prosperar en la Francia Revolucionaria.

La justicia constitucional, propiamente hablando, surge en Europa después de la segunda guerra mundial, bajo las sombras de los acontecimientos de esta e inspirada en la obra del positivista H. Kelsen, este modelo de justicia (plasmado en la Constitución austriaca de 1920) expresa la culminación del estado de derecho europeo desde su concepción de la soberanía estatal y de la constitución como órgano jurídico del Estado, no sobre el Estado. Esta justicia constitucional surge por dos circunstancias fundamentales: 1- El fracaso de la justicia constitucional de la República de Weimar y 2- El creciente activismo de los jueces ordinarios en el control de la ley, estimulado por una filosofía jurídica abiertamente anti formalista, como fue la representada por la escuela de derecho libre.

Gascon (citado por Prieto Sanchís, 85) haciendo una descripción de la propuesta Kelseniana de justicia constitucional, ha expresado “El rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley”.

Para Kelsen el tribunal constitucional debía ser respetuoso con el legislador y no podía interferir en el ámbito de la discreción legislativa. Esta jurisdicción concentrada en un único tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones jurídico constitucionales.

El tribunal constitucional decide sobre conflictos políticos; pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos (García de Enterría, 196). El conflicto que conoce el tribunal constitucional, es un enfrentamiento entre el mandato jurídico y la racionalidad o la necesidad de políticas, entre el rigor de la norma y la existencia del bien general.

En cuanto a los Presupuestos ideológicos la justicia constitucional tanto en los Estados unidos como en Europa, aunque no idénticos son en gran parte asimilables, entre los que se pueden señalar los siguientes:

1. La ideología del control de las leyes, el derecho natural racionalista y la teoría del contrato social.
2. El iusnaturalismo y el positivismo ideológico, como teoría explicativa del derecho, como intento de describir los rasgos fundamentales de un cierto sistema jurídico.
3. El transito del Contrato social al constitucionalismo, el esquema del derecho natural y el contrato social representa así la mejor explicación y justificación del nuevo constitucionalismo.

Sobre el Impacto del control de la Constitucionalidad, la existencia misma de la Constitución y su posición dentro de las fuentes, que dio lugar al establecimiento

de la justicia constitucional como medio de garantía y de control, sea en manos del poder judicial en el caso estadounidense, sea en un tribunal constitucional separado del poder judicial, es incuestionable el impacto dado que ha servido de simiente a la transformación tanto de la teoría del estado como de la teoría del derecho en todas sus manifestaciones, manifestándose en los diferentes poderes, instituciones y la sociedad misma llegando a constituirse en un importante hito de la historia contemporánea.

El aspecto de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, dado el efecto de esta ha tenido, ha sido reiterada y recurrentemente cuestionada la calidad y la legitimidad democrática de los entes de control de la constitucionalidad.

Este punto puede explicarse teniendo como punto de partida la legitimidad democrática otro de los poderes del Estado, como lo es el poder judicial; y así ubicarla en la afirmación constitucional que de manera expresa contienen la mayoría de las leyes sustantivas, cuando proclaman que las soberanías nacionales residen en los pueblos (de donde surge la legitimidad misma de la constitución). Estas afirmaciones constitucionales que establecen el principio legitimador de los poderes del Estado son la base también de la justicia constitucional.

La legitimidad de la jurisdicción constitucional, a que hacemos referencia, así como a la legitimidad del poder judicial, es extraída de la constitución, en este sentido López Guerra (52- 64) ha expresado “Aún cuando la legitimación del poder del juez en cuanto aplicador de la ley sigue siendo ( y sería difícil que fuera de otro modo) el eje de la justificación democrática, como es bien sabido la práctica judicial hoy día no puede reducirse a una aplicación mecánica de la norma por cuanto que el juez debe interpretarlas y aplicarlas. Entendemos que el poder judicial, así como el resto de los poderes del estado recibe una legitimación directa o indirecta, de origen o de ejercicio, de la voluntad popular; y esa voluntad popular encuentra su expresión natural en los mecanismos electorales.

López Guerra (62) expresa “no es común que se niegue esa legitimación al poder judicial, esto es, que se niegue que su justificación derive (por las vías que sea, directas o indirectas) de la voluntad popular. Pero no faltan ejemplos que en la práctica podrían equivaler a una auto legitimación del juez, es decir, afirmar que existe un valor propio y auto justificativo en las decisiones de los jueces, que no necesitaría respaldo de esa voluntad. En principio, se atribuiría al juez una legitimación constitucional, basada en los valores más altos de la constitución como norma, frente a la democracia mayoritaria expresada por los mecanismos electorales, habría una democracia sustancial que se expresaría en los mandatos constitucionales”.

La legitimidad de la justicia constitucional puede encontrarse en la razón pública, entendida como una característica esencial de toda sociedad políticamente organizada, siendo esta la facultad a través de la cual ella define las bases de su sistema político, sus instituciones fundamentales, la estructura y modalidades de sus procesos y prácticas políticas, sus proyectos de largo plazo y las decisiones públicas de toda índole que eslabonan su existencia en el tiempo. (Rawls 204-205)

Resultando incuestionable el poder de los pueblos de disponer la formación de un estado y su propia organización y consignarlo en una norma de carácter y jerarquía superior, asimismo resulta incuestionable la facultad de los pueblos la legitimidad de la justicia constitucional, pues una y la otra son el resultado del mandato constitucional, es decir de la expresión misma de la voluntad del pueblo materializado en el poder constituyente.

En nuestro ordenamiento jurídico la constitución proclama: Tribunal Constitucional. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. (Art. 184) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales: La justicia constitucional es la potestad del Tribunal

Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones Constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales. (Art. 5 LOTCPC).-

Los medios de garantía de la constitución son:

Las acciones directas de inconstitucionalidad

El control preventivo de los tratados internacionales

Los conflictos de competencia entre los poderes públicos

Excepción de Constitucionalidad

Hábeas data.

Acción de hábeas corpus

Acción de amparo

La tutela Judicial efectiva y el debido proceso

La cláusula de intangibilidad

Garantías de la Administración Pública:

Garantías Institucional del Defensor del pueblo

Desarrollo de los derechos fundamentales por atreves de Leyes orgánicas

Ministerio público

Tribunal constitucional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

### **3.2 El Garantismo**

La asunción de la constitución como una constitución normativa, así como del modelo de estado social y democrático de derecho y en sentido amplio de la teoría del neoconstitucionalismo conlleva necesariamente concluir en el garantismo<sup>4</sup>; pues

---

<sup>4</sup> La voz garantía proviene del término anglosajón warranty que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant) un derecho. Gozaini, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional. Tomo I. Editorial de Belgrado. Argentina. Pág 93

es precisamente el garantismo uno de los principales beneficios que nos ofrece dicho modelo constitucional.

El análisis del garantismo como modelo es uno de los logros indiscutible de la propuesta de Luigi Ferrajoli como base para la teoría del derecho.<sup>5</sup>

Ferrajoli enuncia dos significados genéricos del garantismo: Un modelo de derecho y una teoría general del derecho, en el primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de Derecho; el segundo, como una superación a los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distinto: el derecho como una garantía de limitación del poder.

El elemento más relevante que debe de acompañar a la consignación en la Constitución de un catálogo de derechos, lo constituye la garantía de los mismos, de ahí lo atinado de la concreción que realizada Ferrajoli a la tesis cuya formulación clásica se debe a Hans Kelsen, de que “más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”.

En el mismo sentido en que la filosofía del derecho y teoría del derecho han explicado que el derecho como norma que regula la conducta del ser humano en sociedad, no puede cumplir sus fines con la sola regulación de la conducta, mediante el establecimiento de una norma, sino es colocada junta dicha norma una coerción mediante la cual se establezca una consecuencia a las actuaciones que contravengan el enunciado de la norma reguladora de la conducta; así el neoconstitucionalismo conlleva que más allá de la concepción de la constitución como una norma de jerarquía superior, con unos valores y principios que la sostienen y el reconocimiento de un catálogo de derechos a los que les confiere la condición de fundamentales, es solo al instaurar medios de igual jerarquía y poder por los cuales se pueda hacer, efectivamente, la constitución exigible, es decir mediante el garantismo. A esto se ha referido Francisco Bastidas Freirejo (Garantía de los derechos fundamentales, Pág. 196) al afirmar que: De nada

---

5 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Ob. Cit. Pág. 59.

vale el reconocimiento de una serie de derechos, si no se rodea de instrumentos que aseguren su eficacia”.

Así es como el garantismo de la constitución en sentido amplio y particularmente de los derechos fundamentales debe asegurarse mediante vías procesales contenidas en la misma constitución y en otras normas que la constitución habilita en tal sentido en estas previas o posteriores.

Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 16 lo consignó claramente como presupuesto de las constituciones al establecer que: “Toda sociedad en que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”

La supra consignación unos derechos fundamentales no tendría valiosos sino se contará con garantías procesales, por los que las autoridades y los particulares se encuentren vinculados y sometidos a su respecto, y que permitan a sus titulares ante cualquier infracción accionarlos por ante los tribunales, sea que provenga la infracción del estado o de cualquiera de sus órganos, o sea de los particulares respecto de otros particulares.

En consonancia con la teoría del garantismo en el contexto del neoconstitucionalismo nuestra ley de leyes, como bases del garantismo, proclama:

La soberanía popular como fuente de legitimación de la constitución del estado mismo, en su artículo 2 el que reza: La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes, los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes.

El fundamento de la constitución en la dignidad de las personas: La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos y dominicanas. (Artículo 5).

La Supremacía de la constitución como fundamento del estado y como parámetro de validez de todos los actos: Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución. (Artículo 6)

El Estado social y democrático de derecho al que se atribuyen un objeto y una finalidad que tienen como referente la dignidad: La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos. Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.(artículo 7)

La dignidad Humana como derecho y como el valor supremo y en el principio jurídico inspirador del estado y fuente de todos los derechos fundamentales, que irradiando todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma, lo que en la actualidad recoge el artículo 38: El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

Los derechos fundamentales cuyo catálogo se desarrolla ampliamente por generaciones en el Título II, Capítulo I de los artículos 37 al 67, consignando su contenido esencial.

La Sujeción y sometimiento de los poderes públicos a los derechos fundamentales (artículo 68):La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad



de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

Las garantías de los derechos fundamentales deberes mediante vías especiales de naturaleza constitucional, como la tutela judicial efectiva, el habeas data, la acción de habeas corpus y la acción de amparo, en el Capítulo II del Título II, en los artículos 69 al 72.

La limitación a que los derechos fundamentales que solo puedan ser desarrollados mediante el procedimiento especial instituido para las Leyes orgánicas: Las leyes orgánicas son aquellas que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales; la estructura y organización de los poderes públicos; la función pública; el régimen electoral; el régimen económico financiero; el presupuesto, planificación e inversión pública; la organización territorial; los procedimientos constitucionales; la seguridad y defensa; las materias expresamente referidas por la Constitución y otras de igual naturaleza. Para su aprobación o modificación requerirán del voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras. (Art. 112).

El Poder Judicial y la organización judicial como entes encargados de la administración de justicia: La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el Poder Judicial. Este poder se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por esta Constitución y por las leyes. Párrafo I.- La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley. (Título V, Artículos 149 a 177).

El Tribunal Constitucional como máximo garante e intérprete de la constitución: Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus

decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. (Título VII del Control Constitucional, artículos 184 al 189). -

La rigidez constitucional, como medio de garantía de los enunciados contenidos en la constitución mediante el procedimiento minucioso previsto para las Reformas constitucionales, con la instauración de la Asamblea Nacional revisora y el agravamiento de dicho procedimiento a través del Referendo aprobatorio (Título XIV de las Reformas Constitucionales, artículos del 267 al 272).

### **3.3 Medios de garantía de la constitución**

En principio, sería una presunción impulsada por la lógica que la existencia y surgimiento de la jurisdicción constitucional por si misma se justifica en la defensa de la constitucionalidad, sin embargo en la realidad no se ha verificado tal asunto, sino que aun en los estados constitucionales tradicionales, la constitución equivalía únicamente a una norma de organización del estado que en práctica tenía escasos o casi ningún control frente a la garantía de la misma constitución frente a las actuaciones de puedan atentar contra los enunciados constitucionales.

La teoría de la constitución en el contexto del neoconstitucionalismo, que como ha sido reseñado implica concebir la constitución efectivamente normativa, precisa de medios de control de la constitución o de defensa de la Constitucionalidad la cual es puesta en manos de la jurisdicción constitucional a fin de que las normas infra constitucionales dictadas por los mismos órganos constitucionales, los actos y demás actuaciones de los entes, instituciones y autoridades públicas no contraríen los enunciados, valores, principios, reglas y derechos de la Constitución, sino que se enmarquen dentro de los parámetros tanto formales como materiales de la constitución.

La jurisdicción constitucional materializada sea en órganos especiales o únicos separados del resto de los tribunales, o sea en los poderes judiciales en los modelos constitucionales existentes, ha hecho uso de dos mecanismos de defensa o control de

la constitucionalidad; estos mecanismos de control son: El Control difuso y El Control concentrado de constitucionalidad.

En el sistema difuso, la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes se le reconoce a todos los jueces como parte inherente de la función jurisdiccional de aplicar las leyes en los casos concretos sometidos a la apreciación judicial. Se trata del “judicial review”, sistema plasmado en *Marbury vs. Madison* (Jorge Prats, 278).

La labor de control de constitucionalidad en el sistema americano o difuso, conferida a los jueces solo puede ser ejercida en el curso de un proceso judicial y a propósito de la posibilidad de aplicación de una norma cuya constitucionalidad es cuestionada; las decisiones de tomadas por los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos interpartes, pues se trata de la inaplicación de la norma atacada en la solución del caso sin que en modo alguno la norma sea objetivamente eliminada del ordenamiento.

En el sistema concentrado, la facultad de juzgar acerca de la constitucionalidad de las leyes es monopolizada por o concentrada en un único órgano, que puede ser un órgano especializado (tribunal o corte constitucional) o el Tribunal Supremo de la Jurisdicción ordinaria (sala o cámara constitucional de dicho tribunal). Concebido originalmente por el jurista Hans Kelsen y consagrado por primera vez en la Constitución de Austria de 1920. Este sistema se diferencia del difuso, en la medida en que no se trata en puridad de un control judicial sino de una función constitucional autónoma, de una función de legislación negativa que se ejerce no a consecuencia de un caso judicial concreto, sino de manera abstracta como juicio de compatibilidad o no incompatibilidad de una ley con la Constitución (Jorge Prats, 279).

Este sistema también denominado europeo y austriaco está en manos de un órgano especializado que ejerce el control de constitucionalidad con carácter general y cuyas sentencias poseen carácter erga omnes; se trata de una especie de legislador negativo, pues mientras el legislador al llevar a cabo su función produce una norma que ha de integrar el ordenamiento jurídico, los jueces al ejercer el control concentrado de

constitucionalidad separa o expulsando del ordenamiento jurídico la norma cuyo contenido o elaboración de cumpla con los contenidos de la constitución, teniendo por demás la decisión que resuelva la cuestión efectos erga omnes.

Tanto uno o el otro modelo de control de constitucionalidad se encuentran dispersos en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo asumidos de forma íntegra en unos casos o fusionado en otros, abriendo el espacio a un sistema de constitucionalidad que bien podría denominarse mixto o híbrido por confluir en un ordenamiento jurídico tanto el control concentrado como el control difuso; en este aspecto señala Jorge Prats (308) que: El modelo latinoamericano de control judicial de la constitucionalidad tiene las siguientes características: (i) Se admite el control difuso, desde que en el siglo XIX es acepta la facultad de los jueces ordinarios de conocer la constitucionalidad de las leyes; (ii) Emerge el control concentrado mucho antes que en Europa (Venezuela y Colombia), con la característica de que la sede de control puede residir en un tribunal constitucional o un tribunal supremo en pleno o una cámara del mismo; (iii) El acceso al control concentrado es generalmente mucho más amplio y democrático que en Europa, al hacer de los tribunales constitucionales verdaderos tribunales ciudadanos; (iv) Tienden a coexistir los modelos difuso y concentrado en algunos países; y (v) La jurisdicción constitucional es enriquecida con las posibilidades que abren novedosos recursos admitidos en Latinoamérica, como el habeas corpus y el amparo.

# Capítulo 4

## La Interpretación de la Constitución

### 4.1 Aplicación o Interpretación de la norma constitucional

La aplicación y la interpretación constituye uno de los problemas clásicos del derecho, sobre todo los que proceden del sistema jurídico romano germánico o francés, en fue amplia la concepción de jueces boca de la ley que suponía en principio, la pura aplicación por parte de los jueces de las leyes separando de esta labor la interpretación. Ante tal discusión histórica se hace oportuno aclarar la terminología interpretar.

La interpretación, como término no absoluto, su conceptualización presenta diversos ribetes dependiendo del autor y de la teoría desde la cual éste se situó.

Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el jurista uruguayo Eduardo J. Couture (“Estudios de Derecho Procesal Civil”. Tomo III. Ediciones Depalma. Tercera edición, 1979. Buenos Aires – Argentina. Pág. 15), deriva de *interpres* que significa mediador, corredor, intermediario. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa, define la voz “interpretar” como: “explicar” o “declarar el sentido de algo”, y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas.

Desde el punto de vista jurídico, entre los autores encontramos diversas definiciones acerca de lo que es la Interpretación. Así, Guillermo Cabanellas de Torres (“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición, 1994.

Buenos Aires – Argentina. Tomo IV. Pág. 472) afirma que: *“La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición”*.

En tanto, el tratadista alemán Ludwig Enneccerus (“Tratado de Derecho Civil”. Tomo I. Casa Editorial Bosch. Traducido de la 39ª edición alemana, 1953. Barcelona – España. Pág. 197) define la Interpretación de la norma jurídica de la manera siguiente: *“Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose el verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del “ususfori” reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la Interpretación lo forman las leyes”*.

El tratadista italiano Francesco Messineo (Citado por Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Interpretación de la Norma Jurídica. Disponible en Internet: <http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/interpretaciondelanormajuridica/default5.asp>.) se refiere a la Interpretación de la ley (norma) al expresar: *“... es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, ‘la atribución de un significado’ a la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es, pues, una operación lógica, de conocimiento”*.

Marcial Rubio Correa (“El Sistema Jurídico” (Introducción al Derecho). Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 1984. Lima – Perú. Pág. 235) considera la interpretación como toda una teoría, y la define como: *“La teoría de la interpretación jurídica, ..., es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.”*

De lo arriba consignado queda claro que toda aplicación de una norma implica determinar el contenido, sentido y alcance de la misma a fin de aplicar la misma a unos hechos determinados, por lo que la aplicación de las normas requiere de la operación de interpretación; Así resulta además que si se parte de la idea de norma como regla,

es decir norma de contenido concreto es necesario para su aplicación, al tratarse de la constitución ser una norma preñada de valores y principios que por naturaleza son normas abiertas la labor de interpretación cobra aún mayor preponderancia, lo que nos lleva a concluir que la labor del juez constitucional más que aplicar a secas se trata de interpretación de la constitución.

En este sentido Pablo Navarro<sup>6</sup>, denomina “tesis de la inevitabilidad” a la idea de que siempre es necesaria una decisión interpretativa para identificar o aplicar una norma general. Es conforme a esta tesis, que las normas no se aplican por si solas sino que siempre es necesario una decisión interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma, en este sentido, Navarro cita a Hart, cuando afirmó que: *“Las normas no pueden reivindicar por si mismas sus propios ejemplos, y los hechos no guardan a los jueces etiquetados claramente con las reglas que les son aplicables. Las normas no pueden aplicarse por sí mismas, y aún en el más claro de los casos, un ser humano debe aplicarlas”*.

En igual sentido, Kelsen<sup>7</sup> afirma que *“La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto*.

Es tan evidente la consideración de la necesidad de interpretación que hoy día no es concebible un sistema jurídico en cual la jurisprudencia o el precedente no constituyan una fuente del derecho.

---

6 Pablo Navarro. ACERCA DE LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN. Disponible en Internet:<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1401880>

7 En su Teoría Pura del Derecho (citada por Pablo Navarro, en su escrito- Acerca de la Inevitabilidad de la Interpretación.

## 4.2 Interpretación jurídica e interpretación constitucional

Las normas desde cualquier punto de vista que sea analizada requieren para lograr sea aplicada que se lleve a cabo la actividad intelectual de interpretación, esto lo realiza no solo su actor principal, sino que incluso el ciudadano común ejercita la interpretación con solo observar o criticar la labor del jurista o el producto del derecho.

En este sentido, Velasco Arroyo<sup>8</sup> ha expresado, que *“El razonamiento jurídico no es un proceso cuasi mecánico, sino algo bastante más sutil: en primer lugar, porque el derecho no es un sistema axiomático susceptible de someterse a un cálculo lógico exhaustivo; y, en segundo lugar, porque a la hora de aplicarlo hay que hacerse necesariamente de complejas armas hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones como, por supuesto, en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas, esto es, en la determinación de hecho y de derecho. Y refiriéndose a Habermas, el autor citado añade, que “las leyes y demás normas jurídicas no tienen normalmente una forma semántica tal ni un grado de determinación tal que sólo deje al juez la posibilidad de una aplicación algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho”*.

De lo anterior, se puede asumir, que las normas (Constitución y ley) deben de someterse necesariamente a interpretación, por el hecho de ser normas, como han expresado Pablo Navarro y Hart *“no pueden aplicarse por si mismas, y aún en el más claro de los casos, un ser humano debe aplicarlas”*<sup>9</sup>.

La interpretación ordinaria, ha de ser la interpretación de la ley, mientras que la interpretación constitucional, lógicamente, es la interpretación de la Constitución. Estas no están sometidas a las mismas reglas. La interpretación constitucional es una interpretación superior a la de las otras normas, o si se quiere decir de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de

8 VELASCO ARROYO, Juan Carlos. El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. Disponible en Internet: [http://www.uv.es/~afd/XV\\_abstracts/velasco\\_abs.html](http://www.uv.es/~afd/XV_abstracts/velasco_abs.html). P. 53.

9 NAVARRRO, Pablo. ACERCA DE LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1401880>



todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar conforme a la Constitución<sup>10</sup>.

Atienza entiende, asimismo, que la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución esta asignada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios<sup>11</sup>.

En conclusión la interpretación Constitucional se realizar mediante la **ponderación**,<sup>12</sup> dado que las normas de la constitución son generalmente principales, mientras que la interpretación en los tribunales ordinarios o interpretación jurídica llevada a cabo respecto de las demás normas con contextura de reglas se realiza mediante la subsunción<sup>13</sup>.

### 4.3 Especialidad de la interpretación constitucional

Como ya se ha comentado el neoconstitucionalismo ha producido en los estados y en el derecho diversas transformaciones que resultan de gran importancia; entre estas transformaciones resalta la relativa a la interpretación o teoría de la interpretación; que como es ampliamente conocido es defendida por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky.

Respecto a la interpretación específica del cuerpo constitucional en el ámbito de la doctrina se pueden distinguir: a) la peculiaridad del sujeto; b) el uso de determinadas técnicas interpretativas/aplicativas adoptadas para el texto constitucional; c) efectos de las sentencias del juez constitucional; d) especificidad del objeto de la interpretación constitucional en razón de la rigidez o de la flexibilidad de la Constitución; y e) en base al objeto “Constitución”.

---

10 ATIENZA, Manuel. Los Límites de la Interpretación Constitucional. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=510399>. p. 7.

11 Op.cit. p.7

12 JORGE PRATS, Eduardo. Op.cit. pp. 256, 266 y 268.

13 ATIENZA, Manuel. Op.cit. p.7

La teoría del neoconstitucionalismo, apartándose de la teoría de interpretación clásica de la ley, teoría iuspositivista, la que se basaba en que “La única interpretación válida del texto legal será la literal, y la ley es razón suficiente para actuar con toda justificación moral” trajo consigo una concepción distinta respecto de la interpretación, que puede calificar de radical, dentro de este contexto Susanna Pozzolo<sup>14</sup>, señala lo siguiente:

- 1° Principios versus normas. Fundado en la tesis de que el ordenamiento jurídico no está formado solo de normas, sino de normas y principios.
- 2° Ponderación versus subsunción. Los principios requieren un método interpretativo/aplicativo basado en la ponderación o balanceo, el cual cuenta de tres pasos, a saber: a) una operación interpretativa de localizar los principios idóneos; b) sopesar internamente los principios localizados para ponerlos en orden jerárquico; y c) jerarquía caracterizada por no estar construida en abstracto sino en concreto; diferente a las normas que es el método de la subsunción.
- 3° Constitución versus independencia del legislador.
- 4° Jueces versus libertad del legislador.

En el sistema anterior se interpretaba y aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, y ahora esto se realiza a la luz de las exigencias de justicia.

Partiendo de lo ya expuesto, podemos precisar que la interpretación de la Constitución (constituida esencialmente por principios y valores) es indiscutiblemente diferente y especial e impone necesariamente que se realizarse mediante la **ponderación**, (esta ópera en el nivel de caso tratando de resolver una tensión entre bienes constitucionales), **la concordancia práctica** (buscando la conexidad entre los bienes constitucionalmente protegidos), **el balance crítico** (Procedimiento interpretativo destinado a determinar el ámbito de protección de las normas garantizadoras de los derechos y bienes constitucionales, utilizada por la jurisprudencia constitucional Estadounidense), y **la Razonabilidad** (implica que para que una medida sea constitucional es preciso un

---

14 Pozzolo, Susanna. Opt. Cit. Pág. 340-342.

cierto contenido de justicia)<sup>15</sup>, mientras que la ley, obra producto del legislador, ha de interpretarse mediante la subsunción (método de interpretación peculiar de la ley como norma, la cual tiene gran importancia en la función que realizan los jueces, que es establecer y comprobar unos hechos e incluidos en las normas preexistentes, a fin extrae la consecuencia legalmente prevista) y la razonabilidad.

#### **4.4 Métodos de interpretación de la constitución**

Jorge Prats<sup>16</sup>, refiriéndose a la interpretación la vincula con la ponderación y expresa que *“La interpretación determina cuáles bienes constitucionales están en juego en un caso determinado y cuál es el sentido de los textos constitucionales susceptibles de ser aplicados para resolver un caso. La ponderación elabora los criterios en base a los cuales se resolverá el conflicto entre los diferentes bienes constitucionalmente protegidos”*.

Existen diferentes métodos de interpretación, tales como: El método jurídico o hermenéutico, el gramatical, histórico, lógico, sistemático, teleológico, el tópico, entre otros.

Muchos de los métodos de interpretación jurídicos permiten llevar a cabo la interpretación de la constitución, es decir que la interpretación constitucional puede realizarse por los métodos tradicionales de interpretación característicos de las normas, tales como los métodos histórico, lógico, sistemático, teleológico, el tópico; sin embargo la naturaleza abierta del contenido de la constitución requiere del uso de métodos de interpretación especiales de la constitución en el caso dominicano es el mismo texto constitucional que señala en su artículo 74 los Principios de reglamentación e interpretación, al establecer que: La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;

---

15 Jorge Prats, Eduardo. Op. Cit., págs. 256, 266 y 268.

16 Jorge Prats, Eduardo (2005). Derecho constitucional. Vol. I. República Dominicana. Gaceta Judicial. P. 265.

- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

Estos constituyen una clara referencia a los criterios de interpretación que del cuerpo constitucional el constituyente dominicano ha procurado que sea sometida la labor de interpretación y dentro de los cuales es posible, por demás, incorporar los diferentes principios de interpretación que la doctrina constitucional ha sugerido de manera amplia, a partir de estudio del derecho constitucional, entre los que se encuentran: La unidad de la constitución, la concordancia práctica, la constitución como orden de valores, el principio del efecto integrador, el principio de máxima efectividad, de corrección funcional, la fuerza normativa de la constitución entre otros.

# Capítulo 5

## Modelo Constitucional Dominicano

### 5.1 Nacimiento del estado constitucional dominicano

El constitucionalismo dominicano vio la luz de forma casi de manera inmediata con la gesta que materializó el estado dominicano, es decir, que con el manifiesto trinitario del 16 de enero de 1844, la parte este de la isla Santo Domingo se independiza de la República de Haití, el 27 de febrero del nació como estado la República Dominicana, y el 6 de noviembre del mismo año surgió la Constitución y el modelo constitucional dominicano, inspirada esencialmente en los modelos constitucionales del siglo XVIII de Estados Unidos de América (que plantea la supremacía de la Constitución sobre las leyes), las leyes constitucionales francesas de 1791 a 1804 y la Constitución Española de Cádiz de 1812.

El surgimiento del estado dominicano como estado constitucional y consigo el modelo constitucional dominicano en lo inmediato no abrió las puertas al fortalecimiento de del modelo asumido, ni conllevó que los poderes constituidos se sometieron a los designios previstos en la nueva norma de la nación, como tampoco el pueblo se identificara con los valores y principios constitucionales, sino por el contrario la constitución resultada vista, en el mejor de los casos, en sentido formalista y organizadora del estado y sus instituciones, pero no más, pues por el contrario devino, en muchos casos, en un instrumento del poder y en otros causal de trauma social y político por lo que el primer punto a atacar en las convulsas situaciones de inestabilidad era precisamente la constitución.

Producto de lo anterior la Constitución de la República Dominicana ha sido modificada en treinta y nueve ocasiones, evidenciado que, aunque formalmente se figura consignada la rigidez constitucional, objetivamente hablando nuestra carta magna se caracteriza por la semi rigidez en la práctica del sistema constitucional dominicano.

Es importante destacar que, en nuestra historia constitucional, a pesar de las múltiples reformas acaecidas, la Constitución nuestra nació con caracteres normativos formales, en virtud de que el control de la constitucionalidad por parte de los jueces existe desde la fundación de la República; pero este carácter normativo nunca ha sido real, toda vez que aun y cuando se reconoce la supremacía de la constitución; en desarrollo de la vida, en lo social y en sobre todo en lo político, a lo largo de la mayor parte de nuestra historia republicana las instituciones ni los ciudadanos hacen uso de la constitución como instrumento de control, ni el estado dispone de las bases para que se alcance esa meta y que supone necesariamente la concurrencia de los siguientes elementos: Primero, carácter normativo fuerte vinculante. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes; Tercero, Eficacia o aplicación directa; Cuarto, Garantía judicial; Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatario a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y que nacen de la misma constitución, en sus relaciones sociales horizontales de Derecho Privado; y Sexto, la rigidez constitucional, como elementos característicos del constitucionalismo fuerte (Prieto Sanchís, p. 116)

Es decir que, aunque la constitución dominicana desde su origen se proclamó como norma suprema “. No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer (Art. 35 de la constitución de 1844)” lo que se reiteró en otras constituciones: Prohibición al legislador de hacer ninguna ley contra la letra ni al espíritu de la Constitución (Constituciones 1854 Art. 24), de 1865 (Art. 65), de 1868 (Art. 24), de 1874 (Art. 50), de 1880, de 1881 y de 1896 (Art. 33); Declaración de nulidad de pleno derecho de todo decreto, reglamento o acto contrario a la Constitución (Constitución de 1908 (Art. 43), de 1924, de 1927 y 1929 (Art. 40); y, Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto,

resolución, reglamento o actos contrarios a esta Constitución (Art. 46 de 1994 y 2002) no se concretó el carácter normativo fuerte y realmente vinculante, como tampoco la supremacía o superioridad jerárquica; no alcanzando Eficacia o aplicación directa, ni garantía judicial no obstante el mandato del artículo 125 que también desde la misma de 1844 preveía: “Ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes”; sino que ha sido tradicionalmente ignorada por los jueces, juristas y ciudadanos; no se prevé la presencia de un amplio catálogo de derechos de carácter constitucional y fundamental, sino que se limita a especificar aunque importantes limitados derechos tales como: El derecho a la nacionalidad (art. 7), el derecho a la igualdad (art. 14), derecho a la libertad (art. 16), derecho de propiedad (art. 21), inviolabilidad del domicilio (art. 22), libertad de expresión (art. 23), derechos de asociación y reunión (arts. 30 y 31) y el derecho de denuncia y petición (arts. 33, 36 y 36), ni la rigidez constitucional que aun y cuando se ha instituido mecanismos mucho más gravosos que los previstos para las leyes ordinarias, como ya se ha precisado las modificaciones a la constitución se han repetido alegremente, siendo un referente de casi cada gobernante en su respectiva oportunidad; todo lo que caracteriza el estado constitucional dominicano.

## **5.2 Neoconstitucionalismo dominicano**

La teoría del neoconstitucionalismo, implica asumir un modelo de constitucional en el que el estado esté sometido al control del derecho, y que cuente con un conjunto de mecanismos normativos, institucionales, vías de garantía que permitan a ese sistema jurídico establecer de manera precisa los límites a los poderes del Estado y la efectividad de los derechos fundamentales de las personas. En este modelo no solo se cuenta semánticamente con la constitución, los derechos y sus garantías, sino que el estado y sus instituciones se reconocen sometidas a la norma constitucional y los ciudadanos y otros entes son conscientes de ello y actúan en consecuencia sin ninguna limitación ni temor y teniendo clara e importante incidencia el texto constitucional en el todo derecho y la conciencia popular.

Este modelo, originario de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del año 1803, la Corte Suprema bajo el liderazgo del Juez Marshall, emitió la sentencia relativa al caso Marbury vs. Madison, dando origen al control de la constitucionalidad de las leyes, y llegando considerarse el concepto normativo de la Constitución Francesa aunque con características diferentes respecto de la supremacía legal de la Constitución y que luego entró crisis a propósitos de la Primera Guerra Mundial, el período entreguerras y la Segunda Guerra Mundial; al culminar esta última gran guerra trajo como efectos un interés colectivo sobre la necesidad de control en los estados del cual debía encargarse la constitución, y la cual debían supervigilar las naciones o el nuevo orden internacional encarnado en la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y la Organización de Estados Americanos (OEA) iniciándose lo que se conoce como una especie de nuevo emerger del constitucionalismo o neoconstitucionalismo, pero que se verificó principalmente en los países europeos y en los grandes países de América como Estados Unidos y México.

En nuestro país el neoconstitucionalismo como modelo de estado, se asumió tardíamente con relación a Europa, Estados Unidos y México, teniendo su génesis con la trascendental modificación constitucional del 26 de enero 2010 en la cual se redimensiona la soberanía del pueblo como medio de expresión de la democracia, proclamándose el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7) al amparo desde el preámbulo de la misma en los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz;

A partir de este nuevo cuerpo constitucional se asume la constitución como norma realmente con carácter superior: Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución. (Artículo 6.- Supremacía de la Constitución) se estableciéndose en el artículo 5 el fundamento de la Constitución: La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación,



patria común de todos los dominicanos y dominicanas; y encomendando como función esencial del estado la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas (art. 8) todo resguardado por una cláusula de intangibilidad que recoge el artículo 6 relativo a la Supremacía de la Constitución y que establece que: Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

Se produce asimismo una redimensión de la protección de los derechos fundamentales consignándose un amplio y detallado catálogo de derechos a los que se destina todo el capítulo I del título II de los artículos 37 al 68, estableciéndose derechos civiles y políticos en la sección I; derechos económicos y sociales en la sección II; y derechos culturales y deportivos en la sección III enumerándose de manera explícita, y delimitando parte de su contenido esencial transversalizados por la dignidad humana como base y columna de los mismos.

A estos derechos indispensables para alcanzar los fines del estado social y democrático de derecho que es posible desarrollar bajo el modelo neoconstitucionalismo, se les fortalece con las previsiones del artículo 68 que reza: La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley; lo cual deviene en una clara herramienta de limitación de los poderes públicos.

Se provén a los referidos derechos fundamentales de eficacia o aplicación directa, tanto de manera vertical o frente a los poderes públicos por ser los principales deudores,

además de sujetos pasivos y obligados de los derechos fundamentales, como de eficacia horizontal o ante los particulares, en el más amplio sentido por la Tutela judicial efectiva y debido proceso; la primera como *el derecho a la justicia (..), es el derecho a una recta e imparcial administración de la justicia por parte de quienes ejercen la función jurisdiccional*<sup>17</sup>.

Propiamente como la concretización de la obligación esencial del estado de garantizar los derechos de las personas, y que se puede traducir como la razón misma por la cual se han instaurado los tribunales, mediante el establecimiento del Poder Judicial en la Constitución (arts. 149 y siguientes de la constitución); lo cual se protege a priori con las garantías mínimas previstas en los 10 ordinales del artículo 69 que establecen lo siguiente:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;
- 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;
- 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

---

17 Rodríguez Fernández Ricardo, Derechos Fundamentales y Garantías individuales en el Proceso Penal, Pág. 303 y 304.

Y el segundo o debido proceso como una garantía constitucional para asegurar el respeto de los derechos de las personas y los espacios sobre los que estos se proyectan sea en ámbito judicial, administrativo, arbitral, militar, privados, políticos o de cualquier otro tipo.

Para la eficacia de los derechos fundamentales se prevén, asimismo, las garantías constitucionales directas consistentes en: El Hábeas data<sup>18</sup>, la Acción de hábeas corpus<sup>19</sup> y la Acción de Amparo<sup>20</sup>

Estas transformaciones producidas por la constitución del 2010 al asumir el neoconstitucionalismo producen efectos, además en el ámbito normativo, jurisdiccional, en la forma la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, así como en el espacio político.

Uno de los principales protagonistas del neoconstitucionalismo y que constituye la piedra fundamental para que se materialicen sus fines lo es el tribunal constitucional, instituido en el Título VII de la constitución relativo a control constitucional que en su artículo prescribe: Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. Y que el legislador en cumplimiento del mandato constitucional reguló mediante la ley No. 137-11, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales.

---

18 Artículo 70.- Hábeas data. Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

19 Artículo 71.- Acción de hábeas corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

20 Artículo 72.- Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

En síntesis, es definitivo que la República Dominicana recorre el camino del neoconstitucionalismo, contando con una constitución normativa claramente superior y diferenciada a las (otras) leyes y normas; constituyéndose en un límite al poder político, sometiendo al estado a los principios, Valores constitucionales y los Derechos fundamentales y estableciendo fuertes Controles de Constitucionalidad y de garantía de los derechos fundamentales.

### **5.3 Justicia constitucional dominicana**

La justicia constitucional dominicana como consecuencia de la influencia de los sistemas constitucionales en los que se inspiró nuestra primera constitución, proveniente de ambos lados del océano atlántico, y de las diferentes corrientes constitucionales que han impulsado uno u otro modelo a lo largo de nuestra historia republicana y que han sido tomados como referencia en las múltiples modificaciones de la constitución para establecer las formas de control de constitucionalidad que se ha encomendado al órgano o a los órganos de administrar la justicia constitucional.

Nuestro país como estado constitucional, con carácter normativo, requiere de medios de control de la constitución a fin de garantizar la supremacía de la constitución ante todo acto y lograr la efectividad de los derechos fundamentales de las personas.

Los modelos tradicionales de justicia constitucional cuentan con medios típicos de control de constitucionalidad a saber el modelo concentrado y el modelo difuso.

En el sistema concentrado de control de constitucionalidad le es asignado esta facultad un tribunal especial y único denominado tribunal constitucional que reviste características similares a los poderes clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial) pero ubicado fuera de estos, por lo que se le ha llegado a llamar órgano extra poder; en algunos casos esta función es desarrollada por el Tribunal Supremo de la Jurisdicción ordinaria supuestos en los que se atribuye a una sala o cámara constitucional de dicho tribunal. Este mecanismo de control se lleva a cabo con carácter general y cuyas sentencias se les reconocen carácter vinculante.

En el sistema difuso, la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes es atribuida al poder judicial encarnado en todos los jueces la cual es ejercida en el marco de un proceso judicial y solo ante la eventualidad de la aplicación de una norma al caso de que se trate y una de las partes e incluso el juzgador plantea la inaplicación por inconstitucional, teniendo solo efecto dentro del proceso en que es declarada la inconstitucionalidad y entre las partes que conforman la litis.

En nuestro subsiste un sistema de control de constitucionalidad mixto también denominado latinoamericano, dado que se han asumido las bondades tanto del modelo de control concentrado de constitucionalidad como el modelo difuso de control de constitucionalidad, a lo cual se han adicionado los recursos de habeas corpus y el amparo, logrando de confluyan las garantías de la constitución y de los derechos fundamentales de forma armónica.

### **5.3.1 Métodos dominicanos de control constitucional**

Existen actualmente en la República Dominicana, un sistema peculiar de control constitucional consistente en la fusión de los modelos norteamericano y europeo, es decir, que en nuestro país susciten o convergen el método de control concentrado y el método de control difuso.

#### **Control Concentrado**

El control concentrado de la constitucionalidad en República Dominicana hasta antes de la modificación del 2010 correspondía su ejercido por la Suprema Corte de Justicia como guardiana de la constitución; pero a partir del 26 de enero del año 2010 en nuevo cuerpo constitución rompió con la tradicional de muchos países latinoamericanos, y en su artículo 184 instituyó el Tribunal Constitucional<sup>21</sup>, y delimitoinicialmente la misión del mismo al establecer que: Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de

---

21 Artículo 11LOTCP.- Naturaleza y Autonomía. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado.

los derechos fundamentales. (...); lo que constituye la base fundamental para lograr la supremacía constitucional proclamada en el artículo 6<sup>22</sup> y la función esencial del estado pregonada por el artículo 8<sup>23</sup> de la ley suprema consistente en la protección efectiva de los derechos fundamentales, como ha ocurrido en la mayoría de los países que han alcanzado de manera real la concepción de estado social y democrático de derecho que sostiene el neoconstitucionalismo.

De igual modo se determinada la naturaleza de las sentencias de este órgano y se jerarquizan las mismas de conformidad con la parte media de referido artículo 184 que dice: Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado; produciéndose el claro reconocimiento de supremo intérprete del contenido de la constitución en el que habrán de concluir todas las discusiones el contenido de los valores, principios, derechos y reglas constitucionales, así como la custodia de los criterios que mediante las sentencias sean establecidos, lo que ningún otro tribunal en nuestro ordenamiento jurídico puede alcanzar, o eventualmente el cambio de dichos criterios o precedentes por parte del mismo tribunal.

El tribunal constitucional encargado de control concentrado de constitucionalidad está integrado por trece jueces<sup>24</sup> los que son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura<sup>25</sup> y su organización es dispuesta por la ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales.

Entre las funciones de control se le atribuyen competencias dentro del control concentrado las siguiente<sup>26</sup>:

- 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;

---

26 Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia (...)

- 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;
- 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;
- 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

Las tres primeras, a saber: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad; 2) El control preventivo de los tratados internacionales; y 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, constituyen modalidades de control concentrado tendente a mantener la supra legalidad de la constitución y exclusividad del tribunal constitucional para referirse de manera directa respecto de los conflictos que conlleven alguno enfrentamiento con la norma constitucional, mientras que a través de la reserva de ley prevista en el numeral 4 del artículo 185 la ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales, le atribuyó competencia a este órgano de justicia constitucional para conocer de los recursos de Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales<sup>27</sup> y de los recursos de revisión constitucional contra las sentencias de amparo<sup>28</sup>.

El procedimiento de la acción directa de inconstitucionalidad que prevé el artículo 185.1 de la ley de leyes es desarrollada por los artículos del 36 al 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales (LOTCP).

El procedimiento para conocer los conflictos de competencia entre los poderes públicos (185.3 y 59 y s. LOTCP);

El procedimiento relativo al control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo, previsto en artículo 185.2 de la carta sustantiva es regulado por los artículos del 55 al 58 de la LOTCP.

El tribunal constitucional como máximo intérprete y aplicador de la constitución conoce,

---

27 Artículo 53 Ley 137-11.- Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales

28 Artículo 94 Ley 137-11- Recursos. Todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión por ante el Tribunal Constitucional en la forma y bajo las condiciones establecidas en esta ley.

como consecuencia de esta condición, de las acciones de control concentrado arriba descritas en única y última instancia, resultando apoderado de las mismas de manera directa sin que se pueda procurar previamente la pretensión de inconstitucionalidad por ante ningún otro órgano, y además sin que exista la posibilidad de que algún otro órgano pueda revisar la sentencia que a tales fines sea dictada en plena aplicación de las previsiones del artículo 184, al revestir la decisión del carácter definitiva e irrevocable y como precedente vinculante para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

### **Control Difuso**

El control difuso<sup>29</sup> o revisión judicial de constitucionalidad es atribuido a los Jueces ordinarios que forman parte de la organización judicial, e implica la posibilidad de apreciación de la constitucionalidad de las leyes con motivo de su aplicación a casos o litigios concretos, es decir en el contexto de una controversia judicial y solo en este espacio puede admitirse el análisis de constitucionalidad y la sentencia que en tal sentido sea dictada no podrá más que disponer la inaplicación de la norma atacada en el proceso de que se trate, sin que se extienda más allá.

Los tribunales pueden ejercer el control difuso por vía de excepción tal como se desprende de las previsiones del artículo 188 de la constitución bajo el epígrafe de “Control difuso” y que prevé: Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento. Vale aclarar que esta cerrada la posibilidad de apoderar a un tribunal del poder judicial de una acción que tenga como objeto principal la declaratoria de inconstitucionalidad, sea de manera contenciosa o sea graciosa, de alguna norma sino que esto solo únicamente puede producirse en el curso de una litis de la cual es tribunal se encuentre apoderado, resulte competente y además que la norma cuya aplicación por inconstitucional se procure, tenga, necesariamente, la vocación de ser aplicada a dicho caso y solo en este supuesto,

---

29 Artículo 51 LOTCPC.- Control Difuso. Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso.



pues, por razonamiento en contrario, si la norma no resulta aplicable al caso del cual conoce el tribunal, la excepción de inconstitucionalidad deviene en irrecibible.

Esta atribución conferida por el artículo 188 de la constitución a los tribunales ordinarios de la facultad de conocer del control difuso de constitucionalidad es, junto a la supremacía de la constitución establecida en el artículo 6 del texto constitución, de donde proviene el carácter de jueces constitucionales que revisten todos los jueces dominicanos y que se traduce en una extraordinaria herramienta para alcanzar la efectividad de la constitución como norma al colocar en las manos de todo juzgador el poder de control constitucional y por extensión inviste a todas las personas del interés y la legitimidad para requerir el análisis de constitucionalidad en el curso de un proceso judicial.

Contrario a lo que conlleva la decisión que pueda tomar el tribunal constitucional al ejercer el control concentrado de constitucionalidad que expulsa del ordenamiento jurídico la ley, resolución, o acto contrario a la constitución de manera definitiva y con efecto frente a todo el mundo, de donde proviene la consideración de tribunal constitucional como legislador negativo; los tribunales de la república al conocer del control difuso y disponer la inconstitucionalidad por vía incidental o en el transcurso de un litigio judicial el efecto de invalidación o inaplicación del acto tiene efecto inter partes, es decir entre los litigantes, lo que equivaldría en derecho contractual al aforismo “Res inter alios acta vel iudicata, alterine prodest, nec nocet” (“Lo hecho o juzgado entre partes, ni beneficia ni perjudica a terceros”) y que comúnmente se conoce como la máxima “res inter alios acta”.

La excepción de inconstitucional constituye asimismo una especie de medio de defensa que puede presentarse en cualquier estado de la causa, y aún puede ser declarada de oficio<sup>30</sup> por el juez apoderado dado el mandato del artículo 6 de Carta Sustantiva de que “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la

---

30 Artículo 52 TCPC.- Revisión de Oficio. El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento

Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

La justicia constitucional dominicana cuenta con otros controles constitucionalidad, además del control concentrado que reside exclusivamente en el tribunal constitucional y el control difuso que pueden ejercer los jueces solo en el curso de una litis judicial, que el mismo cuerpo constitucional prevé, y que se tratan de tipos de garantías constitucionales y de derechos fundamentales, estos son:

El Hábeas data, constitucionalizado en el 70 de la constitución que establece: Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. y regulado además por el artículo 64 LOTCPC<sup>31</sup>.

La acción de hábeas corpus previsto en el artículo 71 de la constitución que reza: Artículo 71.- Acción de hábeas corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad. y regulado por los artículos 63<sup>32</sup> LOTCPC y 381 y siguientes del Código Procesal Penal.

---

31 Artículo 64.- Hábeas Data. Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. La acción de hábeas data se rige por el régimen procesal común del amparo.

32 Artículo 63.- Hábeas Corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad. La acción de hábeas corpus se rige por las disposiciones del Código Procesal Penal y no puede ser limitada o restringida cuando no exista otra vía

La acción de amparo recogido en el artículo 72 de la constitución que reconoce que: Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades; y su procedimiento es establecido la ley Orgánica del Tribunal constitucional y los procedimientos constitucionales establece las condiciones de admisibilidad, jurisdicción competente, el procedimiento, la forma y contenido de la sentencia, los recursos contra la misma, así como los procedimientos particulares de amparo en sus artículos del 65 al 114.

Por otra parte, nuestra justicia constitucional cuenta con dos figuras producto no de la constitución sino de la labor del legislador adjetivo que fueron incluidos en la ley Orgánica del Tribunal constitucional y los procedimientos constitucionales en uso de la habilitación constitucional contenida en los artículos 185.4<sup>33</sup> y 277<sup>34</sup> de la constitución ; se trata del recurso de revisión constitucional de las sentencias jurisdiccionales de conformidad con los artículos 53 y 54 de dicha ley; y el recurso de revisión de las sentencias de amparo previsto en los artículos del 94 al 103 de la LOTCPC.

En resumen la justicia constitucional dominicana, instituye una amplia gama de medios de control de la constitucionalidad del que se puede afirmar que se trata de un sistema

---

procesal igualmente expedita para la tutela de los derechos garantizados por esta vía procesal.

33 Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1)...;2) ...;3) ...; 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

34 Artículo 277.- Decisiones con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia.

ideal de control de la constitucionalidad; pues tanto puede accionarse directamente contra el acto que se pretende inconstitucional a fin de eliminarlo absolutamente, o puede dentro de un proceso obtenerse la inaplicación de una norma por inconstitucional limitándose sus efectos a las partes en dicho proceso; pero a la vez cuenta con otros medios que ofrecen garantías específicas en diferentes ámbitos de la constitución y de los derechos fundamentales que permiten hacer real la supremacía de la constitución y la efectividad de los derechos que como es posible comprobar desde la entrada en vigencia de las mismas cada vez cobra mayor legitimidad no solo desde el punto de vista de la democracia sustancial, así como en la razón pública, planteada John Rawls, sino y sobre todo legitimidad de ejercicio, lo que ha proyectado al espacio jurídico y social.

# Capítulo 6

## Sometimiento del Juez de Paz a Principios Constitucionales y a los Criterios de Interpretación de los Derechos Fundamentales

### 6.1 Misión constitucional del juez de paz

La reflexión sobre la misión constitucional del juez de paz, precisa de manera previa, analizarla legitimidad democrática de la función que este lleva a cabo, esto como forma de justificación de la misión encomendada a los jueces.

El estudio de la legitimidad democrática del Poder Judicial conlleva hacer referencia al derecho y particularmente el derecho constitucional y las transformaciones de que han sido objeto, tanto uno como el otro y que en temas anteriores se establecido, hasta alcanzar lo que en la actualidad conceptualizamos como Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Ferrajoli citado por Gustavo Cajica Lozada<sup>35</sup>, ha señalado que *“en el moderno Estado constitucional de derecho existe una nueva y más poderosa legitimidad del poder judicial, diferente a la que existía en el modelo de la Ilustración”*. Destaca este autor que Ferrajoli se basa en el análisis de las siguientes causas: a) Cambio de la concepción de la democracia y b) Cambio de paradigma del Estado de derecho.

---

35 CAJICA LOZADA, Gustavo. Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática. Comentarios a un texto de Ferrajoli. Disponible en Internet: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). (Consulta: 24 de octubre 2008).

Con respecto a la primera causa señalada, entiende que la democracia, desde un punto de vista formal, se concibe como el conjunto de reglas que permiten al mayor número de personas en un país participar en las tomas de decisiones colectivas, vinculantes, encontrándose dentro de estas reglas la del sufragio universal, la de la igualdad, la libertad, la del pluralismo, la del consenso o de la mayoría y la del disenso o la minoría. Y desde un punto de vista material o de contenidos de la democracia, refiriéndose a los valores que se encuentran implícitos en estas reglas y que pueden derivarse de ella, tales como: el valor de la igualdad y la igualdad ante la ley, el valor de la libertad, el valor del pluralismo y los límites al poder de decisión de la mayoría. A esto último Bobbio ha expresado *“son los derechos fundamentales del hombre o derechos humanos, producto del ius naturalismo político y del liberalismo de los siglos XVII y XVIII”*<sup>36</sup>.

Con relación al cambio de paradigma del derecho, señala, que para los juristas de la Ilustración el gobierno democrático se identificaba con el denominado “Estado de Derecho” en el cual los poderes públicos estaban sometidos a la ley, elaborada por la mayoría, como expresión de la voluntad general, donde surge el principio de legalidad y la ley condicional a los gobernantes y estos se encuentran sometidos a ella y bajo su imperio; mientras que citando Ferrajoli señala que las actuales sistemas jurídicos han sufrido una transformación hacia un Estado Constitucional de Derecho o modelo garantista, creación del derecho positivo de garantías, que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos, lo que implica un cambio en concepto de la legalidad; la ley ya no es ahora únicamente la que condiciona a los que se encuentran sometidos a ella sino que ella misma se encuentra condicionada no solo por vínculos formales sino por lo que es más importante por vínculos sustanciales establecidos en la Constitución.

Concreta Ferrajoli, citado por Cajica Lozada<sup>37</sup> que “la legitimidad democrática no es sólo de tipo formal, basada en la democracia política al estar vinculado por leyes que están en vigor (formalmente válida) sino que es principalmente de tipo sustancial o material.

---

36 Ibid. Pp. 128 a 130.

37 Ibid. P. 141.

En este sentido, ha expresado López Guerra que “no faltan ejemplos que en la práctica podrían equivaler a una autolegitimación del juez, es decir a afirmar que existe un valor propio y auto justificativo en las decisiones de los jueces, que no necesitaría respaldo de esa voluntad”. Y agrega que “la invocación a la Constitución frente a la voluntad popular. En principio, se atribuiría al juez una legitimación constitucional, basada en el valor más alto de la constitución como norma. Frente a la Constitución como norma. Frente a la democracia mayoritaria expresada por los mecanismos electorales, habría una democracia sustancial que se expresaría en los mandatos constitucionales. Y la misión del juez sería conectar con esa democracia sustancial o con los grandes principios constitucionales al margen de –o quizás incluso, frente a- la voluntad del legislador del momento, mera expresión de la democracia mayoritaria<sup>38</sup>”.

Es así como, la encomienda constitucional al Poder Judicial y a los jueces administrar justicia y garantizar los derechos fundamentales, lo cual constituye la finalidad del Estado de acuerdo con artículo 8 de la Constitución dominicana constituye una legitimidad democrática de carácter sustancial por provenir de manera directa de la fuente más legítima creadora del Estado y del derecho que es la Constitución y el Constituyente.

---

38 López Guerra. Luís. Legitimidad Democrática del Juez. Op.cit. P. 62 y 63.

Aclaro lo relativo a la legitimidad democrática, procede analizar la misión constitucional del juez de paz. El juez de paz como integrante de la organización judicial dominicana, al igual de que los demás jueces reciben una misión constitucional clara proveniente de los mandatos de los artículos Art. 6<sup>39</sup>, 8<sup>40</sup>, 68<sup>41</sup>, 69<sup>42</sup> y 149 párrafo I<sup>43</sup> de la constitución; estos textos proclaman la el carácter supremo de las normas contenidas en la constitución, instituye al poder judicial (junto a los demás poderes clásicos) para cumplir la misión esencial del estado de la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social; resultando los jueces sujetos obligados por los derechos y garantías

- 
- 39 Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución
- 40 Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.
- 41 Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.
- 42 Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:
- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;
  - 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;
  - 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;
  - 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;
  - 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;
  - 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;
  - 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;
  - 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;
  - 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;
  - 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- 43 Artículo 149 Párrafo I.- La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley.



fundamentales y por demás de la tutela judicial efectiva, tutela la cual deben ser ofrecer acorde a las previsiones del debido proceso.

Los jueces al desempeñar su función concretizan de la forma más abarcadora y a la vez específica la obligación del estado de garantía y efectividad de los derechos, al recibir de la constitución el mandato de administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 149 párrafo I).

Este mandato de administrar justicia, de donde proviene la misión de los jueces cobra realce en la esfera competencial del juzgado de paz por varias razones: en primer lugar, la que proviene de ocupar la base de la pirámide jerárquica ascendente de la organización judicial, lo que implica que se constituye, aunque en condición de tribunal de menor jerarquía, en el tribunal de primer y mayor acceso y cercanía a la administración de justicia, debido a la expansión por cada municipio y distrito municipal por todo el territorio nacional; segundo, por la diversidad de funciones que le son atribuidas a este tribunal tanto en el ámbito civil, penal, de tránsito, penal laboral, notarial, administrativo judicial o gracioso y municipal; tercero, por la multiplicidad de procedimientos particularismos; y cuarto, por el constante rozamiento con la limitación de derechos fundamentales en las más sensibles situaciones y ante personas en condiciones de vulnerabilidad.

## **6.2 Papel activo del juez de paz en el control de constitucionalidad**

El juez de paz, como todo otro juzgador, para llevar a cabo la función de administración de justicia está sometido a una serie de principios que la constitución y el derecho prevén, unos de carácter procesal y otros de naturaleza organizativa, entre los que figuran los siguientes:

**Son de carácter procesal:** El Debido Proceso, el principio de igualdad derecho de defensa, el principio de legalidad y el de Irretroactividad; mientras que son de naturaleza organizativa: El origen popular de la justicia, la sumisión del Juez al derecho y sus fuentes, la independencia del Juez, la unidad y exclusividad jurisdiccional, así como el

principio de igualdad; todos estos constituyen parámetros de la actuación de los jueces y pueden resultar modulados por el área del derecho de que se trate, sea derecho público o derecho privado; por la materia de que conozca sea civil, penal, de tránsito, penal laboral, notarial, administrativo judicial o municipal; y por el procedimiento establecido en cada caso, sea contencioso o no contencioso.

En sentido general, el amparo judicial o amparo ordinario por el cual los jueces hacen efectivo la garantía de la tutela judicial efectiva, entendida esta como la concretización de la obligación esencial del estado de garantizar los derechos de las personas, la razón misma por la cual se ha instaurado los tribunales, mediante el establecimiento del Poder Judicial en la Constitución para resolver los conflictos de cualquier naturaleza.

De conformidad con el mandato general de administración de justicia los jueces y de actuar acorde a la tutela efectiva, aplicando los principios de la jurisdicción de carácter procesal y de naturaleza organizativa, que dado su contextura principal, por lo que no se aplican todo o nada como cuando se trate de una regla, sino que estos en tanto principios se aplicaran en la medida de lo posible por ser mandatos de optimización de que implica la posibilidad de usos a diferentes niveles y de acuerdo a las requerimientos de las partes envueltas de lo cual se infiere un papel pasivo por parte de los jueces.

Junto a esta misión de los jueces y su regulación por principios existe otra misión, pero de carácter distinto y mucho más fuerte y rígido, se trata del mandato de control de constitucionalidad y del sometimiento a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos y que se traduce en el papel activo de los jueces.

### **6.3 Función contenciosa (tutela judicial efectiva y control difuso)**

Independientemente de las reglas para el ejercicio de la acción y la impulsión del proceso, así como las relativas a la carga de la prueba en las que corresponderá a las partes, sea en virtud de la “presunción de inocencia” en materia penal o la máxima “actor incumbit probatio” en material civil, en la función contenciosa la tutela judicial efectiva.

El juez de paz a cumplir con su función de administración de justicia puede resultar apoderado en funciones contenciosas, es decir con el fin de resolver un conflicto en entre partes, debiendo tenerse presente la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en condiciones de igualdad y en ejercicio del principio de contradicción, pero limitado en principio a los intereses de las partes ante lo cual el juez actúa en consecuencia, es decir a petición de parte o respondiendo a quien ruego justicia, salvo que se verifique una violación procesal no subsanable o una violación a algún aspecto de carácter sustantivo eventualidades en las que el juez puede actuar activamente.

Esta tutela judicial efectiva, cobra ribetes muy distintos cuando, como se ha dicho previamente, y el mandato mucho más fuerte y rígido establece la misión de control de constitucionalidad que recoge el artículo 6 de la constitución relativo a la Supremacía de la Constitución que señala: “Todas las personas y los ejercen órganos que potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”; y del sometimiento a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos contenido en el artículo 68 que dice: “La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley”. Lo que constituye una remisión directa al control de constitucionalidad por parte de los jueces y que se traduce en el papel activo de los jueces.

El papel activo de los jueces al amparo de las normas arriba indicadas se fortalece en casos en los que en la solución de un determinado conflicto o litis se pretenda la aplicación de una norma cuyo contenido se aprecie contraria a algún enunciado constitucional; en este escenario es decir ante una excepción de constitucionalidad<sup>44</sup> propuesta como medio de

---

44 Artículo 188 de la constitución- Control difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.

defensa tal como refiere el artículo 51 de la LOTCPC: “Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso”; el mandato es tal y el sometimiento al mismo que el análisis y la ponderación que se realizará a la norma atacada no se limitará solo a lo pretendido por la parte proponente sino el análisis de constitucionalidad se extenderá a cualquier norma de la constitución que esta pudiere contravenir.

Estal papel activo que debe lucir el juez fundado en el control difuso de constitucionalidad que el artículo 52 de la LOCTPC consigna la remisión de oficio al establecer que: “El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento”.

Es claro, pues, que la función contenciosa del juez de paz, en independientemente de las excepcionales las facultades conciliatorias de que es titular este juez, el ejercicio de la tutela judicial efectiva y cumplimiento de las reglas y principios del debido proceso que la integran ante las cuales en unos casos se desempeñara una papel pasivo o activo acuerdo al escenario de que se trate; mientras que el ejercicio de la tutela judicial efectiva adjunto al mandato de control de constitucionalidad mediante el control difuso implica un rol protagónico en el juez, como juez constitucional indudablemente activo.

#### **6.4 Función administrativa (tutela oficiosa de los derechos fundamentales)**

El ordenamiento jurídico procesal de la tutela judicial efectiva que se desarrolla que se desarrolla bajo el amparo del debido proceso en materia contenciosa conlleva el llamamiento, la puesta en causa o con participación de la parte contra la cual se dirige la acción como medio de garantizar los derechos de la contraparte, lo que constituye una de las características esenciales de este procedimiento; en cambio en la función administrativa no se verifica tal contradicción.

Entre las garantías mínimas del debido proceso que establece el artículo 69 de la constitución en sus numerales 2) y 4) el primero establece: “El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley”; y el segundo prescribe: El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa. En la función administrativa del juez de paz no comunica, llama ni participa la demanda a la parte contra la cual se dirige, no se le ofrece la oportunidad de ser oída, no se le concede plazo alguno, el juicio no se desarrolla de manera contradictoria por lo que tampoco puede la contraparte ejercer el derecho de defensa; sin embargo en indudable que en la función administrativa se cumple con la tutela judicial efectiva y con el debido proceso.

Pero, ¿cómo puede existir tutela judicial efectiva en un supuesto como el explicado en el párrafo anterior?

Como ya se ha afirmado la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso que dentro de esta tutela se llevan a cabo son reguladas por normas tipo principios, lo que implica que la no aplicación de los mismos en toda su plenitud o la modulación o suspensión de dichos principios no implica violación a los mismos per se, sino que resulta satisfecha la tutela judicial efectiva así como el debido proceso siempre que se actúa acorde a las previsiones legales correspondientes y que las normas a aplicar resulten justas y útiles para la comunidad y acordes al principio de igualdad como se puede verificar en la situación referida, como se explica a continuación: Para que un juicio sea justo o acorde al debido proceso y en el mismo se ofrezca una tutela judicial efectiva no deben necesariamente aplicarse, en todos los casos, todas las garantías que forman parte del debido proceso, sino que dependerá del tipo de juicio y las formalidades previstas por la ley a tales fines; en materia administrativa judicial o graciosa se verifican las garantías del debido proceso consistentes en: el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita (69.1); el plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley (69.2); El derecho a un juicio público, oral, en plena igualdad y con respeto al derecho de

defensa (69.4); y el juzgamiento conforme a leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio (69.7) como puede apreciarse algunos de los principios se aplican plenamente mientras que otros resultan modulados o suspendidos.

Se trata de los fines para lo cual se instituye cada procedimiento y la naturaleza de la resolución que se dicta en cada procedimiento, en este sentido la naturaleza y los efectos de la decisión en materia contenciosa no es la misma que en materia administrativa judicial. Mientras en materia contenciosa la resolución o sentencia tiene carácter de acto jurisdiccional que se dicta resuelve el caso respondiendo el conflicto o las contestaciones de las partes relativas a los derechos y obligaciones de los particulares con la vocación de adquirir la condición de cosa juzgada; en materia administrativa judicial la resolución no es un acto jurisdiccional, sino de carácter gracioso en la cual no existe contestación, de naturaleza en principio provisional o que no tiende a adquirir la condición de cosa juzgada, para realizar determinados actos necesarios para iniciar un proceso o para dar cumplimiento a ciertas disposiciones legales.

En este sentido el Prof. Froilán Tavárez<sup>45</sup> ha expresado que: la característica esencial de la función administrativa es la de ser un medio para obtener un fin, mediante la aplicación de la regla de derecho, aunque no se persigue la solución de un conflicto jurídico (no hay contestación); contrario a la función jurisdiccional en la cual se soluciona una controversia jurídica entre las partes y esta es el fin de la actividad jurídica del juez.

El juez de paz ofrece en materia administrativa judicial tutela judicial efectiva desempeñando un papel activo debido a que se constituye en un juez control o supervisor de los presupuestos previstos por la ley para la procedencia de las cuestiones que conoce, para lo cual está investido de la facultad oficiosa sobre todo ante la no participación de la parte contra la cual se dirige la demanda o requerimiento.

---

45 Elementos de derecho procesal civil dominicano, Froilan Tavárez Hijo.

De igual manera, en el ámbito constitucional, sea mediante la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes y otras normas infra constitucionales o ante la amenaza o violación de algún derecho fundamental el papel activo y oficioso deviene en más acentuado pues no se reproduce escenario en el cual la parte contra la cual se acciona pueda presentar en el curso del proceso la excepción de inconstitucionalidad o cualquier otro alegato.





Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



**LIBRO**

**3**

**Derechos  
Humanos**

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Capítulo 1

## Aspectos Básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos abarca “las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos” (Oficina del Alto comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, s.f.). Tuvo su mayor auge, a partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la cual recoge un conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de los que gozan todos los seres humanos, por su sola condición de personas, fundamentados sobre los valores de libertad, justicia, dignidad humana, igualdad y paz social.

En el presente capítulo, se abordará lo relativo al concepto de derechos humanos y su relación con la dignidad humana, la responsabilidad internacional del Estado, particularmente, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como las obligaciones de los Estados, de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas, en igualdad de condiciones y sin discriminación, sin importar su sexo, nacionalidad, idioma, color de piel, creencias religiosas, opinión política, cultura, posición social o cualquier otra condición.

## **1.1 El concepto de derechos humanos y su relación con la dignidad humana**

Para saber cómo se protege algo, es preciso conocer aquello que se pretende resguardar (Hitter, 1991). No existe un único concepto ni un único fundamento de los Derechos Humanos (De Asís, 2005), debido a que éste término es “multívoco y su acepción depende de la postura filosófico-política que se tenga en cuenta” (Hitter, 1991) al momento de definir su contenido y explicar su justificación.

Hitter, en su obra Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destaca que “las expresiones derechos del hombre o libertades fundamentales o derechos humanos, son de antiguo cuño y aluden a ciertos ámbitos de autodeterminación individual en los cuales el Estado no debe penetrar” (Hitter, 1991). La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, define los derechos humanos como “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición” (Oficina del Alto comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, s.f.).

Los derechos humanos, también se perciben como “un conjunto de obligaciones legales o jurídicas de los Estados, establecidas para crear condiciones para que toda la población goce de una vida digna, sin discriminación o sufriendo necesidades o limitaciones que les impiden desarrollarse en todo su potencial, con bienestar y felicidad” (Molina, 2008); “son atributos, bienes, poderes, capacidades que pertenecen a todo ser humano por el solo hecho de serlo en razón de su dignidad y cuya existencia y titularidad no está condicionada a la voluntad ni de los gobernantes, ni de ningún Estado, ni de ninguna sociedad en particular; son bienes que todo ser humano posee por encima de la voluntad de los Estados y que el Estado debe respetar y garantizar en todo momento” (SENA, 2003).

Independientemente de la concepción filosófica-jurídica desde donde se aborde el concepto de derechos humanos, éste se fomenta como afirmación esencial de la idea de dignidad de la persona. No es coincidencia que la dignidad humana, aparezca en

los principales instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos: la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), entre otros.

Von Wintrich establece, que la dignidad del hombre refiere a su propia autodeterminación, la cual le viene dada por su naturaleza (Viteri, 2012, p. 120). El concepto de dignidad humana es asumido en el mundo jurídico como un valor y un principio supremo (Miranda, 2009, p. 45), sobre el que se fundamentan los derechos fundamentales y que legitima el ordenamiento jurídico y el orden político de una nación (Viteri, 2012, pp. 121 y ss.).

A nivel interno, todos los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución, se encuentran sustentados sobre los valores de libertad e igualdad, y a su vez, estos valores se fundamentan en el de dignidad, que constituye así, la base de todo el sistema de derechos, siendo probablemente, un valor al que cabe encontrar una fundamentación “prejurídica”, de carácter moral y vinculado al propio y especial valor del ser humano como sujeto de los derechos (Díaz Revorio, 2012, p. 181). De esta forma, puede establecerse que “el fundamento último de los derechos es la idea de la dignidad de las personas, de la que derivan los valores-principios de libertad e igualdad” (Díaz Revorio, 2012, p. 182).

En el caso concreto de la dignidad humana, su valor esencial y su carácter fundamentador de todos los derechos, y del sistema constitucional, es enfatizado por el constituyente dominicano, de una forma tan explícita que llega a resultar reiterativa. La dignidad es, en efecto, mencionada: a) En el preámbulo como principio fundamental; b) en el art. 5, como fundamento de la propia Constitución; c) en el art. 7, como fundamento del Estado; d) en el art. 8, señalando que su protección es función esencial del Estado; e) en el art. 38, como derecho fundamental en el que se reitera su carácter de fundamento del Estado y de deber o responsabilidad esencial de los poderes públicos; f) en el art. 49, como límite a

la libertad de expresión; g) en el art. 62.3, como derecho de los trabajadores; h) en el art. 62.9, que proclama el derecho de los trabajadores a vivir con dignidad; y i) en el art. 64.3, que protege la dignidad de los trabajadores de la cultura (Díaz Revorio, 2012, p. 182).

Como es sabido, en el caso de los derechos fundamentales, para tomarse cualquier medida restrictiva en contra de los mismos, ésta debe ser idónea, necesaria y proporcional al fin perseguido por la misma y lo que se pretenda resguardar o limitar; además, no puede vulnerar el núcleo esencial de éstos derechos (Viteri, 2012, pp. 122 y 128); en ese orden de ideas, el concepto de dignidad humana se convierte en una especie de cláusula de interpretación de derechos o referente que ayuda a determinar ese núcleo esencial intangible de los derechos fundamentales, prohibiéndose, a partir del contenido de dicho concepto, cualquier interpretación contraria a este valor.

## 1.2 Características esenciales de los derechos humanos

Los derechos humanos presentan varias características a tomar en cuenta:

■ **Universalidad:** Los derechos humanos son universales; esto quiere decir que son reconocidos para todas las personas, por su sola condición de humanos, sin importar su raza, edad, nacionalidad, color de piel, creencias religiosas, ideología política, posición social o cultura, etc.

Respecto a la universalidad de los derechos humanos como característica, Peces-Barba plantea que se tiene que abstraer a los derechos humanos de los bienes primarios que cada uno de ellos protege, para llevarla hacia una moralidad genérica que respalde al conjunto de los derechos. De esta forma, la moralidad de los derechos nos conduce a la idea de dignidad humana y a los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad (Serrano & Vásquez, s.f., p. 9).

La universalidad de los derechos humanos también puede entenderse como un principio, en cuyo caso, nos “sirve como criterio de interpretación de los derechos en su conjunto, en casos o situaciones específicas” (Serrano & Vásquez, s.f., p. 6).

El fundamento de esta característica, lo podemos encontrar en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

**Artículo 1:** Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

**Artículo 2:** Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

■ **Indivisibilidad:** La indivisibilidad de los derechos humanos implica que deben ser tomados en cuenta como un conjunto, como un todo; tal y como afirma Altemir, citado por Serrano & Vásquez, “la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos” (Serrano & Vásquez, s.f.). De este modo, todos los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados por igual. Ningún derecho humano prima o se coloca por encima de otro derecho humano, en menoscabo de este.

■ **Interdependencia:** Los derechos humanos son interdependientes entre sí, deben ser respetados y protegidos recíprocamente; esto se traduce en que el goce de uno de estos derechos o de un grupo de ellos, dependerá de la existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos (Serrano & Vásquez, s.f.).

“La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir y, b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos tendrá impacto en



el o los otros y/o viceversa. (...) Tanto en materia de justiciabilidad como de diseño de política pública deberá tomarse en consideración la dependencia entre derechos ya sea que exista de forma unidireccional o bidireccional. Lo que queda prohibido bajo este principio es mirar a los derechos aislados y desvinculados de sus relaciones condicionantes. Al analizar un caso, el juzgador deberá tener en consideración los derechos que se alegan violados pero también aquellos derechos de los que depende su realización, de tal forma que pueda verificar el impacto que aquellos tuvieron en el derecho inmediatamente violado y/o las consecuencias de la violación en aquellos” (Serrano & Vásquez, s.f.).

- **Progresividad:** Los derechos humanos son progresivos, en tanto que su protección, contenido y eficacia pueden ser ampliados y no se permite su retroceso, a menos que se trate de una medida temporal, necesaria y justificada en que la misma ofrecerá mayor protección de los derechos como conjunto.
- **Innegociables o inalienables:** Los derechos humanos no se negocian, no se transfieren ni se renuncia a ellos. Son inherentes a los seres humanos, por tanto, les pertenecen y ninguna autoridad los puede negociar o transferir. De la misma forma, ninguna persona puede renunciar a ellos.
- **Imprescriptibilidad:** Los derechos humanos son inagotables y no caducan; aún no sean usados, no se pierden por el transcurso del tiempo.
- **Inviolabilidad:** No pueden ser vulnerados o transgredidos por ninguna persona. Sólo son admisibles las limitaciones que puedan imponerse por el ordenamiento jurídico, siempre a los fines de salvaguardar el bien común o satisfacer el principio de razonabilidad.

### 1.3 La responsabilidad internacional del Estado

El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (1969), haciendo referencia al principio general del Derecho Internacional Público “Pacta Sunt Servanda”, locución latina que se traduce como “lo pactado obliga”. De igual forma, el art. 27 de dicha Convención, establece, en síntesis, la prohibición a

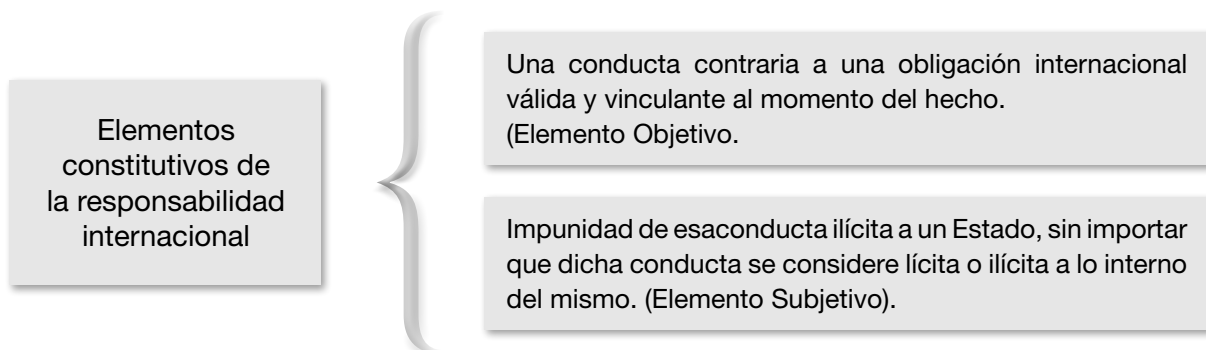
los Estados de alegar cumplimiento de disposiciones internas, como justificación para incumplir con lo pactado en un tratado.

Cabe preguntarse, ¿qué pasa si un Estado viola o incumple con alguna obligación internacional a la que se haya obligado a partir de la firma y ratificación de un tratado o convenio internacional? En ese caso, ese Estado podría comprometer su responsabilidad internacional.

Para Mauricio Iván del Toro Huerta, “es un principio básico del derecho internacional, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos realizado en violación de los derechos internacionalmente consagrados” (Huerta, s.f.). De igual forma, Eduardo Jiménez de Arechaga (Arechaga, 1994, p. 507), citado por Mauricio del Toro (Huerta, s.f.), establece que:

*Siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, ya sea por acción o por omisión, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual es imputable el acto, que debe “responder” mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de una obligación.*

En opinión de Julio José Rojas Báez, la responsabilidad internacional “es un principio que trasciende la esfera del derecho internacional, para enmarcarse dentro de los principios generales del derecho” (Rojas Báez, 2009, p. 3).



La responsabilidad internacional del Estado, puede quedar comprometida, entre otras razones:

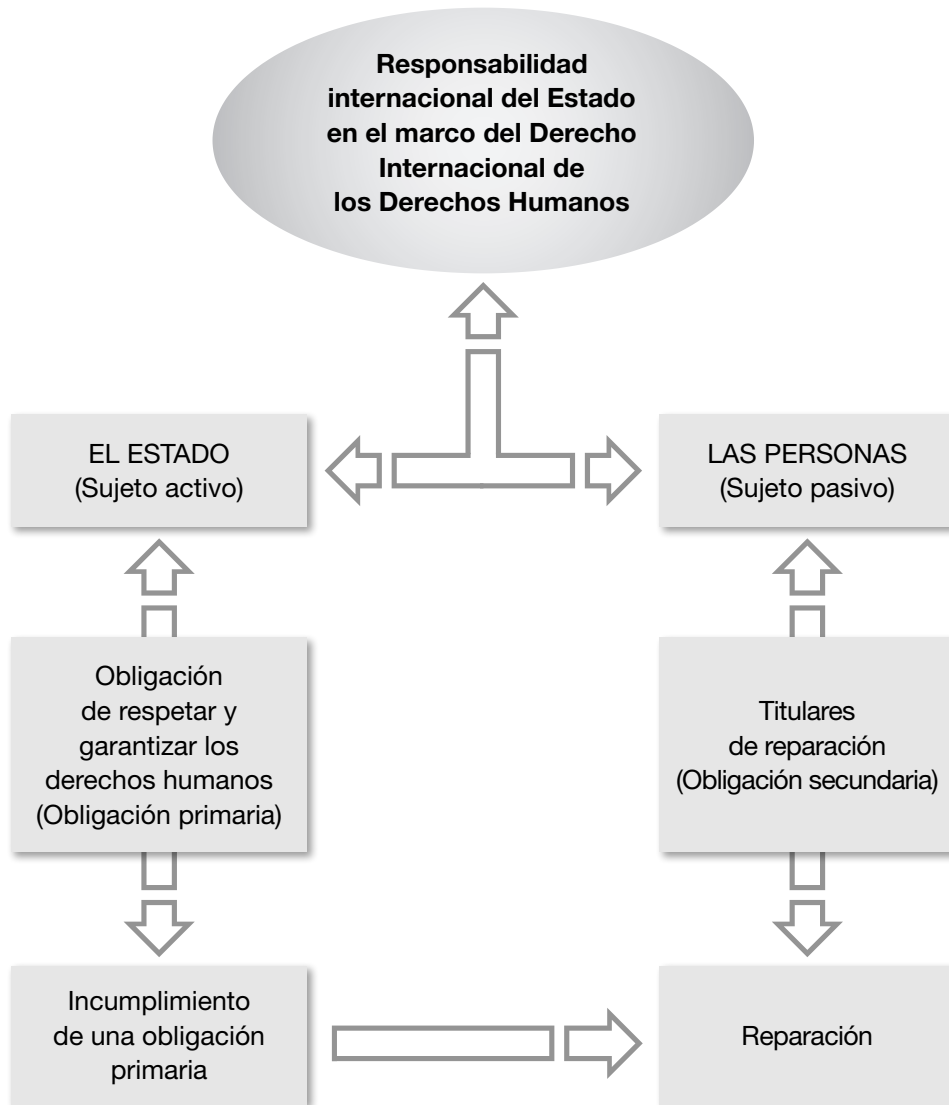
- Por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas, o por la no adopción de aquellas necesarias a la ejecución de éstas últimas;
- Por una acción u omisión del Poder Ejecutivo incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado, en lo particular, por las actuaciones de funcionarios gubernamentales, aun habiendo procedido éstos dentro de los límites de su competencia, bajo la instrucción del propio gobierno o amparados en una supuesta calidad oficial difícil de desconocer;
- Por una decisión judicial no recurrible contraria a las obligaciones internacionales del Estado, o la oposición, por parte de las autoridades judiciales, a que el afectado promueva en justicia, las acciones para su defensa, o bien por los obstáculos y retardos procesales injustificados que impliquen denegación de justicia (Huerta, s.f.).

Por otro lado, se establece como un principio de derecho internacional, enarbolado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la fábrica de Chorzow, que toda violación de una obligación de carácter internacional, conlleva la obligación de reparar:

“40. (...)Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación” (Suárez Rosero contra Ecuador, Reparaciones y Costas, 1999, p. 11).

Todo lo precedentemente descrito, constituyen preceptos desarrollados y adoptados por la doctrina y la jurisprudencia clásica en materia de responsabilidad internacional del Estado, que trasciende el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Huerta, s.f.).

Respecto de la responsabilidad internacional en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las relaciones que se establecen son entre el Estado y las personas, de donde se tiene (Huerta, s.f.).



Sergio García Ramírez (García Ramírez, 1998), citado por Mauricio Iván del Toro Huerta (Huerta, s.f.), establece que las violaciones a los derechos humanos imputables al Estado son las cometidas por:

- Sus órganos internos, tanto ejecutivos, como legislativos y judiciales, sean federales o locales, así como por sus funcionarios, independientemente de su rango y la validez de sus actos en el derecho interno;
- Por actos de personas privadas que de hecho, actúen por encargo o por la complacencia de un gobierno o cuando exista negligencia por parte del Estado para la investigación, sanción o reparación del hecho ilícito.

#### **1.4 Obligaciones generales de los Estados en materia de los derechos humanos**

Como bien fue reseñado, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es sobre los Estados que recae la obligación de carácter primario, de respetar y garantizar los derechos humanos a las personas<sup>1</sup>, que resultan ser los titulares de dichos derechos.

En ese tenor, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerado como “la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”(Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014, p. 46), establece que:

*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).*

Como puede observarse, dicho artículo consagra dos obligaciones generales, que recaen sobre los Estados, en materia de derechos humanos:

---

1 Persona, es todo ser humano. Ver art. 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De modo que este artículo, hace referencia a la característica de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, que abarca a todo ser humano, sin discriminación alguna.

- Respetar: Los derechos y libertades reconocidas en la Convención.
- Garantizar: El libre y pleno ejercicio de los derechos contenidos en la Convención, a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Estas obligaciones “son de exigibilidad inmediata en el plano internacional y el Estado las tiene frente a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 246).

En su Opinión Consultiva OC-4/84, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al contenido del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresó lo siguiente:

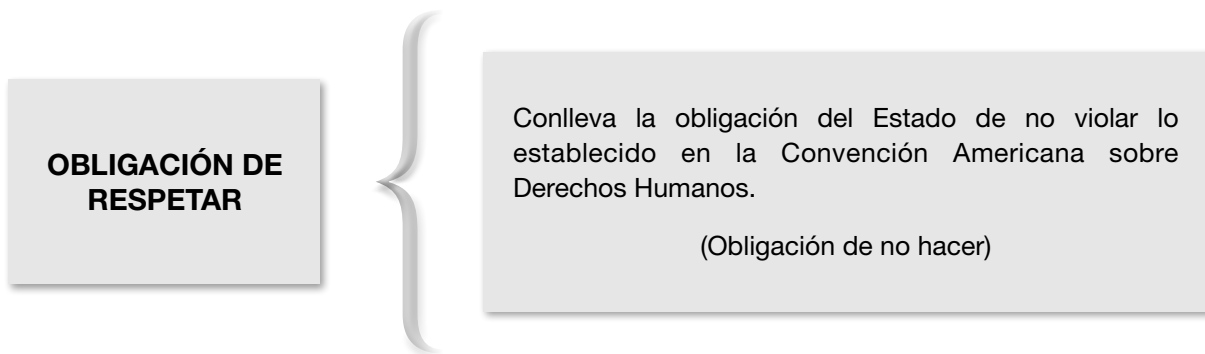
*53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna “. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.*

De igual modo, desde su primera sentencia, Velásquez Rodríguez contra Honduras, la Corte Interamericana dejó establecido la existencia de estas dos obligaciones de carácter general de los Estados, relativas a respetar y garantizar los derechos humanos, estableciendo, que se tratan de obligaciones relacionadas con cada uno de los derechos consagrados y protegidos por la Convención, lo cual implica, que toda violación a cualquiera de estos derechos, conlleve por vía de consecuencia, la violación del art. 1.1 de la misma:

*164. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en*

*la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988).*

## 1. La obligación de respetar los derechos humanos



Gros Espiell define el respeto como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención” (Gros Espiell, 1991, p. 65).

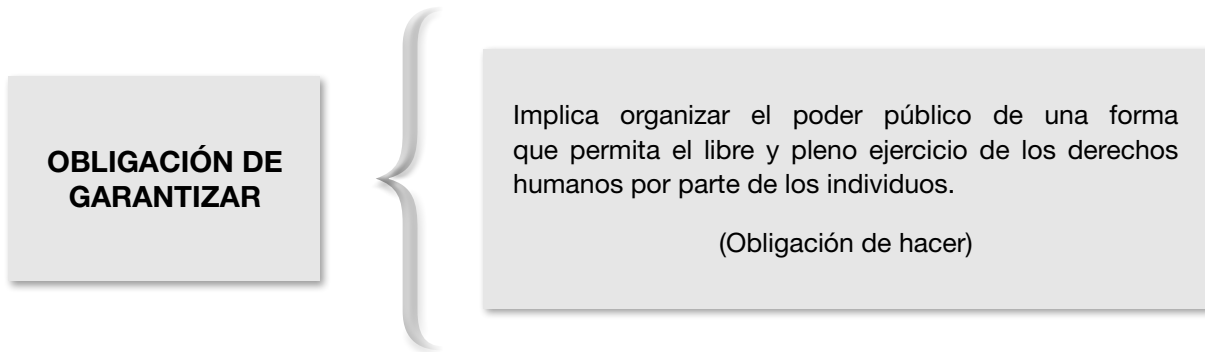
De igual forma, en opinión de Asdrúbal Aguiar (Aguiar, 1997), citado por (Huerta, s.f.), la obligación de respetar que recae sobre los Estados, implica una limitación al poder público, de poder penetrar en la esfera del individuo invadiendo sus atributos inviolables, constituyendo esto, precisamente, una obligación de no hacer.

En la Opinión Consultiva OC- 6/86 (OC-6/86, 1986), la Corte Interamericana estableció lo siguiente:

*21. (...) En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede*

*vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal<sup>2</sup>.*

## 2. La obligación de garantizar los derechos humanos



Respecto de la obligación de garantía, Gros Espiell (Gros Espiell, 1991, pp. 65 y 66), nueva vez citado por Ferrer y Pelayo (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014), establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.

La obligación de garantizar “exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 247).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el alcance de esta obligación en la sentencia de Velásquez Rodríguez contra Honduras de la manera siguiente:

*166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta*



*obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (...).*

*167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988).*

De igual forma, consideró la Corte Interamericana, que la obligación de garantizar los derechos, es más inmediata para los Estados, que la obligación contenida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativa al deber que recae sobre los Estados, de adoptar disposiciones del derecho interno<sup>3</sup> que hagan efectiva la protección de los derechos contenidos en la referida Convención.

Para Cecilia Medina Quiroga, en materia de derechos humanos, en lo que tiene que ver con la obligación de garantía, “el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender de todas las acciones positivas necesarias que posibiliten a las personas el ejercicio y goce de sus derechos y libertades”(Medina Quiroga, 2003, p. 17).

De la obligación general de garantía, derivan otras obligaciones específicas que también recae sobre los estados: los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar:

*167. (...) Como consecuencia de esta obligación<sup>4</sup> los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de*

---

3 Ver también en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Godínez Cruz. Sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 176-177.

4 Refiriéndose a la obligación general de los Estados de “garantizar” los derechos humanos.

*los daños producidos por la violación de los derechos humanos (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988).*

Obligación de garantizar los derechos humanos a cargo de los Estados

- ✓ Deber de prevenir, razonablemente, las violaciones de derechos humanos.
- ✓ Deber de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones de derechos humanos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables.
- ✓ Deber de imponer las sanciones pertinentes a los responsables.
- ✓ Deber de asegurar a las víctimas una adecuada preparación.

### **El deber de los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos**

*175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988).*

### **El deber de los Estados de investigar las violaciones a los derechos humanos**

Este deber es incumplido por un Estado, cuando actúa de un modo en que la violación de derechos humanos queda impune, sin restablecerle a la víctima, la plenitud de sus derechos. Se trata de una obligación de medio o comportamiento, que no se incumple por el mero hecho de que una investigación sobre una violación de un derecho humano, no arroje un resultado satisfactorio, pero debe emprenderse con seriedad y orientada a lograr que la misma sea exitosa:

176. *El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.*

177. *En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultan, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988).*

Respecto a este deber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad destinada al fracaso, sino que se debe llevar a cabo por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de los responsables materiales e intelectuales del hecho de que se trate, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales (Masacre de Pueblo Bello Contra Colombia, 2006, párr. 143).

## **El deber de los Estados de sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos**

No sólo tienen los Estados, el deber de investigar las violaciones de derechos humanos, sino que además, deben sancionar a los responsables de dicha violación:

*105. En primer término, la Corte observa que la obligación de investigar los hechos y sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, independientemente de si las partes en un caso llegan o no a un acuerdo en cuanto a este punto. No es la voluntad de las partes, sino las normas de la Convención Americana las que exigen a los Estados Partes investigar los hechos, procesar a los responsables y eventualmente, si el proceso lo amerita, condenar a los culpables y ejecutar las penas (Huilca Tecse contra Perú, 2005).*

En ese mismo orden, ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*178. La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana (Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos, 2009).*

## **El deber de reparar los daños a las víctimas de violaciones de derechos humanos**

El deber de reparar, deriva del contenido del art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece que para los casos en que se determine que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por dicha Convención, la Corte garantizará al lesionado en el goce de su derecho, y dispondrá la reparación del daño así como el pago de una indemnización en favor del afectado (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

En cuanto a este artículo, la Corte Interamericana ha establecido, que la misma “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.

*25. Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado “incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Velásquez Rodríguez contra Perú, Reparaciones y Costas, 1989).*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en qué consiste reparar los daños a las víctimas de violaciones de derechos humanos:

*63. Las reparaciones, como el término lo indica, consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (Villagrán Morales y otros Contra Guatemala, Reparaciones y Costas, 2001).*

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuenta con diversos modos de reparaciones, que incluye “la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición” (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014).

### **3. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno**

El art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra la obligación a cargo de los Estados, de tomar las medidas necesarias, a los fines de adecuar su derecho interno del modo que garanticen la protección de los derechos humanos consagrados en dicha Convención:

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).*

En la sentencia Castillo Petruzzi y otros contra Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció:

*205. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha establecido que una norma puede violar per se el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto<sup>5</sup>.*

De igual forma, estableció que la adecuación, implica tomar medidas, en dos situaciones:

*207. (...) El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (...) (Castillo Petruzzi y otros contra Perú, 1999).*

Se trata, de una obligación que se complementa con las obligaciones de respeto y garantía, contenidas en el art. 1.1 de la Convención; así lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 7/86:

*6. (...) Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos*

---

<sup>5</sup> Este estándar también fue fijado por la Corte Interamericana en el Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 98.

*por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. (Opinión Consultiva OC-7/86, 1986).*

De igual forma, la Corte Interamericana ha manifestado que es una norma de carácter consuetudinaria, que un Estado, luego de celebrar un convenio internacional, adopte las medidas necesarias en su derecho interno, que garanticen el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, medidas éstas, que deben ser eficaces, a tales fines:

*68. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.*

*69. Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se*

*aplican efectivamente las sanciones previstas en ella*(Garrido y Baigorria contra Argentina, 1998)<sup>6</sup>.

De ahí la afirmación de Cecilia Medina Quiroga (Medina Quiroga, 2003), de que del contenido del art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprenden dos consecuencias; una de ellas, referida a que el Estado está en la obligación de hacer operativo los derechos enunciados de tal manera, que el aplicador nacional de la norma no tiene, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular; la otra, referida al deber del Estado de adoptar todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.

#### **4. La obligación de cooperar**

Para (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014), “la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo”.

De su lado, (Medina Quiroga, 2003, p. 26) establece que esta obligación de cooperar, deriva, de manera general, de la calidad de partes de un tratado de los Estados, así como también de la existencia del principio *Pacta Sunt Servanda*, que obliga a los Estados a cumplir con lo pactado de buena fe.

De igual forma, el art. 41 letra D, describe como función de la Comisión, el “solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969); en este punto, destaca Medina Quiroga (Medina Quiroga, 2003, p. 27), que la posición constante de los órganos de supervisión es la de que los Estados son los que deben proveerlos de las informaciones necesarias para ellos

---

6 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros contra Chile). Sentencia del 05 de febrero del 2001, párr. 87.



poder evaluar si cumplen o no con las normas internacionales, y esto debido, a que son los únicos en condiciones para hacerlo, razón por la cual, el art. 38 del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece que: “se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 37 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”.

La obligación de cooperar implica, tal y como afirma Medina Quiroga (Medina Quiroga, 2003), proporcionar información oportuna, pertinente y veraz, respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.

Por otro lado, el art. 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos hace referencia a la cooperación internacional al abordar el tema del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>7</sup>.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe un mecanismo de garantía colectiva establecido en el Pacto de San José, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, por lo que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014)<sup>8</sup>.

---

7 *Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

8 Ver en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Cantuta contra Perú. Sentencia del 29 de noviembre del 2006, párr. 160:

*Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (ius cogens). En los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos.*

## Capítulo 2

# Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos existen para promover los derechos humanos y para responder ante las violaciones de los mismos que un Estado o un particular cometa en contra de los y las habitantes y que el primero incumpla con su responsabilidad de repararlo u ordenar su debida satisfacción.

Surgen después de la Segunda Guerra Mundial como una reacción de la comunidad internacional frente a los horrores dejados por las guerras. La idea era instaurar un sistema internacional vinculante para la protección de los derechos humanos que impidiera que atrocidades como estas ocurrieran nuevamente.

Dichos mecanismos se activan una vez que las instancias internas de los Estados no dan respuestas efectivas para la protección de los derechos violados. Esto así porque se le debe permitir al Estado la oportunidad de solucionar el problema antes de recurrir a una instancia internacional.

---

*El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido.*

## 2.1 La Organización de las Naciones Unidas



La Carta de las Naciones Unidas es el documento con el que se constituye la Organización de las Naciones Unidas. La Carta fue aprobada por unanimidad el 26 de junio de 1945, al terminar la Conferencia de San Francisco sobre Organización Internacional.

En el preámbulo de la Carta los Estados reafirman su “(...) fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”.

En la Carta también se consagra expresamente la obligación de los Estados de respetar y hacer efectivos los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Por ello se establece como uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas, la cooperación internacional para solucionar los problemas económicos, sociales, culturales y humanitarios y el desarrollo y estímulo del **respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos** (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

Según el artículo 7 de la Carta de San Francisco, los órganos principales de las Naciones Unidas son: La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

### 2.1.1 El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

#### 2.1.1.1 Mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en el Sistema Universal

En el sistema de Naciones Unidas existen pactos y convenciones internacionales de derechos humanos que imponen obligaciones jurídicas para los Estados Partes

(que oficialmente los aceptan ya sea mediante ratificación o adhesión) de promover y garantizar los derechos humanos en sus respectivos países. En diez de ellos se han creado órganos de control como un mecanismo para evaluar o vigilar el cumplimiento y observancia de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en materia de derechos humanos.

Estos órganos o comités creados en virtud de tratados se integran por expertos independientes de reconocida trayectoria en derechos humanos, son elegidos cada cuatro años por los Estados Partes de cada convención o pacto quienes ejercen sus funciones a título personal. Sus respectivos mandatos se precisan en los instrumentos que los establecen con el propósito de apoyar a los Estados Partes en la adopción de las medidas necesarias para asegurar el disfrute de los derechos previstos en ellos a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Sesionan en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, aunque el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer celebran anualmente uno de sus períodos de sesiones en Nueva York. Si bien existen diferencias de procedimiento entre los diez comités, su organización y su funcionamiento son muy similares.

A continuación, se presenta un cuadro de éstos:

Órgano	Tratado	Protocolo
1- Comité de Derechos Humanos (CCPR)  (Se compone de 18 expertos)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  <i>Rep. Dom. se adhirió el 4 de enero de 1978</i>	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <i>Rep. Dom. se adhirió el 4 de enero de 1978.</i>  Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. <i>Rep. Dom. se adhirió el 21 de septiembre de 2016.</i>
2- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)  (Se compone de 18 expertos)	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales  <i>Rep. Dom. se adhirió el 4 de enero de 1978</i>	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <b><i>Rep. Dom. no es parte.</i></b>

<p>3- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)</p> <p>(Se compone de 18 expertos)</p>	<p>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</p> <p><i>Rep. Dom. se adhirió el 25 de mayo de 1983</i></p>	<p>Para conocer denuncias de particulares debe hacerse una declaración de reconocimiento de dicha competencia establecida en el artículo 14 de la Convención, la cual <b>Rep. Dom. no ha realizado.</b></p>
<p>4- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)</p> <p>(Se compone de 23 expertos)</p>	<p>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)</p> <p><i>Rep. Dom. la ratificó el 2 de septiembre de 1982</i></p>	<p>Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <i>Rep. Dom. lo ratificó el 10 de agosto de 2001.</i></p>
<p>5- Comité contra la Tortura (CAT)</p> <p>(Se compone de 10 expertos)</p> <p>6- Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT)</p> <p>(Se compone de 23 expertos)</p>	<p>Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes</p> <p><i>Rep. Dom. la ratificó el 24 de enero de 2012</i></p>	<p>Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. <b>Rep. Dom. no es parte.</b></p>
<p>7- Comité de los Derechos del Niño (CRC)</p> <p>(Se compone de 18 expertos)</p>	<p>Convención sobre los Derechos del Niño</p> <p><i>Rep. Dom. la ratificó el 11 de junio de 1991</i></p>	<p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. <i>Rep. Dom. lo ratificó el 14 de octubre de 2014.</i></p> <p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. <i>Rep. Dom. se adhirió el 6 de diciembre de 2006.</i></p> <p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. <b>Rep. Dom. no es parte.</b></p>

<p>8- Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)</p> <p>(Se compone de 14 expertos)</p>	<p>Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares</p> <p><b>Rep. Dom. no es parte.</b></p>	<p>Para conocer denuncias de particulares debe hacerse una declaración de reconocimiento de dicha competencia del Comité establecida en el artículo 77 de la Convención, pero para esto primero hay que ratificar la Convención, lo que no ha ocurrido en el caso de Rep. Dom.</p>
<p>9- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)</p> <p>(Se compone de 18 expertos)</p>	<p>Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</p> <p><i>Rep. Dom. la ratificó el 18 de agosto de 2009</i></p>	<p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. <i>Rep. Dom. lo ratificó el 18 de agosto de 2009.</i></p>
<p>10- Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)</p> <p>(Se compone de 10 expertos)</p>	<p>Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas</p> <p><i>Rep. Dom. no es parte.</i></p>	<p>Para conocer denuncias de particulares debe hacerse una declaración de reconocimiento de dicha competencia del Comité establecida en los artículos 31 y 32 de la Convención, pero para esto primero hay que ratificar la Convención, lo que no ha ocurrido en el caso de Rep. Dom.</p>

**Fuente:** Elaboración propia a partir de la base de datos de las Naciones Unidas. Actualizado al 1 de agosto 2018.

## Funciones generales de los Comités

### a) Examen de informes

Los pactos y convenciones que crearon los Comités consagran la obligación de los Estados Partes de presentar informes periódicos a los Comités. En estos informes, los Estados deben analizar las medidas adoptadas para hacer efectivas las disposiciones contenidas en la Convención, los progresos realizados en el orden interno para el disfrute de los tales derechos, y los factores que obstaculizan el cumplimiento de los tratados. Los informes contribuyen a la revisión y adopción de políticas públicas en materia de derechos humanos.

Todos los órganos creados en virtud de tratados, excepto el Subcomité para la Prevención de la Tortura, reciben y examinan los informes presentados periódicamente por los Estados Partes. Primero se presenta un informe inicial completo a más tardar uno o dos años posterior de la entrada en vigor del tratado para ese Estado y a partir de ahí, el Estado deberá seguir informando periódicamente, por lo general cada cuatro o cinco años, según lo dispuesto en el tratado. En los informes deben explicarse las medidas jurídicas, administrativas y judiciales adoptadas por el Estado para hacer efectivo el tratado y deben referirse además todos los factores o dificultades que no permiten lograr el cumplimiento de los derechos.

Los Comités al examinar el informe de un Estado tienen también en cuenta los informes de los organismos especializados, los informes de la sociedad civil y de las instituciones nacionales de derechos humanos a los que se les denomina *informes sombra o alternativos*. Las recomendaciones contenidas en el informe final, deben ser materia de seguimiento y cumplimiento por parte de los Estados. Los subsiguientes informes deberán incluir información que muestre las acciones realizadas por los Estados para implementar tales recomendaciones.

#### *Procedimiento de examen*

Cuando el Estado no remite durante un período extenso su informe ni responde a los recordatorios del órgano creado en virtud del tratado, se realiza el denominado *procedimiento de examen*, en el cual se analiza la situación de un país aun cuando no se presentare el informe estatal.

#### *Observaciones finales y recomendaciones*

Tras el examen del informe se aprueban las llamadas *observaciones finales*, las cuales pretenden ofrecer al Estado Parte de la Convención de que se trate, algunos consejos específicos y prácticos y animarlo a que avance en el cumplimiento de los derechos consagrados en el tratado. En las recomendaciones u observaciones finales, el órgano o comité creado en virtud de un tratado reconoce en primer lugar las medidas positivas

adoptadas por el Estado, tras ello indica aquellos aspectos de preocupación que requieren atención y exhorta al Estado a adoptar medidas respecto a esto.

### *Procedimientos de seguimiento*

A los procedimientos de verificación del cumplimiento de las recomendaciones realizadas en las observaciones finales de los órganos creados en virtud de tratados o de las decisiones emitidas en el marco de las denuncias de particulares se les llama *procedimientos de seguimiento*. Las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG y la sociedad civil son claves para dicho trabajo de seguimiento.

#### **b) Examen de quejas individuales**

Es el procedimiento mediante el cual una persona o grupo de personas presenta ante el Comité u órgano creado en virtud del tratado una queja con el objeto de que este se pronuncie respecto de la violación o no de derechos consagrados en el pacto o convención que vigila y de que se le repare en la medida del daño causado. Con la excepción del Subcomité para la Prevención de la Tortura, los órganos creados en virtud de tratados pueden examinar, en determinadas circunstancias, las denuncias o comunicaciones de particulares que consideren que sus derechos han sido vulnerados por un Estado Parte. Con este procedimiento se demuestra en la práctica el cumplimiento de las disposiciones del tratado, pues las decisiones emitidas pueden servir como punto de orientación o estándar respecto de la correcta aplicación del tratado.

Para que una queja sea aceptada debe ser presentada por escrito, por la propia víctima, un tercero o por su representante. No puede ser anónima y la víctima debe estar bajo la jurisdicción del Estado demandado. Se debe denunciar la violación de un derecho contenido en el tratado. No puede haber sido presentada ante otra instancia internacional y se deben agotar previamente los recursos internos (con algunas excepciones, como por ejemplo, que excedan los tiempos razonables). Debe estar firmada y presentada en uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso).



El Estado denunciado debe ser parte del tratado en cuestión ya sea mediante ratificación o adhesión y además previamente debe haber reconocido la competencia del comité encargado de la vigilancia del tratado para recibir y examinar denuncias de particulares, ya sea formulando una declaración según lo dispuesto en el artículo correspondiente del tratado o aceptando el protocolo facultativo pertinente.

La denuncia debe contener los datos personales básicos, una exposición cronológica de los hechos en que se basa la denuncia, las medidas adoptadas para agotar los recursos internos, los motivos por los que los hechos descritos constituyen una violación del tratado en cuestión, los derechos consagrados en el tratado que fueron violados y los tipos de reparación que se pretende obtener del Estado Parte. Para que no sea declarada inadmisibles la petición por razón del tiempo, debe interponerse además en un plazo razonable y que las presuntas violaciones hayan ocurrido después de que el mecanismo de presentación de denuncias entrará en vigor para el Estado Parte de que se trate.

En cualquier etapa del procedimiento y a fin de evitar cualquier daño irreparable al demandante o la presunta víctima en relación con las reclamaciones del caso se pueden adoptar medidas provisionales.

Las comunicaciones o quejas cuando son recibidas y registradas, se remiten al Estado Parte demandado para que presente sus observaciones. Posteriormente, se envía al autor dicho escrito para que haga comentarios sobre las observaciones del Estado, tras esto se realiza el examen por el comité. Si el comité u órgano declara admisible la denuncia, la examina en cuanto al fondo y motiva si se ha producido o no una violación de las disposiciones del tratado en cuestión y exhorta a tomar medidas. La decisión emitida no es considerada jurídicamente vinculante, pero es definitiva y no puede ser apelada. El cumplimiento de las decisiones se realiza mediante los procedimientos de seguimiento, para lo cual se le otorga un plazo de ciento ochenta días al Estado para que informe sobre las medidas adoptadas. El caso se cierra cuando se adoptan medidas satisfactorias.

### **c) Observaciones generales o recomendaciones generales**

Los Comités además pueden realizar comentarios u observaciones generales sobre la interpretación de las disposiciones de los tratados correspondientes o de sus métodos de trabajo. Estos comentarios generales equivalen a un ejercicio de interpretación sobre el contenido y alcance de las obligaciones contenidas en el respectivo tratado. Son importantes porque estimulan la aplicación efectiva de los tratados.

### **d) Comunicaciones relativas a denuncias entre Estados**

Algunos de los tratados de derechos humanos permiten a sus Estados Partes presentar denuncias ante el comité encargado de su vigilancia respecto de alegadas violaciones del tratado cometidas por otro Estado Parte. Se requiere para esto que previamente se hayan agotado los recursos internos. En algunos casos el procedimiento solo se aplica para los Estados Partes que hayan declarado que adicionalmente aceptan la competencia del comité correspondiente al respecto.

### **e) Días de debate general/debates temáticos**

Algunos comités creados en virtud de tratados celebran días de debate general sobre un tema de interés para el órgano. En dichos debates participan delegaciones de los Estados Partes, ONG y expertos a título personal.

### **f) Investigaciones**

Los tratados en virtud de los cuales se crean el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité contra la Desaparición Forzada, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño contemplan la posibilidad de que dichos comités investiguen cuando en un Estado Parte existan indicios sobre violaciones graves o sistemáticas de las convenciones correspondientes.

Con excepción de las investigaciones del Comité contra la Desaparición Forzada, los comités solo pueden poner en marcha investigaciones cuando los Estados Partes reconozcan por separado y a título adicional la competencia al respecto.

En virtud del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, todos los tratados también se complementan y se refuerzan mutuamente. Por dicha razón, los comités fomentan el cumplimiento y aplicación de los demás tratados. Los instrumentos regionales de protección y promoción de los derechos humanos refuerzan todavía más la protección que se brinda a las personas bajo su jurisdicción.

### **2.1.1.2 Mecanismos extraconvencionales**

#### ***Los procedimientos especiales***

Los procedimientos especiales son mecanismos establecidos originalmente por resolución de la Comisión de Derechos Humanos y desde el 2006 por resolución del Consejo de Derechos Humanos con el objetivo de evaluar, vigilar, asesorar e informar sobre la situación de los derechos humanos en determinados países o territorios (a los que se les llama procedimientos o mandatos geográficos) o respecto de aspectos importantes de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo (llamados procedimientos o mandatos temáticos).

Los procedimientos especiales lo realizan un *Relator Especial, Representante Especial del Secretario General, Representante del Secretario General, o Experto Independiente* o un *Grupo de Trabajo* compuesto usualmente de cinco miembros nombrados a título personal que desempeñan su labor de manera independiente y honorífica. Los relatores de mandatos o procedimientos geográficos son nombrados por un año, en cambio los relatores de mandatos o procedimientos temáticos son nombrados por tres años.

Se encargan de realizar investigaciones, visitar países previa invitación del Estado y elaborar informes de misión sobre lo observado y las respectivas recomendaciones, recibir y responder a quejas individuales para lo cual no se requiere el agotamiento

de recursos internos ni la ratificación de algún tratado, aportar cooperación técnica y fomentar la promoción de los derechos humanos. También pueden enviar acciones urgentes o comunicaciones para que los Estados aclaren determinados hechos y adoptar medidas urgentes cuando una persona necesita protección frente a amenazas. Los mandatos temáticos suelen aclarar normas y estándares en materia de derechos humanos.

Todos los informes de los procedimientos geográficos y temáticos son examinados por el Consejo de Derechos Humanos. El 24 de marzo de 2017 estaban en vigor cuarenta y tres mandatos temáticos y trece mandatos de país.

Los procedimientos especiales y los órganos creados en virtud de tratados se complementan mutuamente. Se intercambian información y pueden emitir declaraciones conjuntas sobre cuestiones importantes a nivel internacional.

El Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano intergubernamental de la Organización de las Naciones Unidas, que se ocupa de las violaciones de los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, así como de promover la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas. Está integrado por 47 miembros y su sede se encuentra en Ginebra (Organización de las Naciones Unidas, 2008, p. 75).

### ***El Examen Periódico Universal (EPU)***

El examen periódico universal (EPU) es un mecanismo por medio del cual, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas examina cada cuatro años y medio el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por parte de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas. EPU no es más que una herramienta de cooperación instaurada por la Asamblea General en 2006 que utiliza el diálogo interactivo con el Estado examinado para complementar, el trabajo de supervisión y promoción de los derechos humanos que realizan los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, creados en virtud de tratados.

A la hora de ser efectuado este examen, se toman en cuenta tres documentos a saber: el informe nacional elaborado por el Estado que se examina; una compilación de información de las Naciones Unidas sobre el Estado objeto de examen, preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y un resumen de la información presentada por otros actores interesados (incluidos los representantes de la sociedad civil), también elaborado por la ACNUDH.

El EPU tiene lugar en Ginebra, en un período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, que está integrado por los 47 Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos, así como por los demás Estados que son observadores. El examen consiste en un diálogo interactivo de tres horas y media entre el Estado examinado y los Estados miembros y observadores del Consejo. Luego del examen, se adopta un documento final sobre el resultado, que contiene el informe del Grupo de Trabajo y la posición del Estado examinado con respecto a las recomendaciones recibidas (Organización de las Naciones Unidas, s.f., p. 2).

El examen está basado en: a) La Carta de las Naciones Unidas; b) la Declaración Universal de Derechos Humanos; c) los instrumentos de derechos humanos en que es Parte un Estado; d) las promesas y compromisos que hayan asumido voluntariamente los Estados, incluidos aquellos contraídos al presentar sus candidaturas para el Consejo de Derechos Humanos; y e) el Derecho Internacional Humanitario aplicable (Organización de las Naciones Unidas, s.f., p. 12).

Con el EPU se busca:

- a) *Mejorar la situación de los derechos humanos en el terreno;*
- b) *Cumplir con las obligaciones y los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y la evaluación de los avances y los retos que se planteen;*
- c) *Fortalecer la capacidad del Estado y la asistencia técnica, en consulta con el Estado examinado y con su consentimiento;*
- d) *Intercambiar las mejores prácticas entre los Estados y otros actores interesados;*
- e) *Apoyar la cooperación en la promoción y protección de los derechos humanos, así como;*

- f) *Fomentar la plena cooperación y el compromiso con el Consejo de Derechos Humanos, otros órganos de derechos humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH)* (Organización de las Naciones Unidas, 2008, p. 140).

### **2.1.1.3 Direcciones recomendadas del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos**

1. Visite la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, <https://www.ohchr.org/sp/aboutus/Pages/WhoWeAre.aspx>.
2. En la web de la Oficina del Alto Comisionado pulse click en la pestaña *órganos de derechos humanos* y luego en *todos los órganos de derechos humanos*. Ahí puede ver los diez comités creados en virtud de tratados y conocer su trabajo.
3. Para ver los tratados internacionales de Naciones Unidas, click a las palabras *tratados internacionales de derechos humanos* en el texto que se desprende luego de que se abre la pestaña de todos los órganos de derechos humanos. Luego en la parte derecha, pulse click en *instrumentos universales de los derechos humanos*.
4. Para ver los mandatos temáticos y por países (informes de relatores), pulse click en la pestaña de *órganos de derechos humanos*, luego pulse click en *procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos*. También en *índice universal de derechos humanos*.
5. Para ver las especificaciones de Rep. Dom. pulse clic en *órgano de derechos humanos*, luego click en cualquier comité, luego click en *Country-specific information o información específica de país* y seleccione el Estado dominicano.

## **2.2 La Organización de los Estados Americanos (OEA)**



La Organización de los Estados Americanos es una organización internacional (regional) cuyo fin es lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (artículo 1 de la Carta de la OEA).

La Carta de la OEA fue aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Bogotá a comienzos de 1948.

Países miembros de la OEA		
1. Antigua y Barbuda	13. Dominica	24. Nicaragua
2. Argentina	14. Ecuador	25. Panamá
3. Bahamas	15. El Salvador	26. Paraguay
4. Barbados	16. Estados Unidos	27. Perú
5. Belice	17. Grenada	28. República Dominicana
6. Bolivia	18. Guatemala	29. San Kitts y Nevi
7. Brasil	19. Guyana	30. Santa Lucía
8. Canadá	20. Haití	31. San Vicente y las Granadinas,
9. Chile	21. Honduras	32. Surinam
10. Colombia	22. Jamaica	33. Trinidad y Tobago
11. Costa Rica	23. México	34. Uruguay
12. Cuba		35. Venezuela

### 2.2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos compuesto por una serie de instrumentos internacionales adoptados por los Estados que pertenecen a la Organización de Estados Americanos. Los dos órganos principales del Sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El Sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>9</sup> en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los *derechos fundamentales de la persona humana* como uno de los principios en que se funda la Organización. Asimismo, se aprobaron varias resoluciones en materia de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3).

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959 se acordó que la armonía entre las Repúblicas sólo podría ser efectiva cuando los derechos humanos sean una realidad en el ámbito interno y que los gobiernos de los Estados americanos deben fundarse en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

Para el desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se le encargó promover el respeto de los derechos humanos. Además se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y se insistió en un proyecto de convención en el cual se creara una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 6).

En la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11). La Convención Americana sobre Derechos Humanos

---

9 Se trata del primer instrumento internacional de su tipo al ser adoptada previo a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y aunque no fue adoptada como un tratado, la Corte IDH y la CIDH han manifestado que constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Comprende un preámbulo, 38 artículos que definen un catálogo tanto de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales y los deberes correlativos.



o Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3).

La entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 18 de julio de 1978 constituyó un paso imprescindible para el fortalecimiento del sistema de protección y permitió incrementar la efectividad de la Comisión, establecer una Corte y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 8).

#### Países que han ratificado la Convención Americana

1. Argentina	9. Ecuador	18. Panamá
2. Barbados	10. El Salvador	19. Paraguay
3. Bahamas	11. Grenada	20. Perú
4. Brasil	12. Guatemala	21. República Dominicana (RA 1978)
5. Chile	13. Haití	22. Surinam
6. Colombia	14. Honduras	23. Trinidad y Tobago
7. Costa Rica	15. Jamaica	24. Uruguay
8. Dominica	16. México	25. Venezuela
	17. Nicaragua	

Cabe destacar, que Trinidad y Tobago presentó el 26 de mayo de 1998 una denuncia ante el Secretario de la OEA. La denuncia surtió efecto a partir del 28 de mayo de 1999 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3). Igualmente, Venezuela presentó el 10 de septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la Organización. La denuncia surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3). Por dicha razón, ambos países ya no se encuentran obligados a la misma.

A partir de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>10</sup> se desprenden las cuatro siguientes obligaciones fundamentales para los Estados que son partes en materia de derechos humanos:

### **(Obligaciones de medio)**

1. Respeto. Obligación negativa. Es decir, le corresponde a los Estados, abstenerse de realizar acciones que violen derechos reconocidos en los tratados.
2. Garantía. Obligación positiva. Deber de diligencia. Es decir, prevenir razonablemente, y cuando no se pudo, debe investigar, juzgar y sancionar ese hecho.

### **(Obligaciones de resultado)**

3. No discriminación.
4. Deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares del tratado.

#### **2.2.1.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal y autónomo de la OEA creado en 1959, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compone de siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros por un período de cuatro años y sólo pueden reelegirse una vez. Deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida

---

10 *Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

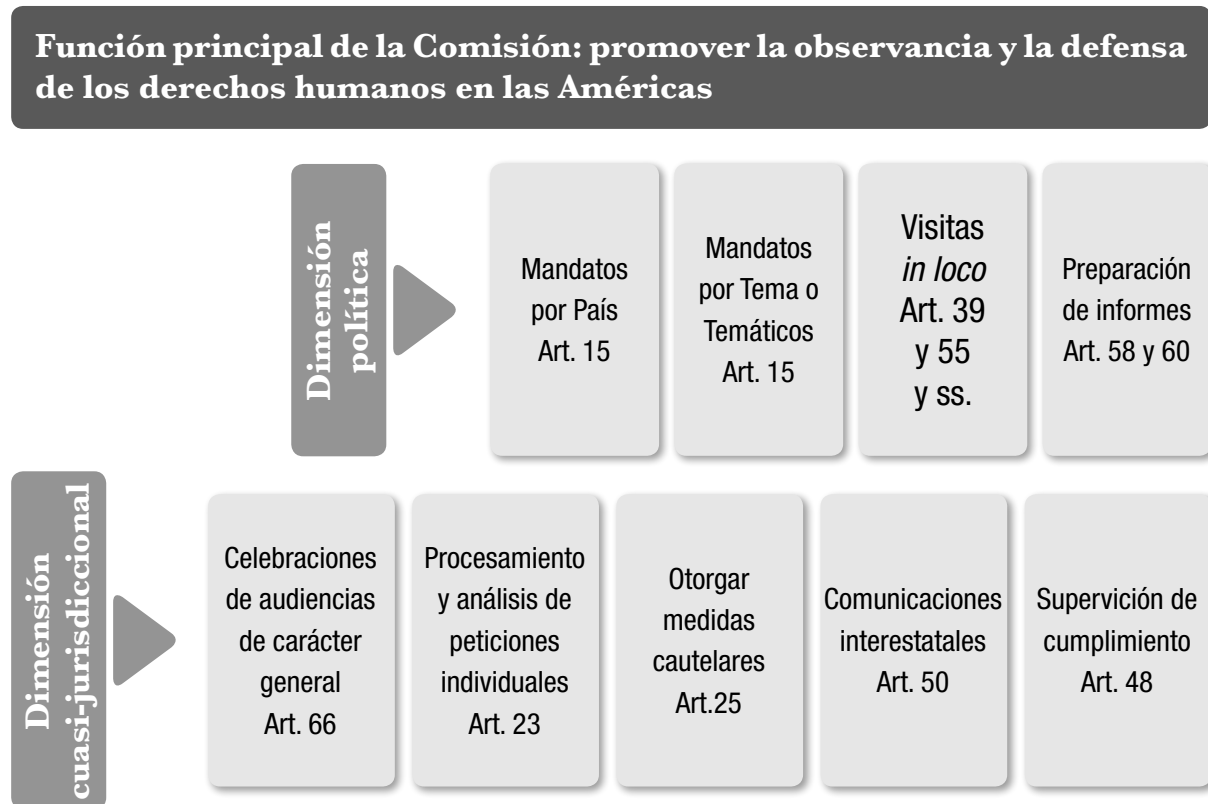
*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

versación en materia de derechos humanos y no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

La Comisión celebra al menos dos períodos ordinarios de sesiones al año durante el lapso previamente determinado por ella y el número de sesiones extraordinarias que considere necesario. Los períodos de sesiones se celebran en la sede de la Comisión, Washington, D.C., sin embargo, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la Comisión podrá acordar reunirse en otro lugar con la anuencia o por invitación del respectivo Estado. Los idiomas oficiales de la Comisión son el español, el francés, el inglés y el portugués.

### **Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) según su reglamento**

Las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pueden resumir en el siguiente esquema:



La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia.

Como puede observarse, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para cumplir su labor posee competencias con *dimensiones políticas*, como la realización de visitas *in loco* y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y competencias con una *dimensión cuasi-jurisdiccional*, como el procesamiento y análisis de denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 5).

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Comisión debe: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

**a) Los mandatos de la Comisión (relatorías y grupos de trabajo)**

La Comisión puede asignar tareas o mandatos específicos a uno o a un grupo de sus miembros para la preparación de sus períodos de sesiones o para la ejecución

de programas, estudios o proyectos especiales. Así, puede designar a sus miembros como responsables de relatorías de país y asegurar que cada Estado miembro de la OEA cuente con un relator o relatora. También puede crear relatorías o grupos de trabajo con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos respecto de las áreas temáticas que resulten de especial interés a ese fin.

Los relatores, relatoras y grupos de trabajo deben rendir un informe escrito a la Comisión sobre las labores realizadas, al menos una vez por año. Además, deberán llamar la atención del pleno de la Comisión sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la Comisión.

#### **b) *Visitas in loco***

La Comisión puede realizar una investigación *in loco* en el territorio del Estado en que se alegue que se cometió la violación de derechos humanos objeto del procesamiento de una petición o comunicación. También la Comisión puede designar una Comisión Especial para realizar observaciones *in loco* sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de los Estados Partes de la Organización.

Durante las observaciones *in loco* los miembros de la Comisión Especial tendrán facultad de entrevistar, libre y privadamente, a personas, grupos, entidades o instituciones; viajar libremente por todo el territorio del país; acceder a las cárceles, lugares de detención e interrogación y podrán entrevistar privadamente a las personas recluidas o detenidas; filmar, tomar fotografías, recoger, documentar, grabar o reproducir la información que considere oportuna.

#### **c) *Preparación de informes***

La Comisión tiene el deber de rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno.

El informe anual de la Comisión debe incluir información sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados en la Declaración Americana, la Convención Americana y los demás instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos, así como el estado de ratificación de éstos, las actividades desarrolladas por la Comisión y los resultados de las mismas, una relación del sistema de peticiones y casos, una relación de las actividades de las Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas, los informes de país, temáticos o regionales producidos o publicados durante el año, entre otros aspectos.

La Comisión puede también elaborar informes generales o especiales sobre la situación de los derechos humanos en un Estado miembro de la organización.

**d) *Audiencias de carácter general***

La Comisión, a solicitud de personas interesadas, puede celebrar audiencias de carácter general con el objetivo de recibir testimonios o informaciones sobre la situación de los derechos humanos en uno o más Estados, o sobre asuntos de interés general. La Comisión convocará al Estado interesado, a menos que decida mantener la audiencia privada. También puede convocar a otros interesados a participar de las audiencias sobre la situación de derechos humanos en uno o más Estados o sobre asuntos de interés general.

**e) *Procesamiento y análisis de peticiones individuales***

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana

sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y su Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión.

▪ Requisitos de admisibilidad

Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sea admitida por la Comisión, se requiere:

- a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Los requisitos a y b señalados precedentemente no son aplicables cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y

- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

También podrá declararse inadmisibles las peticiones cuando no se cumpla con los requisitos mencionados, no se expongan hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención, resulte manifiestamente infundada la petición o sea evidente su total improcedencia y sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Durante las audiencias ante la Comisión las partes podrán presentar cualquier documento, testimonio, informe pericial o elemento de prueba.

Se puede intentar llegar a una solución amistosa del asunto con el Estado. Para ello la Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

En cuanto al fondo, el informe que elabora la Comisión puede incluir las siguientes recomendaciones al Estado:

- a) Suspender los actos violatorios de los derechos humanos;
- b) investigar y sancionar a las personas que resulten responsables;
- c) reparar los daños ocasionados;
- d) introducir cambios al ordenamiento legal; y/o
- e) requerir la adopción de otras medidas o acciones estatales.



La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe de fondo aprobado, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

#### **f) *Medidas cautelares***

La Comisión puede, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.

La *gravedad de la situación*, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano. La *urgencia de la situación* se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar. El *daño irreparable* significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas.

Por otro lado, la Comisión podrá solicitar medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellas situaciones de extrema gravedad y urgencia cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas. Esto procede cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces, cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte o cuando la Comisión lo estime pertinente.

#### **g) Comunicaciones interestatales**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en ella. Las comunicaciones sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. No se admitirá la comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

#### **h) Supervisión de cumplimiento**

Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión puede tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones.

### **2.2.1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No puede la Corte tener dos jueces de la misma nacionalidad. Son elegidos en la Asamblea General de la Organización, propuestos los Estados Partes para un período de seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez.

El quórum para las deliberaciones de la Corte IDH es de cinco jueces y las decisiones se tomarán por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación. En caso de empate decidirá el voto de la Presidencia. Los idiomas oficiales de la Corte son los de la OEA, es decir, el español, el inglés, el portugués y el francés.

La sede de la Corte Interamericana se encuentra en San José de Costa Rica. Esto a raíz de que el 1 de julio de 1978 la Asamblea General de la OEA recomendó la aprobación del ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 6).

### Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH

1. Argentina	8. Ecuador	18. Panamá
2. Barbados	9. El Salvador	19. Paraguay
3. Bolivia	11. Guatemala	20. Perú
4. Brasil	13. Haití	21. República Dominicana
5. Chile	14. Honduras	22. Surinam
6. Colombia	16. México	24. Uruguay
7. Costa Rica	17. Nicaragua	

Cabe recordar, que como Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por dicha razón, la Corte Interamericana a partir de la fecha en que entró en vigor la denuncia, ya no puede conocer casos contra dichos países.

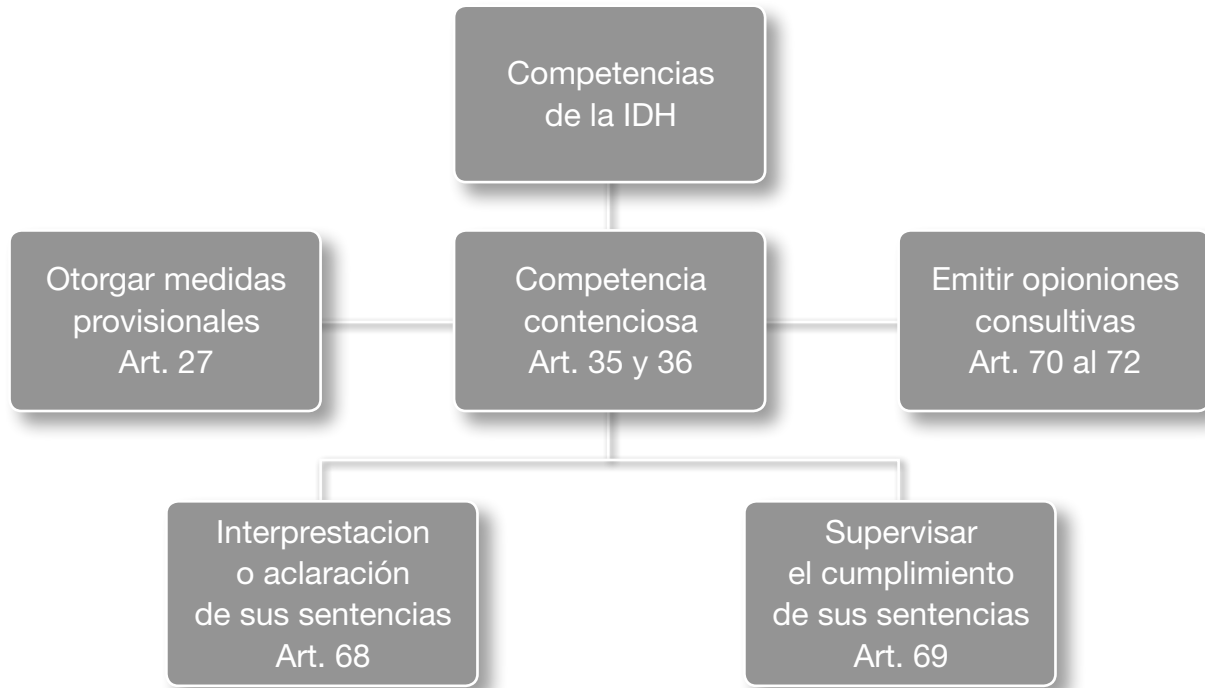
El Tribunal Constitucional dominicano, en la sentencia TC/0256/14 del 4 de noviembre de 2014, declaró inconstitucional el instrumento depositado ante la OEA que reconoció la competencia de la Corte IDH, sin embargo, la República Dominicana no ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>11</sup>.

11 Sobre el procedimiento de denuncia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

*Artículo 78*

1. *Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.*
2. *Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.*

## Funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según su Reglamento



Como se desprende del esquema, la Corte Interamericana ejerce una función de dictar medidas provisionales; una función contenciosa, dentro de la que se encuentra además de la resolución de casos contenciosos, la competencia para interpretación o aclaración de sus sentencias y el mecanismo de supervisión de sentencias; y una función consultiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 6).

### a) *Medidas provisionales*

En cualquier estado del procedimiento de casos llevados ante la Corte IDH, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, incluso de oficio, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La solicitud de medidas provisionales puede ser presentada a la Presidencia, a cualquiera de los Jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

La supervisión de las medidas urgentes o provisionales ordenadas se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los beneficiarios de dichas medidas o sus representantes.

### **b) Competencia contenciosa**

En cuanto a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo la Comisión y los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hubieren reconocido la competencia de la Corte están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención Americana a condición de que se haya agotado el procedimiento que debe tener lugar ante la Comisión y que se encuentra previsto en los artículos 48 a 50 de ese Tratado. Para que pueda presentarse ante la Corte un caso contra un Estado Parte, éste debe reconocer la competencia de dicho órgano. La declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos o bien, bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11).

Todos los escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsímile, o correo postal o electrónico. Para garantizar la autenticidad de los documentos, éstos deben estar firmados.

En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso.

El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios aceptados por la Corte IDH.

Respecto de la audiencia del caso, en primer lugar, la Comisión presenta el caso ante la Corte y expone cualquier asunto que considere relevante para su resolución. Seguido, la Presidencia llamará a los declarantes, a efectos de que sean interrogados,

iniciando quien lo haya propuesto. Tanto el testigo como perito prestan juramento previo. Después de escuchados los declarantes y de las preguntas formuladas a éstos, se concede la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado para que expongan sus alegatos. Posteriormente, se otorga a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado, respectivamente, la posibilidad de una réplica y una dúplica. Concluidos los alegatos, la Comisión presenta sus observaciones finales. Por último, los jueces, si lo desean, formularán preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado.

Los jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte. Igualmente, las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, por las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante.

Con relación a la prueba la Corte Interamericana podrá procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. Podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.

Cuando la Corte IDH decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

- Interpretación o aclaración de sentencias

Las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana son definitivas e inapelables, por tanto, no procede contra éstas ningún medio de impugnación. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

La solicitud de interpretación podrá promoverse en relación con las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

- Supervisión del cumplimiento de sentencias

La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

La Corte podrá requerir otras fuentes de información, los peritajes e informes que considere oportunos. También, podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

### **c) *Opiniones consultivas***

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 64 que cualquier Estado miembro de la Organización puede consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Este derecho de consulta se hace



extensivo, en lo que a cada uno les compete, a los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA. La Corte IDH puede también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, pp. 11 y 12).

Las solicitudes de opinión consultiva deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, asimismo deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas y podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

### 2.2.1.3 Estado de firmas y ratificaciones de la República Dominicana respecto de los instrumentos del Sistema Interamericano

Instrumento	Firma	Ratificación	Depósito
Carta de la Organización de los Estados Americanos	30/4/1948	11/4/1949	22/4/1949 RA
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre			
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)	7/9/1977	21/1/1978	19/4/1978 RA
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)	17/11/1988		
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)	9/6/1994	10/1/1996	7/3/1996 RA
Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer	2/5/1948	11/4/1949	22/4/1949 RA

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores	24/5/1984	30/9/2011	27/1/2012 RA
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores		23/9/2011	14/11/2011 AD
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	8/6/1999	28/12/2006	5/2/2007 RA
Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte		19/12/2011	27/1/2012 AD
Convención Interamericana contra la Corrupción	29/3/1996	2/6/1999	8/6/1999 RA
Convención Interamericana sobre Extradición	25/2/1981		
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	31/3/1986	12/12/1986	29/1/1987 RA
Convención sobre Asilo Territorial	28/3/1954		
Convención sobre Asilo Político	26/12/1933	22/11/1934	26/12/1934 RA
Convención sobre Asilo Diplomático	28/3/1954	17/11/1961	14/12/1961 RA
Convención Interamericana contra el Terrorismo	16/7/2002	17/7/2006	10/08/2006 RA
Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional	02/02/1971	5/4/1976	25/5/1976 RA

#### 2.2.1.4 Direcciones recomendadas del Sistema Interamericano:

1. En la web de la Corte, [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr); pulse click en la pestaña jurisprudencia, luego en Buscador BJDH y Buscador avanzado BJDH para buscar jurisprudencia.

2. Si quiere encontrar libros o documentos jurídicos en materia de derechos humanos en pdf, pulse click en Biblioteca y luego en catálogo en línea.
3. También puede ver las publicaciones de la Corte Interamericana en la pestaña de Corte al día.

En la web de la Comisión Interamericana <http://www.oas.org/es/cidh/> visite:

1. Las relatorías en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>
2. Los informes de fondo por años en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>
3. Los informes temáticos en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>.

## Capítulo 3

# El derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho interno (el caso de la República Dominicana)

### 3.1 Jerarquía normativa de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos

El numeral 1 del art. 26 de la Constitución dominicana, establece que la República Dominicana “Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado” (Constitución de la República Dominicana, 2015); de igual forma, el numeral 2 del mismo artículo, establece que los convenios internacionales ratificados por el Estado, surtirán sus efectos en el ámbito interno, una vez hayan sido publicados oficialmente; del contenido de ambas normas, podemos afirmar que se trata de un mandato constitucional que refieren una especie de cesión parcial de soberanía, frente a una comunidad internacional organizada a los fines de proteger y salvaguardar los derechos humanos, que tiene un sistema o régimen jurídico propio, que un Estado libre y soberano tiene el derecho de aceptar o no, pero que si decide aceptarlo, está en la obligación de cumplir con el mismo, de buena fe<sup>12</sup>.

De igual forma, los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano poseen jerarquía constitucional, según lo estipulado por el artículo 74.3 de la Constitución dominicana, norma ésta que además establece,

que los mismos son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado, lo cual se enarbola, como un principio de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la referida Constitución<sup>13</sup>.

Al otorgar la Constitución de la República Dominicana jerarquía constitucional a estos instrumentos jurídicos internacionales de protección de derechos humanos, los mismos se colocan en el rango normativo de *supremacía*<sup>14</sup> reconocido para las normas constitucionales, por tanto, también habrán de considerarse como normas supremas. Esta afirmación, resulta cónsona con el fundamento de la Constitución, el cual se define a partir del respeto a la dignidad humana, valor ético supremo y principio fundamental sobre la cual ésta se sustenta, partiendo de que, los tratados, convenios y pactos internacionales de protección de derechos humanos, tienen por finalidad u objetivo, el proteger de la manera más eficaz posible, derechos que se han considerado fundamentales para el ser humano, por estar intrínsecamente relacionados con la protección y salvaguarda de la dignidad humana.

Esta jerarquía de norma constitucional había sido reconocida en el Estado dominicano a las normas supranacionales referidas a derechos humanos suscritas y ratificadas por el Estado, desde antes de la existencia del art. 74.3 de la Constitución<sup>15</sup>; esto en virtud de que en el año 2003, la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución 1920-03<sup>16</sup>, sobre Medidas Anticipadas a la Vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, en la que proclamaba una igualdad jerárquica entre las normas contenidas en la Constitución<sup>17</sup> y las normas

---

13 Art. 74.3 de la Constitución de la República: “Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: (...) 3.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; (...)”.

14 La supremacía de la norma constitucional, se encuentra definida por el art. 6 de la Constitución de la República, el cual establece que este instrumento jurídico es la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico y que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a ella.

15 La redacción del art. 74 de la Constitución de la República, tal y como está contemplado en la actualidad, data de la Constitución de la República, proclamada el 26 de enero del año 2010, publicada en la G.O. 10561.

16 De fecha 13 de noviembre del año 2003.

17 Para esa fecha, la Constitución vigente en el país, era la proclamada el 25 de julio del 2002.

de carácter internacional conformada por “pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Resolución 1920-03, 2003). Al conjunto de estas normas, es decir, de las constitucionales y de las supranacionales referidas a derechos fundamentales, se les denominó “Bloque de constitucionalidad”<sup>18</sup> (Resolución 1920-03, 2003).

### 3.2 El bloque de constitucionalidad

La Corte Constitucional de Colombia define el concepto de bloque de constitucionalidad como:

*Aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”*(Sentencia C-067/03, 2003, p. 8).

18 Esta postura de la Suprema Corte de Justicia en dicha resolución, se fundamentó, entre otras cosas, en el contenido del art. 3 de la Constitución dominicana del 2002, el cual proclamaba:

*La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas*(Constitución de la República, 2002).

Así como de la interpretación que el Tribunal Supremo hizo de los artículos 8 y 10 de la misma Constitución:  
*Art. 8: Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general, y los derechos de todos* (Constitución de la República, 2002)

*Art. 10: La enunciación contenida en los artículos 8 y 9 de la Constitución no es limitativa y por consiguiente no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza* (Constitución de la República, 2002).

De igual forma, el artículo 1ro. del Código Procesal Penal dominicano, promulgado el 19 de julio del 2002, establecía:

*Art. 1ro. Primacía de la Constitución y los tratados. Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley. La inobservancia de una norma de garantía judicial establecida en favor del imputado no puede ser invocada en su perjuicio*(Código Procesal Penal, 2002).

Mediante la Resolución 1920-03, la Suprema Corte de Justicia estableció que el sistema constitucional dominicano se integra por disposiciones de igual jerarquía emanadas de dos fuentes normativas distintas:

- a) *La nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado;*
- b) *La internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*Estas dos fuentes normativas forman parte de un conjunto denominado Bloque de Constitucionalidad, al cual se encuentra sujeto “la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria” (Resolución 1920-03, 2003).*

De esta forma, quedó establecido que las normas constitucionales no se encontraban limitadas a las contenidas en la Constitución de la República, sino que a éstas deben agregarse, los principios y reglas contenidas en aquellos instrumentos jurídicos de carácter internacional, que versen sobre derechos humanos y que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado dominicano. Y todo ello fundamentado, tal y como ha sido explicado precedentemente, en la interpretación que dicho órgano judicial hizo de los artículos 3, 8 y 10 de la Constitución vigente en ese entonces<sup>19</sup> y del artículo primero de la ley 76-02 o Código Procesal Penal dominicano.

### **3.3 El control de convencionalidad**

En el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, que si bien los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicar la norma vigente, también están sujetos a los tratados ratificados por el Estado, como es el caso del Pacto de San José, por lo que se obligan a velar porque los efectos del mismo no sean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin:

---

19 Que era la Constitución del 25 de julio del 2002.

124. (...) *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*(Almonacid Arellano y otros contra Chile, 2006, p. 57)<sup>20</sup>.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido caracterizando y perfeccionando con el paso del tiempo, el contenido del control de convencionalidad<sup>21</sup>. De este modo, en la jurisprudencia citada, se puede identificar como primera característica del control de convencionalidad, la obligación de los jueces de los Estados que han firmado y ratificado el Pacto de San José, de verificar la compatibilidad de las normas internas, no sólo con dicha Convención, sino también, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y esto tiene su explicación lógica, en que es este tribunal, el último interprete de la Convención Americana.

Dos meses después del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos volvió a pronunciarse sobre el control de convencionalidad, en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú (2006) estableciendo como características del mismo:

a) *Que procede de oficio, sea invocado o no por las partes;*

---

20 De igual forma se pronunció la Corte IDH, en el caso La Cantuta contra Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.173.

21 Es preciso señalar, que el término de Control de Convencionalidad, fue manejado por primera vez por el magistrado Sergio García Ramírez, en un voto concurrente razonado que emitió en el caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 25 de noviembre del año 2003; luego de esto, el magistrado Sergio García Ramírez, retomó el desarrollo del tema en el caso Tibi contra Ecuador, sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 07 de septiembre del 2004, en su voto concurrente razonado, específicamente en el párrafo III, numeral I, del referido voto, manifestó, en síntesis, que los jueces de los tribunales constitucionales examinan si los actos impugnados, contradicen o violan las reglas, principios y valores de las leyes fundamentales (que sería lo que llamamos control de constitucionalidad); mientras que los jueces transnacionales, es decir, los jueces de la Corte Interamericana, analizan los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa (que sería el denominado control de convencionalidad).



- b) *Que debe ejercerse dentro del marco de las competencias y regulaciones procesales de los órganos del Poder Judicial de cada Estado que haya ratificado la Convención.*

*128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”<sup>22</sup> ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú, 2006, p. 47).*

En el caso *Cabrera García y Montiel flores contra México*, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad debía ser ejercido por todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, de todos los niveles, “(...) en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (*Cabrera García y Montiel Flores contra México*, 2010, párr. 225).

A partir de todo lo anterior, se puede identificar:

- **Un control de convencionalidad difuso**<sup>23</sup>: cuya aplicabilidad recaerá sobre todos los jueces y órganos relacionados con la administración de justicia, incluyendo los jueces de las Cortes Suprema y de Tribunales Constitucionales, los cuales tienen la obligación de garantizar la no aplicación de normas contrarias al objeto y fin de las

22 En similar sentido, *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 10, párr. 124.

23 Se asemeja, al control de constitucionalidad difuso, que recae sobre todos los jueces o tribunales del Poder Judicial, a través del cual, el juez o tribunal del Poder Judicial, examina la conformidad o no del acto de que se trate, con las normas esbozadas por la Constitución de la República. Así, en el control de convencionalidad, los jueces u órganos de administración de justicia, deberán examinar, si el acto de que se trata, se encuentra conforme o no, con los preceptos y mandatos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con las interpretaciones que sobre éstas haga la Corte IDH, a través de su jurisprudencia.

normas contenidas en el Pacto de San José y demás instrumentos interamericanos de protección de derechos humanos, cuando hayan sido ratificados por el Estado de que se trate.

- **Un control de convencionalidad concentrado**<sup>24</sup>: que es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el 2011, en el caso *Boyce y otros contra Barbados*, la Corte IDH abordó el tema del control de convencionalidad, a partir del contenido de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>25</sup>, estableciendo la obligación del Estado de cumplir de buena fe con lo pactado, así como de no invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de sus obligaciones convencionales<sup>26</sup>.

Partiendo de todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que hoy en día, el control, la validación, la prevención y la efectiva protección de los derechos humanos de las personas se logra, a través de la interpretación y aplicación de las garantías mínimas contenidas en la Constitución de la República y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Estado, el principio *pro homine*<sup>27</sup> y ejerciendo el control de convencionalidad.

24 Se asemeja al control de constitucionalidad concentrado, que en nuestro caso, lo ejerce el Tribunal Constitucional, que es el competente para conocer las acciones directas de inconstitucionalidad (Art. 36 de la ley 137-11). En el caso del control concentrado de convencionalidad, este es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, última intérprete del Pacto de San José.

25 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Parte III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. Sección Primera. Observancia de los tratados: Art. 26: “Pacta Sunt Servanda”: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Parte III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. Sección Primera. Observancia de los tratados: Art. 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

27 Art. 74.4 de la Constitución de la República Dominicana: Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: (...) 4.- Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

## **Evolución del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad en República Dominicana**

Tal y como se afirmó previamente, los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado dominicano que versan sobre derechos humanos, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado, forman parte del denominado bloque de constitucionalidad y tienen jerarquía constitucional, todo ello, en aplicación de los artículos 26.2 y 74.3 de la Constitución de la República, así como de la Resolución 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

En ocasión de una acción de inconstitucionalidad respecto de la Ley Sectorial de Áreas Protegidas núm. 202-04, la Suprema Corte de justicia (que en ese entonces, era el órgano judicial encargado del control concentrado de constitucionalidad) dictó la Sentencia núm. 9, del 2 de febrero del año 2005, en la que estipula lo siguiente:

*Considerando, que conviene precisar, antes del análisis de la incidencia de las convenciones mencionadas sobre la ley cuestionada, cuya superioridad se aduce frente al derecho interno por ser aquellas normas del Derecho Internacional, que el Derecho Interno, por oposición al primero, es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización interna del Estado, lo que obvia y necesariamente incluye la Constitución del Estado de que se trate, por lo que resulta impropio afirmar que la Convención prevalece sobre todo el derecho interno de la Nación dominicana, en razón de que ninguna norma nacional o internacional puede predominar por encima de la Constitución, que es parte, la principal, de nuestro Derecho Interno, lo que es hoy reconocido por nuestro derecho positivo al consagrar el artículo 1 de la Ley No. 76-02 (Código Procesal Penal), al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que estos “prevalecen siempre sobre la ley”, de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado en denominar bloque de constitucionalidad, que reconoce igual rango a las normas que lo componen, no menos cierto es que frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, ésta debe prevalecer, de lo que se sigue que para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional, no es suficiente que ella contradiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte el Estado Dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución misma, salvo el caso que se trate de una disposición sobre derechos humanos comprendida dentro del bloque de constitucionalidad, en razón, primero, del principio de soberanía de la Nación dominicana consagrado en el artículo 3 de nuestra Ley Fundamental y, segundo, de que no existe en derecho internacional regla general alguna según la cual, excepto que ello se consigne expresamente, una norma internacional habría de derogar automáticamente una norma interna, anterior o posterior, que le sea contraria, y menos si esa norma es parte de la Constitución del Estado; (...)* (Sentencia núm. 9, del 2 de febrero del 2005).

Este mismo criterio fue mantenido por la Suprema Corte, en sentencia dictada posteriormente, en fecha 12 de agosto del año 2009 (Sentencia núm. 86, 2009, p. 9), en ocasión de una acción disciplinaria por violación a la ley 111 sobre exequátur profesional.

Por otro lado, en fecha 04 de noviembre del 2014, el Tribunal Constitucional dominicano, dictó la sentencia 256/14, sobre una acción directa de inconstitucionalidad incoada en fecha veinticinco (25) de noviembre del año dos mil cinco (2005), mediante la cual, dicho Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito por el presidente de la República Dominicana, el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) CITATION Sen 14 \1 3082 (Sentencia 256/14, 2014). Pero, a la vez que declara inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH, el último párrafo de la referida decisión, establece que ese órgano comparte los postulados y principios enarbolados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuáles seguirán siendo aplicados:

*9.21. Este colegiado comparte los postulados, principios, normas, valores y derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, que seguirán siendo normalmente aplicados, respetados y tomados en consideración por nuestra jurisdicción. El Estado dominicano siempre tiene la potestad, en el respeto de los debidos procedimientos constitucionales, de adherirse a cualquier instrumento de cooperación, de integración regional, o de protección de los derechos fundamentales CITATION Sen 14 \1 3082 (Sentencia 256/14, 2014).*

# Capítulo 4

## Derechos civiles y políticos

Los derechos civiles y políticos surgen de las teorías de los derechos naturales y los derechos del hombre; su gran auge se remonta al siglo XX, luego del término de las dos guerras mundiales, donde los derechos humanos se vieron reducidos a su mínima expresión, generando en el mundo, un movimiento que buscaba el reconocimiento universal de estos derechos (Martínez-Cifuentes, 2016, p. 117).

Para Martínez-Cifuentes, los derechos civiles y políticos “son aquellos encaminados a proteger las libertades individuales de poder del Estado o de otros agentes inmersos en él, bien sea de carácter público o privado”(Martínez-Cifuentes, 2016, p. 117). Están destinados a proteger al ser humano, individualmente, de cualquier agresión de cualquier órgano público. De su lado, el Estado está en la obligación de respetar estos derechos, y garantizar a cada persona, el libre y pleno goce de estos derechos, para lo cual, debe organizar la fuerza pública y crear mecanismos judiciales que los protejan (Cuba encuentro, 2018).

Los derechos civiles pueden diferenciarse, por su estructura, de los derechos políticos. Los derechos civiles se encuentran fundamentados en la libertad, forman una barrera que protege al individuo de los poderes del Estado, al cual le impide su injerencia en ciertos derechos que se reconocen, en principio, como intocables, al menos que se presente una excepción, la cual, a su vez, debe encontrarse detallada en la Constitución o la ley. Los derechos políticos, en cambio, se fundamentan en la igualdad, en donde el ciudadano busca involucrarse y participar de la cosa pública, en condiciones de igualdad (Valcárcel Torres y González Serrano, 2008).

Dentro de los derechos civiles, podemos citar como ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la libertad de culto o religión, a la libertad de expresión, a una tutela judicial efectiva, entre otros; como derechos políticos, podemos mencionar el derecho al voto o sufragio, el derecho de participar en actividades políticas, la libertad de asociación y afiliación política, entre otros.

Los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los derechos civiles y políticos son la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup> (1948) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>2</sup>; a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup> (1969)<sup>4</sup>; y a nivel interno, la Constitución de la República Dominicana<sup>5</sup> (2015).

En este capítulo se abordan los principales estándares internacionales fijados para la protección efectiva de los derechos civiles y políticos relativos al derecho a la libertad, al debido proceso de ley y a la prohibición de la esclavitud y servidumbre.

#### **4.1 Prohibición de la esclavitud y la servidumbre: El delito de trata de personas**

El fenómeno delictual de la trata de personas, afecta de manera directa la dignidad humana, ya que las víctimas son consideradas como mercancías que son subastadas el mejor postor. La trata forma parte del crimen organizado, y en las últimas décadas han ido en aumento, aunque las estadísticas a nivel nacional e internacional de los sistemas de justicia no lo reflejen. La trata, es considerada como la tercera industria criminal transnacional más grande que existe a nivel mundial, solo detrás del tráfico de estupefacientes y de armas.

---

1 Ver los artículos del 3 al 21.

2 Con entrada en vigor, el 23 de marzo de 1976.

3 La Convención Americana sobre Derechos Humanos dedica el capítulo II completo a los derechos civiles y políticos, el cual abarca los artículos que van desde el 4 hasta el 25.

4 Con entrada en vigor en fecha 18 de julio de 1978.

5 De los artículos que van del 37 al 49, en la Sección I (De los Derechos Civiles y Políticos), del capítulo I (De los Derechos Fundamentales) del Título II (De los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales).

El Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos (2014), estima que a nivel mundial, ochocientos mil personas son traficadas cada año, por las redes criminales que hacen parte del crimen organizado.

La respuesta mundial frente al crecimiento de esta forma de criminalidad fue la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en el año 2000, y los dos protocolos del mismo año: Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

La República Dominicana, es un país **de origen**, ya que una cantidad considerable de personas viajan al extranjero y luego son explotadas, y de **destino**, ya que muchas personas son traídas al país para fines de explotación.

En el presente capítulo, se abordará lo relativo al contexto de la trata de personas a nivel internacional y nacional, marco conceptual de la trata de personas y el análisis del tipo penal, las diferencias con otros delitos, indicadores y los estándares en el sistema interamericano relativos a este fenómeno delictivo conocido como la nueva forma de la esclavitud moderna.

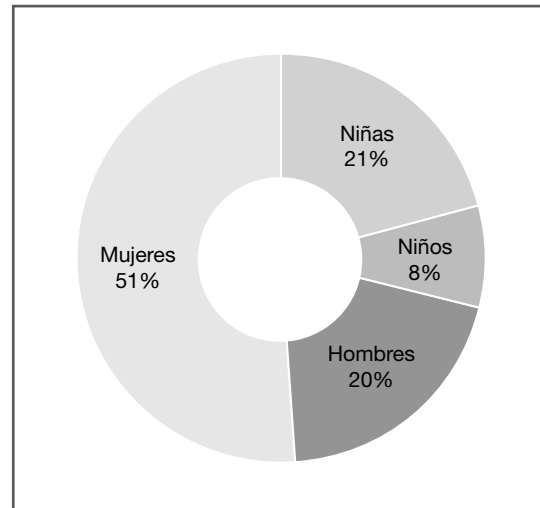
#### **4.1.1 Contexto a nivel internacional de la Trata de Personas**

Según Global Financial Integrity (2017), “la explotación sexual es la modalidad de esclavitud que más beneficios genera actualmente, hace ganar a los perpetradores de este delito alrededor de 99 mil millones de dólares al año, 21, 800 dólares de ganancia proporciona cada víctima.”

Las grandes ganancias que produce esta práctica esclavista es lo que motiva a individuos se asocian con la única finalidad de explotar a las víctimas reduciéndose a simples cosas que pueden comercializarse, sin importar las violaciones a los derechos humanos de estas personas.

De acuerdo a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2016), “el 51% de las víctimas son mujeres, el 21% niñas, 20% hombres y un 8% niños”. Las personas más vulnerables son las de sexo femenino de acuerdo a las estadísticas, ya que representan un 72%.

### **Perfil de Víctimas Detectadas**



### **Marco conceptual de Trata de Personas**

De acuerdo a la Fundación Esperanza (2003), “la trata es una forma de esclavitud moderna, en la cual se degrada al ser humano a la condición de objeto, el cual se negocia en cadenas mercantiles, se traslada dentro o fuera del país y luego en el destino final, es sometido a condiciones de explotación y otros fines ilícitos.”

La trata de personas en la actualidad conlleva la venta de una persona por uno ó más individuos que controlan el ejercicio de los atributos de la personalidad de la víctima sometida a condiciones de esclavitud.

Tal y como expresa Luciani Diego (2011), “Si bien hoy en día no se conocen casos de compraventa de personas en sentido formal como sucedía con los esclavos no cabe duda que aún existen resabios de esa actividad. En efecto, muchas veces quien recluta recibe por esa acción una compensación dineraria, por lo cual el ser humano pasa a ser objeto de la transacción económica.

A partir de allí el tratante ejerce el dominio sobre la persona, mediante una sujeción rigurosa y fuerte, al someter a la víctima a realizar el trabajo que le reporte ganancias deseadas, como sucedía en el pasado con el esclavo, quien por estar bajo el dominio exclusivo de su “dueño”- en la actualidad, “tratante o “explotador”- carecía de libertad para decidir.”

#### **4.1.2 Definición a nivel internacional**

El Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar La Trata De Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), define la Trata de Personas en artículo 3, inciso a) como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Con relación a los casos en que las víctimas sean personas menores de edad, dicho protocolo dispone en el artículo 3, que:

- b) “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”;



### 4.1.3 Definición a nivel nacional

El 12 de diciembre del año 2000, la República Dominicana firmó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), el 7 de agosto de 2003 promulgó la Ley 137-03, Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas (en adelante Ley 137), y en noviembre de 2006, los Protocolos, para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementan la misma.

La ley 137-03, sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas (2003), define la Trata de Personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, a la fuerza, a la coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o situaciones de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, para que ejerza cualquier forma de explotación sexual, pornografía, servidumbre por deudas, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud y/o prácticas análogas a ésta, o la extracción de órganos.”

El Estado Dominicano comprometido con el combate de la trata dispone en el artículo 41 de la Constitución (2010), la “Prohibición de la esclavitud. Se prohíben en todas sus formas, la esclavitud, la servidumbre, la trata y el tráfico de personas”.

### 4.1.4 Análisis del tipo penal de trata de personas

El tipo penal de trata para fines de análisis jurídico debemos hacerlo de la siguiente manera: **a) La conducta, b) Los medios comisivos, y c) Los fines.**

Conductas	Medios comisivos	Fines
Captar Trasladar Transportar Receptar	Amenaza Uso de la fuerza Coacción Rapto Fraude Engaño Abuso de poder Abuso de la situación de vulnerabilidad Pagos	Prostitución ajena. Otras formas explotación sexual. Trabajos o servicios forzados. Esclavitud Prácticas análogas a la esclavitud. Servidumbre Extracción de órganos

#### 4.1.4.1 La conducta

Es importante que abordemos el significado de los verbos rectores que son esenciales para que se configure el delito de Trata de Personas:

- Captación:** de acuerdo a Fernández, Ignacio (2010) la “captación puede producirse en el país de origen con la pretensión de sustraerla bajo una apariencia desinteresada de su estado de marginación o pobreza, generando así una dependencia de la que surge el influjo o después cuando la víctima es atraída con la promesa de un contrato de trabajo estable en su situación de residencia legal y en el lugar de destino se ve sometida a una situación de dominio por una serie de factores como la situación de irregularidad, la falta de arraigo, la necesidad de pagar una deuda con el explotador para costear el viaje, la incapacidad de aceptar la realidad del caso, todo ello normalmente favorecido por un contexto de coacción implícitamente ejercida o explícita si se amenaza a la víctima con causarle mal.”

Tal es el caso de la persona que recluta mujeres para ser enviadas hacia el exterior, se beneficia de este negocio y, está consciente que las mismas serán víctimas de trata de personas cuando lleguen al lugar de destino.

- **Transportar y Trasladar:** aunque estos términos se relacionan para los fines de determinar la acción en la Trata de Personas, debe entenderse que el transporte se configura cuando la víctima es llevada dentro o fuera del país hacia el lugar de explotación sin importar el medio empleado para lograrlo. En cambio, el traslado conllevaría que la víctima se encuentre en el destino de la explotación y sea transferida hacia otro lugar.

Ejemplo: un grupo de víctimas de nacionalidad dominicana es **transportada** desde el país hacia la República de Haití por la frontera terrestre, al llegar al destino de explotación Bar Passion, en Petionville, a la semana son **trasladadas** a Puerto Príncipe al Nighth Club el Águila.

- **Recepción:** es el hecho de recibir a la víctima para ser explotada posteriormente en un lugar determinado.

Ejemplo: La persona que recibe la víctima en el aeropuerto para luego ser trasladada al lugar en que será explotada.

#### 4.1.4.2 Los medios comisivos

De acuerdo a Baró, Jonathan et al (2012), “aunque la ley describe que las acciones o verbos típicos se deben producir por medio de Violencias (física, síquica o farmacológica), el Engaño (o la puesta en error) o el Abuso (de situaciones de vulnerabilidad, de inferioridad o subordinación), lo cual necesariamente viciaba el consentimiento del sujeto pasivo, no obstante hay una cláusula que insiste que aún cuando la víctima exprese voluntad de ser tratada, esa circunstancia no exime de responsabilidad penal al agente: *“aún con el consentimiento de la persona víctima”*.”

- **La violencia** que puede ser **física**, como propinar golpes o lesiones para doblegar el consentimiento de la víctima o el rapto o arrebatamiento por la fuerza de una persona; **psíquica**, como las amenazas de producirle algún mal a ella o a terceras personas, o la coacción; o **farmacológica** cuando se utiliza sustancias sicotrópicas o fármaco dependientes para doblegar la voluntad de las víctimas.

- **El engaño** mediante el cual se induce en error a otra persona, como el fraude o la maniobra dolosa, contraria a la verdad, a la cual se le lleva a la víctima. Se presenta comúnmente mediante ofertas de trabajo, propuestas de matrimonio o noviazgo, o de una mejor calidad de vida. El fraude alude a violación de la ley como la falsedad de documentos de inmigración o de documentos de identidad para hacer parecer a los menores de edad como mayores, entre otras.
- **El abuso de circunstancias de inferioridad o subordinación** se presenta por el aprovechamiento de situaciones en las que la víctima está en extrema necesidad o indefensa y por ende es vulnerable a que abusen de ella, la comercien o la traten o, respecto de menores de edad sometidos a la autoridad de una persona a quien le pagan para que dé su consentimiento sobre su explotación (padres, tutores, etc.). El abuso también se puede presentar por el poder o autoridad que se ejerce sobre la víctima, como por ejemplo los patrones respecto de sus trabajadores o los superiores jerárquicos respecto de sus subordinados”.

#### 4.1.4.3 Fines

Se refieren a las formas de explotación a la cual será sometida la víctima, la cual puede incluir de conformidad con la descripción del tipo penal de trata cualquier tipo de explotación para a) Ejercer cualquier forma de explotación sexual, b) Pornografía, c) Servidumbre por deudas, d) Trabajos o servicios forzados, e) Matrimonio servil, Adopción irregular, f) Esclavitud y/o prácticas análogas a ésta, y g) la extracción de órganos.

#### 4.1.5 Bienes jurídicos que afecta la trata de personas

El tipo penal de trata es considerado como una violación a los derechos humanos, ya que implica la vulneración a los derechos fundamentales de las víctimas. Entre los bienes jurídicos que pudiesen verse afectados están: la vida, personalidad jurídica, Integridad personal, tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, libertad y seguridad personales, protección de la honra y de la dignidad, derechos del niño, derecho de la mujer a una vida libre de violencia, propiedad privada.

#### 4.1.6 Formas de participación en el delito de trata de personas

##### ■ Penalidad

Las personas que cometan el delito de trata de personas serán condenadas a una pena entre 15 a 20 años de reclusión mayor, y al pago de una multa de 175 salarios mínimos.

##### ■ Tentativa de la Trata de Personas

Artículo 5 Ley 137-03 (2003), dispone que “la tentativa del tráfico ilícito de migrantes o trata de personas **será** castigada como el mismo hecho erigido en infracción.” Es importante resaltar que imponer la misma pena por un hecho que no se ha producido no es lo correcto desde el punto de vista del derecho sancionador, incluso la ley entra en contradicción con lo que plantea el actual Código Penal Dominicano en el sentido que estipula en el artículo 2 que “Toda tentativa de crimen **podrá** ser considerada como el mismo crimen, cuando se manifieste con un principio de ejecución, o cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad; quedando estas circunstancias sujetas a la apreciación de los jueces”.

El mandato que el legislador le impone al juzgador es que la tentativa será sancionada como el hecho mismo, sin embargo, en el caso del Código Penal, deja a la apreciación de éstos, la aplicación de la misma pena cuando establece que podrá considerarse como el crimen mismo.

##### ■ Complicidad

El artículo 6 de la ley 137-03, dispone que “Los que participen como cómplices en la comisión del crimen de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas serán objeto de igual pena a la que se les imponga a quienes resultaren autor o autores del hecho”. Si bien es cierto que la tendencia es que en la Trata de Personas al considerarse dentro de los delitos que hacen parte del Crimen Organizado y, por lo tanto cada persona que forma parte de la organización realiza un labor con la finalidad de que se configure el delito, lo mismo no es óbice para tomar en cuenta que la pena a imponer no debe ser la misma.

Dayenoff (2005), el autor indica que “la teoría del dominio del hecho, es quien tiene el dominio final del suceso mientras que los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho. Tiene dominio sobre el hecho quien, en base a su decisión de voluntad, lo realiza finalmente. Desde el punto formal objetiva formal, autor, es quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico.”

Ejemplo: el empresario que manda a buscar mano de obra irregular con otra persona con la finalidad de explotarla a nivel laboral. El empresario es quien controla la ocurrencia o no en este caso del hecho en cuestión, es por esto que su responsabilidad debe ser mayor de aquél que solo cumple instrucciones, es decir, el cómplice.

#### ■ **Circunstancias agravantes**

Artículo 7 Ley 137-03, “Se consideran circunstancias agravantes del delito de tráfico ilícito de migrantes o trata de personas:

- a) Cuando se produzca la muerte del o de las personas involucradas u objetos del tráfico ilícito de migrantes o la trata de personas, o cuando la víctima resulte afectada de un daño físico o psíquico temporal o permanente;
- b) Cuando uno o varios de los autores de la infracción sea funcionario público, electo o no, de la administración central, descentralizada, autónoma, o miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
- c) Cuando se trate de un grupo delictivo que pueda definirse como crimen organizado nacional o transnacional, debido a la participación en el tráfico ilícito de migrantes o trata de personas;
- d) Cuando exista una pluralidad de agraviados como resultado de los hechos incriminados;
- e) Si se realizan estas conductas en personas que padezca inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental temporal o permanente, o sean menores de 18 años;
- f) Cuando el responsable sea cónyuge o conviviente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad;

- g) Cuando el sujeto o los sujetos reincidan en las conductas de trata de personas y tráfico ilegal de migrantes;
- h) El que cree, altere, produzca o falsifique documentos de viaje o identidad, suministre o facilite la posesión de tales documentos, o al que, a través de dichos documentos o cualquier otro, promueva u obtenga por causa ilícita visado para sí u otra persona.

Párrafo I.- Para las agravantes señaladas en el anterior artículo, se establece una pena de cinco (5) años, en adición a la pena principal para los delitos descritos en la presente ley.

Párrafo II.- Para el cálculo de las multas consignadas por la presente ley, se utilizará como base el salario mínimo establecido por la autoridad competente en materia laboral, a la fecha que se cometa la infracción”.

Como se puede notar las agravantes en el delito de trata de personas están orientadas hacia el daño que se le causa a las víctimas, pluralidad de afectadas, agentes gubernamentales involucrados, etc. La imposición de una pena de 5 años adicional a la principal no tiene sentido, ya que lo correcto es establecer la sanción de manera precisa según la conducta del agente infractor.

#### **4.1.7 Diferencias entre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas**

Los tipos penales de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, en muchas ocasiones son manejados como si se trataran de la misma conducta criminal tanto por operadores del sistema de justicia, lo cual conlleva a que uno u otro se pueda invisibilizar, sin embargo, las diferencias entre ambos consisten en:

- a) El tráfico conlleva el **cruce irregular de frontera**. En la trata el **cruce puede haber sido legal o irregular**, o darse a nivel interno del país.
- b) La persona traficada **otorga su consentimiento** para que el traficante lo traslade al lugar del destino. En el caso de la persona tratada, el **consentimiento**

**es obtenido recurriendo a medios coercitivos**, amenazas, constreñimiento, abuso de autoridad, etc.

- c) El tráfico es un **delito de resultado**, que termina tan pronto se concreta el cruce irregular de la frontera. La trata es un **delito continuo**, ya que no cesa sino hasta cuando termina la explotación.
- d) El tráfico, es un **crimen contra el Estado**, el bien jurídico protegido que se violenta es la soberanía. La trata es un **delito contra la persona**, y se considera una violación a los derechos humanos.
- e) La persona objeto de tráfico en caso de ser extranjera y detenida por las autoridades deben ser **repatriada**. Las víctimas de trata deben ser **protegidas por el Estado**.

#### **4.1.8 Diferencias entre trata de personas y explotación sexual comercial**

### **Sujeto pasivo Legislación Conductas y medios Transnacionalidad Protección**

De acuerdo a Baró, Jonathan (2015), “La explotación sexual, ya sea de personas adultas ó menores de edad representa un desafío para el sistema de justicia y sus actores, esto se debe a que las semejanzas entre ambos fenómenos delictuales conlleva a que en ocasiones no se les dé una respuesta adecuada.

Hay que precisar que no existe ningún instrumento de derecho internacional en el cual los Estados hayan podido ponerse de acuerdo acerca de lo que debe entenderse por “Explotación”. Esto ha conllevado, a que algunos países hayan adoptado diversas legislaciones que tipifican conductas en las cuales son explotadas de manera indistinta víctimas adultas y menores de edad.



Las diferencias que podemos resaltar son:

- a) **Sujeto pasivo:** para que pueda configurarse el tipo penal de **Explotación Sexual Comercial** es imprescindible que la víctima sea una persona menor de edad. En la **Trata de Personas**, cualquier persona sin importar la edad puede ser víctima.
- b) **Legislación:** en la legislación dominicana, el tipo penal de **Explotación Sexual Comercial** y delitos conexos está definido en el artículo 410 de la Ley 136-03, Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y en los artículos del 192 al 197 de la propuesta de Nuevo Código Penal Dominicano. La Trata de Personas está tipificada en la Ley 137-03, Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas.
- c) **Transnacionalidad:** el carácter de la conducta del tipo penal de **Explotación Sexual Comercial**, no está acorde con el elemento transnacional sino con la afectación de bienes jurídicos a nivel interno. En la **Trata de Personas**, de manera indistinta las conductas delictuales pueden ser a nivel nacional y Transnacional.
- d) **Conductas delictuales:** el fin de la **Explotación Sexual Comercial** es la utilización de Niños, Niñas y Adolescentes en actividades sexuales. En la **Trata de Personas** la finalidad es más amplia y puede consistir ejercer la mendicidad, cualquier clase de explotación sexual, pornografía, trabajo o servicio forzado, servidumbre por deudas, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o sus prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.
- e) **Protección:** la víctima de **Explotación Sexual Comercial** al tratarse de una persona menor de edad, las autoridades cuando realizan un rescate envían a la misma a uno los Hogares de Paso de CONANI, no pueden por sí mismas oponerse a esta decisión, sino sus familiares, el objetivo es protegerlas mientras puedan ser reinsertadas en sus hogares. En la **Trata de Personas**, la víctima cuando es rescatada por las autoridades se le ofrece de manera voluntaria ingresar a un refugio, si existe oposición, lo que procede es tomar todos los datos y permitir que se marche a su hogar.”

#### 4.1.9 Diferencias entre trata de personas y proxenetismo

### Sujeto pasivo Legislación Conductas y medios Consentimiento Protección

- **Sujeto pasivo:** existe una coincidencia en el sujeto pasivo, ya que hombres y mujeres pueden ser objeto o víctima de estas manifestaciones delictuales.
- **Legislación:** el proxenetismo está tipificado en el artículo 334 del Código Penal Dominicano, y la trata de personas en la ley 137-03.
- **Conductas y medios:** aunque existen algunas similitudes en las conductas de ambos tipos penales, la trata de personas conlleva obligatoriamente para su configuración el empleo medios comisivos como la fuerza, amenaza, coacción, abuso de poder, etc, lo cual no se encuentra en el delito de proxenetismo.
- **Consentimiento:** existe un acuerdo entre el proxeneta y la persona que ejerce la prostitución, ya que no ésta última lo hace de manera voluntaria sin que medie ningún medio comisivo, sin embargo, en la trata de personas el consentimiento no es válido, puesto que nadie puede consentir en la violación de sus derechos fundamentales.
- **Protección:** a las personas que ejercen la prostitución se les considera como objeto del proxenetismo, si existe un proxeneta que recibe beneficios de esta actividad criminal, las autoridades deben dispensarles un trato digno a éstas, y permitirles que retornen a sus hogares, ya que no son víctimas. En el caso de la trata de personas, las personas afectadas son consideradas como víctimas, y el Estado está en la obligación de brindarles una protección integral como: asistencia legal gratuita, servicios médicos y psicológicos, confidencialidad, no revictimización, etc.

#### 4.1.10 Indicadores en caso de Trata de Personas:

- **No puedan abandonar su lugar de trabajo:** muchas de las víctimas se encuentran atrapadas sin poder salir del lugar en las cuales son explotadas, tal es el caso de un burdel en el cual son vigiladas por los explotadores.
- **Muestren señales de que están controlando sus movimientos:** cuando el investigador detecta que la víctima teme en hablar por miedo a que las personas que la explotan se den cuenta y que no pueda moverse libremente, esto es una señal de alerta para las autoridades.
- **Den muestra de miedo o ansiedad:** por el ciclo de violencia que atraviesan las víctimas de Trata de Personas, es normal que estas sufran de miedo o ansiedad, lo cual es un indicio de que esa persona ha sido afectada por el ilícito penal.
- **Sean objeto de violencia o amenazas para ellas, sus familiares y sus seres queridos:** una de las formas en las cuales los y las explotadores/as mantienen el control de las víctimas de Trata de Personas, es a través del empleo de violencia hacia ellas o amenazan con tomar represalias contra ellas o sus familiares. Tal es el caso de la condenada “**L. Diloné**, que abusó de su condición de madre de la adolescente L.C.C.A., la trasladó desde la casa del abuelo paterno, ubicada en San Francisco de Macorís, hasta la casa donde residía con su pareja S. García, la llevaba a cabañas, montes y en sembradíos de naranjas, y la obligaba a sostener relaciones sexuales con diversos hombres, los cuales que eran contactados a través de la vía telefónica. La niña era amenazada de muerte, golpeada en distintas partes de su cuerpo, la condenada se aprovechó del estado de vulnerabilidad y su estado de minoridad de la víctima”.
- **Sufran lesiones que parecen derivadas de la aplicación de medidas de control:** algunas víctimas presentan lesiones que son evidentes como consecuencia de la situación de explotación que han sufrido por ejemplo: moretones en diversas partes de su cuerpo, heridas, hematomas, etc.
- **Sientan temor de revelar su situación migratoria:** ocurre de manera frecuente con las víctimas de nacionalidad extranjera, las cuales se niegan a

admitir que se encuentran de manera irregular en el territorio, ya que temen que las autoridades puedan repatriarlas hacia sus países de origen.

■ **No estén en posesión de su pasaporte o documentos de viaje**

**(boleto de bus, avión):** Es frecuente con las víctimas de trata de personas en el extranjero, una de las formas que consiguen los tratantes de despojar de sus documentos personales: pasaportes, boletos aéreos, etc, tal es el caso de “Las hermanas J y G P, gemelas, residentes en un municipio de la Provincia de Peravia, un señor Juan se presentó a la casa de sus padres y les ofreció hacerles un viaje hacia Grecia para que las mismas fueran a trabajar en un night club como bailarinas, en el cual conseguirían mucho dinero, debían de conseguir la suma de 450, 000.00 pesos para pagar el viaje, sin embargo, estas no poseían recursos económicos. El señor Juan, les propuso trabar una hipoteca a la casa de sus padres por un monto de 450,000.00, con el concepto de que les prestó dicha suma, esto serviría de garantía para que las hermanas les pagaran.

Las hermanas recibieron un contrato de trabajo para laborar en Suiza en un night club propiedad de Italiano Gian, sus familiares consiguieron dinero para que pudiesen viajar. Cuando las hermanas llegaron a Suiza, desde el Aeropuerto, el nacional italiano Gian y Juana de nacionalidad dominicana, **les quitaron los documentos de viaje**, y les expresaron que tenían una deuda con ellos y debían pagarles.

Las hermanas fueron obligadas a prostituirse durante un año en varios night clubs, bajo la amenaza de que si no accedían perderían su vivienda en la República Dominicana.”

■ **Desconocen el domicilio donde se encuentran en ese momento:** las víctimas de Trata de Personas en ocasiones no tienen la capacidad de poder identificar y precisar el lugar en el cual están siendo explotadas, esto ocurre por lo regular cuando son trasladadas hacia otros países e incluso dentro del mismo territorio de origen.

■ **Estén obligadas a trabajar en determinadas condiciones:** las víctimas se ven compelidas a ejercer sus labores en condiciones precarias, esto lo vemos

en burdeles y lugares en que son explotadas para fines de trabajo forzado. Como es el caso de las personas que son explotadas en minas, zonas agrícolas, lugares peligrosos, etc.

- **Sean objeto de castigos para imponerles disciplina:** una de las técnicas que emplean los y las explotadores/as es castigar a las víctimas de Trata de Personas, al infringirles golpes con mucha severidad con la intención de doblegarlas y que mantengan la disciplina.
- **No puedan comunicarse libremente con otros o sus familiares:** una de las medidas que les son aplicadas a las víctimas de Trata de Personas, es impedirles que puedan comunicarse con sus familias, y si lo permiten son vigiladas para que no hablen ni expresen que están siendo explotadas.
- **Tengan impresión de estar obligadas por deudas económicas:** una de las estrategias de las personas que explotan a las víctimas de Trata de Personas, consiste en hacerles creer que tienen una gran deuda, y hasta que no paguen la misma no podrán librarse.
- **Sus gastos de transporte hayan sido pagados por facilitadores y estén obligadas a reembolsarlos esos gastos trabajando o prestando servicios:** los y las explotadores/as pagan en ocasiones boletos aéreos en el extranjero y pasajes en el interior del país, esto con el objetivo de garantizar que las víctimas de Trata de Personas, no abandonará el lugar hasta tanto no les hayan pagado en su totalidad lo prestado.
- **Hayan actuado sobre la base de promesas engañosas:** Tal es el caso de las víctimas que son contratadas para ejercer un servicio específico y luego son sometidas a explotación. El ejemplo básico y frecuente es de la mujer que es contratada en el exterior para servicios domésticos y cuando llega al lugar se percata que es para fines de prostitución forzada.
- **Duerman donde trabajan:** muchas víctimas de Trata de Personas, son confinadas a dormir en el lugar donde son explotadas. Tal es el caso de las víctimas que son obligadas a prostituirse en burdeles, y que duermen en el mismo lugar.

- **No tengan dinero en efectivo propio:** las víctimas de Trata de Personas, solo cobran con fichas o tickets que las personas que ejercen la explotación les acumulan.
- **Existan indicios que han mantenido relaciones sexuales sin protección y no pudieron negarse:** las víctimas no pueden negarse a sostener relaciones sexuales con clientes, ya que explotador es quien ejerce la voluntad sobre ellas y decide todo. Si una víctima se niega a cumplir con lo que indica su jefe entonces es castigada a nivel físico o es posible de que le coloquen una multa drástica.
- **Anuncios de prostíbulos, ofreciendo personas de determinada nacionalidad ó empresas buscando personal para laborar:** es normal al revisar los clasificados de los distintos periódicos anuncios de prostíbulos que ofertan mujeres extranjeras para fines de hacerles compañías a hombres. En ese mismo sentido anuncios de empresas que buscan personas para ser empleadas en el extranjero.

#### **4.1.11 Estándares del sistema interamericano en materia de trata de personas**

El derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la Convención Americana. Forma parte del núcleo inderogable de derechos.

*‘Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento*

*de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).*

El primer caso conocido por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos es el de “los trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (2016), el cual se relaciona con la situación de trabajo forzado y servidumbre por deudas en la Fazenda Brasil Verde, ubicada en el norte del Estado de Pará, en un contexto en el que decenas de miles de trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo, que tiene sus raíces en una discriminación y exclusión histórica. El Estado de Brasil fue condenado y comprometió su responsabilidad internacional, al quedar probado que no actuó de manera diligente en la investigación, persecución y protección de las víctimas de trata de personas.

En el Informe de Fondo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó que: existe una estrecha relación entre las distintas prácticas abusivas como trabajo forzoso, esclavitud, servidumbre por deudas, trata y explotación laboral. La interrelación entre estas conductas supone que un mismo hecho puede ser calificado bajo distintos conceptos y que, en ningún caso, son excluyentes entre sí.

#### **4.1.12 Elementos constitutivos de la Esclavitud**

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “269. los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: **i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad**, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima”. (Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, 2016, p. 71)

El llamado “ejercicio de atributos de la propiedad” debe ser entendido como el control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona. Por lo general, este ejercicio se apoyará y se obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción.

“272. La Corte comparte ese criterio y lo considera concordante con lo decidido por el Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental (supra párrs. 259 a 262), de modo que para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad:

a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio, i) la explotación.” (Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, p. 72)

#### **4.1.13 Estándares para la configuración de trata de personas de conformidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La definición acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la contenida por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000), y sirve de marco de referencia para interpretar de manera correcta los casos que puedan llegar al sistema interamericano, en este sentido se estableció que “289. De lo anterior, la Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana



debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades.

290. Por lo tanto, la prohibición de “la trata de esclavos y la trata de mujeres” contenida en el artículo 6.1 de la Convención Americana se refiere a:

i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación”. (Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, 2016, p. 76 y 77).

La Corte considera que “309 la prohibición de la esclavitud es considerada una norma imperativa del derecho internacional (ius cogens) y su violación puede configurar un delito de lesa humanidad. Además, la Corte ha considerado que en virtud del carácter pluriofensivo de la esclavitud, al someter una persona a dicha condición, se violan varios derechos individualmente, algunos en mayor o menor intensidad dependiendo de las circunstancias fácticas específicas de cada caso”. (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs Guatemala, 2018, p. 100).

Una de las formas de la trata de personas la constituye **la adopción irregular**, en este aspecto la Corte estableció “314 por otra parte, la adopción ilegal ha sido considerada una forma de explotación, de forma tal que la trata de personas con fines de adopción no requeriría para su configuración una explotación posterior del niño o niña, distinta a la propia adopción”. (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs Guatemala, 2018, p. 102).

La Corte entiende que “315. Como se mencionó previamente, **la finalidad de explotación no ha sido definida en el derecho internacional** (supra párr. 312). Sin embargo, las formas de explotación que generalmente se incluyen de manera expresa, **evidencian que la finalidad de explotación implica que el traficante realice el acto con el objetivo de utilizar una persona de manera abusiva para su propio beneficio**. De esta manera, se atribuye un valor al individuo, por ejemplo por medio de su mano de obra, para después convertirlo en un beneficio propio, bajo condiciones abusivas e injustas o fraudulentas, beneficio que es el resultado de la cosificación o comercialización del mismo individuo. Tomando en cuenta todas las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que la adopción ilegal puede constituir una de las finalidades de explotación de la trata de personas. **Una adopción ilegal por sí misma no constituye el delito de trata de personas, pero cuando los actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas (supra párr. 310) se cometen con el fin de facilitar o llevar a cabo una adopción ilegal se está ante un supuesto de trata de personas con fines de adopción**. En este supuesto el traficante desarrolla estas conductas con el propósito de explotar a la propia niña o niño por medio de su cosificación para una adopción ilegal. **La Corte estima que, para que se configure el delito de trata de personas en este contexto, no es necesario que la adopción ilegal sirva como medio para una explotación posterior del niño o niña adoptado, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, pues la explotación viene dada por la propia comercialización del niño o niña bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción**. (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs Guatemala, 2018, p. 104).

La interpretación de la Corte es muy importante y enriquecedora, ya que la legislación dominicana contempla la adopción irregular como una de las formas de trata de personas, sin embargo, dicha conducta no se encuentra definida.

De acuerdo a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos “El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo: **el control**

### **ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación:**

- i) el control de movimiento o del ambiente físico de la persona;
- ii) el ejercicio de control sobre una persona mediante coacción física o psicológica de tal manera que implique la pérdida de su autonomía individual y la explotación contra su voluntad;
- iii) la adopción de medidas para impedir la fuga, y
- iv) el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.” (Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, 2016, p. 76)

#### **4.2 Derecho a la libertad y a la seguridad personal**

Cecilia Medina Quiroga señala que la libertad “de manera amplia, se asocia con la posibilidad de autodeterminarse, es decir, de conducirse en la vida como a la persona le parezca”, siempre que sus actos no afecten a terceros (Medina Quiroga, 2003).

A nivel internacional, existe un marco normativo bastante amplio que consagra y protege el derecho a la libertad y a la seguridad personal; a modo de ejemplo, puede mencionarse, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>6</sup> (1948), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre<sup>7</sup> (1948), la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas<sup>8</sup> (2006), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

6 Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos:

**Artículo 3:** “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

**Artículo 11.2:** “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

7 Ver Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

**Artículo I.** “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

**Artículo XXV.** Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

De los instrumentos jurídicos internacionales antes mencionados, tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana, contemplan el derecho a la libertad y a la seguridad personal en términos generales, mientras que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, establecen los elementos claves de su definición<sup>9</sup> así como varias garantías para su protección<sup>10</sup> (O'Donnell, 2012).

8 Ver Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas:

**Artículo 17:** 1. Nadie será detenido en secreto; 2. Sin perjuicio de otras obligaciones internacionales del Estado Parte en materia de privación de libertad, cada Estado Parte, en su legislación: a) Establecerá las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad; b) Determinará las autoridades que estén facultadas para ordenar privaciones de libertad; c) Garantizará que toda persona privada de libertad sea mantenida únicamente en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos y controlados; d) Garantizará que toda persona privada de libertad sea autorizada a comunicarse con su familia, un abogado o cualquier otra persona de su elección y a recibir su visita, con la sola reserva de las condiciones establecidas por la ley, y en el caso de un extranjero, a comunicarse con sus autoridades consulares, de conformidad con el derecho internacional aplicable; e) Garantizará el acceso de toda autoridad e institución competentes y facultadas por la ley a los lugares de privación de libertad, si es necesario con la autorización previa de una autoridad judicial; f) Garantizará en cualquier circunstancia a toda persona privada de libertad y, en caso de sospecha de desaparición forzada, por encontrarse la persona privada de libertad en la incapacidad de ejercer este derecho, a toda persona con un interés legítimo, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el derecho a interponer un recurso ante un tribunal para que éste determine sin demora la legalidad de la privación de libertad y ordene la liberación si dicha privación de libertad fuera ilegal. 3. Cada Estado Parte asegurará el establecimiento y el mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o actualizados de las personas privadas de libertad, que bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad judicial o de toda otra autoridad o institución competente de acuerdo con la legislación nacional o cualquier instrumento jurídico internacional relevante del que el Estado sea Parte. Esa información contendrá al menos: a) La identidad de la persona privada de libertad; b) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad; c) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta; d) La autoridad que controla la privación de libertad; e) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar; f) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad; g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida; h) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado.

**Artículo 18:** 1. Sin perjuicio de los artículos 19 y 20, cada Estado Parte garantizará a toda persona con un interés legítimo en esa información, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el acceso, como mínimo, a las informaciones siguientes: a) La autoridad que decidió la privación de libertad; b) La fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; c) La autoridad que controla la privación de libertad; d) El lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; e) La fecha, la hora y el lugar de la liberación; f) Los elementos relativos al estado de salud de la persona privada de libertad; g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos. 2. Se adoptarán, llegado el caso, medidas adecuadas para garantizar la protección de las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, así como de quienes participen en la investigación, contra cualquier maltrato, intimidación o sanción en razón de la búsqueda de informaciones sobre una persona privada de libertad.

9 Las normas en dichos instrumentos jurídicos de carácter internacional, relativas a la definición del derecho a la libertad, son aplicables a toda privación de libertad, sin importar el motivo.

10 En lo referente a las garantías, algunas de éstas rigen en toda privación de libertad; otras tienen aplicabilidad sólo en lo penal; esto último, debido a que en los procesos penales son en los que más se dan los casos de privación de libertad.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7) (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, 2007).*

A nivel interno, pasa igual con la Constitución de la República Dominicana cuyo artículo 40 establece el derecho de todas las personas a la libertad y a la seguridad personal, a la vez que define una serie de garantías dirigidas a lograr la real protección y efectividad de dicho derecho; la Constitución positiviza estas normas definidas por los instrumentos jurídicos internacionales antes citados, convirtiendo de esta forma el derecho a la libertad y a la seguridad personal en un derecho fundamental de toda persona en territorio dominicano. De igual manera, estas normas irradian de manera especial, el proceso penal dominicano, al aparecer plasmadas también, en el Código Procesal Penal de la nación; tal y como puede observarse, en el siguiente cuadro:

<b>Derecho a la libertad y a la seguridad personal (Contenido y garantías)</b>					
Art. 7 de la CADH <sup>11</sup>	DUDH <sup>12</sup>	DADDH <sup>13</sup>	PIDCP <sup>14</sup>	Const. <sup>15</sup>	CPP <sup>16</sup>
	Art.	Art.	Art.	Art.	Art.
1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.	3	I	9.1	40	15
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. (Principio de legalidad)	11.2	XXV	9.1	40.13	7
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.			9.1	40.1 40.6	15
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.			9.2	40.2 40.3	224

11 CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

12 DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

13 DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

14 PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

15 Const.: Constitución de la República Dominicana (2015).

16 CPP: Código Procesal Penal de la República Dominicana.

<p>5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio</p>		<p>XXV</p>	<p>9.3</p>	<p>40.5</p>	<p>226</p>
<p>6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.</p>			<p>9.4</p>	<p>71</p>	<p>381</p>
<p>7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.</p>		<p>XXV</p>		<p>10</p>	

#### 4.2.1 Concepto de libertad y de seguridad personal

La libertad personal se entiende como la libertad física (O'Donnell, 2012); el concepto de seguridad plantea la idea de “*estar exento de peligro, exento de riesgo*” (Medina Quiroga, 2003). Proteger el derecho a la libertad, implica proteger la libertad física de los individuos como la seguridad personal<sup>17</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido cuál es el alcance y contenido del art.7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestando que cuando se habla de libertad, se está hablando de “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, considera la libertad, como “un derecho humano básico, propio de los atributos de las personas, que se proyecta en toda la Convención Americana”; mientras que la seguridad personal, hace referencia a “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable” (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, 2007)<sup>18</sup>.

*53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o*

17 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y Otros contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 135. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bámaca Velásquez contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 25 de noviembre del 2000, párr. 141.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de noviembre del 2007, párr. 52. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. I.V. contra Bolivia (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 30 de noviembre del 2016, párr. 151.



*restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción* (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, 2007).

Es importante resaltar, que con frecuencia, la privación de libertad se convierte en un medio para atentar contra los derechos fundamentales de las personas (O'Donnell, 2012):

*150. Como ya lo ha establecido este Tribunal, una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”. A lo anterior habría que agregar que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención. Por todo ello, la Corte ha afirmado que, “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] la incomunicación debe ser excepcional y [...] su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana” (Bámaca Velásquez contra Guatemala (Fondo), 2000)<sup>19</sup>.*

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en su jurisprudencia, que cualquier violación de los numerales que van del 2 al 7 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generará necesariamente la violación del art. 7.1 de dicha Convención, toda vez que el no respetar las garantías que revisten a una persona privada de libertad, conduce indefectiblemente a la falta de protección del propio derecho a la libertad de la persona<sup>20</sup>.

19 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cantoral Benavides contra Perú (Fondo). Sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 83 y 84.

20 Ídem, párr. 54. Ver también sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Yvon Neptune contra Haití (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 6 de mayo de 2008, párr. 91. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ruano Torres y otros contra El Salvador (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 5 de octubre de 2015, párr. 140.

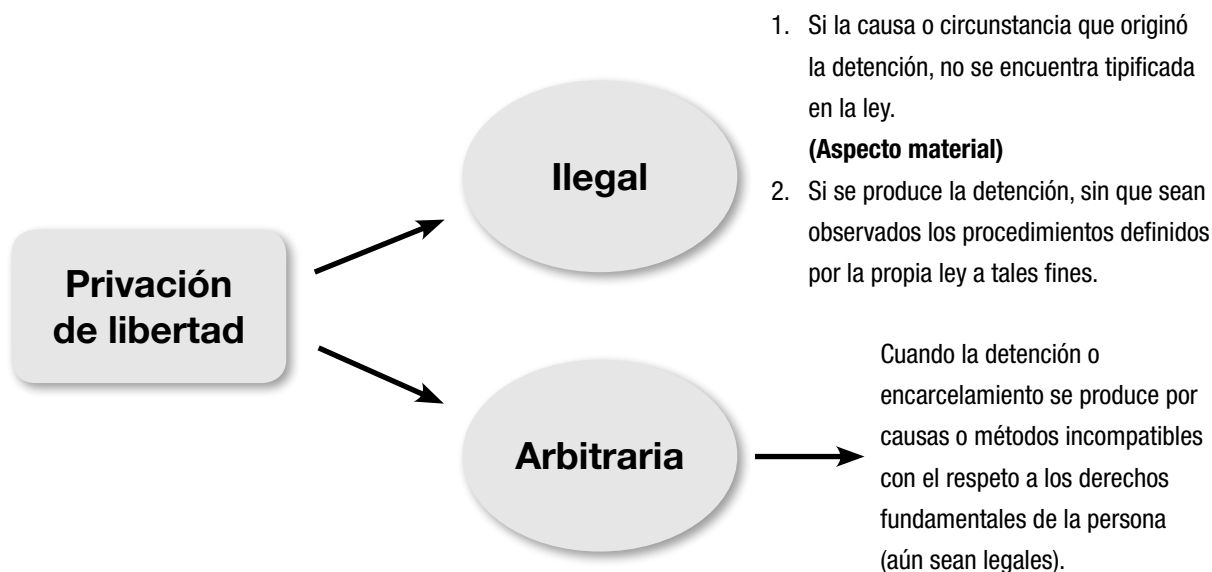
#### 4.2.2 Ilegalidad y arbitrariedad de la detención o privación de libertad

El art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece la prohibición de que una persona sea restringido o privado de su libertad física, salvo por las causas o condiciones previamente fijadas por ley. Por tanto, los Estados están en la obligación de contar en sus constituciones políticas o en sus leyes, con disposiciones claras que establezcan bajo qué condiciones y en virtud de cuáles supuestos, puede limitarse el derecho a la libertad de una persona. Además, estas leyes deberán estar redactadas conforme a los fines y preceptos establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cuanto al art. 7.3 de la precitada Convención, dispone la prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado de establecer la diferencia entre una y otra norma, es decir, entre una detención ilegal y una detención o encarcelamiento arbitrario:

*47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad (Gangaram Panday contra Surinam, 1994)<sup>21</sup>.*

21 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cesti Hurtado contra Perú. Sentencia del 29 de septiembre de 1999, párr. 140. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y Otros contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 131. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Durand y Ugarte contra Perú (Fondo). Sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 85. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cantoral Benavides contra Perú (Fondo). Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 69. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bámaca Velásquez contra



### ■ Legalidad de la privación de libertad

Respecto al numeral 2 del artículo 7 de la Convención Americana, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador<sup>22</sup>, la Corte Interamericana estableció que dicha norma “reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal”(Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, 2007). Asimismo, en el caso Yvon Neptune contra Haití, estableció la Corte IDH que “la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad” (Yvon Neptune contra Haití, 2008), lo cual “obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física (Usón Ramírez contra Venezuela, 2009); por tanto, este artículo 7.2 de la Convención “remite automáticamente a la normativa interna”, lo cual hace que sea obligatorio que en la detención de una persona,

Guatemala (Fondo). Sentencia del 25 de noviembre del 2000, párr. 139. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palamara Iribarne contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 22 de noviembre del 2005, párr. 196. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Servellón García y otros contra Honduras (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párr. 89. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ticona Estrada y otros contra Bolivia (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 57.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de noviembre del 2007, párr. 56.

se cumpla con todos los requisitos establecidos al respecto por la ley nacional, puesto que de lo contrario, dicha detención sería ilegal y contraria a la Convención Americana<sup>23</sup>.

De igual forma, la Corte IDH definió lo que ha de entenderse por “ley”<sup>24</sup> :

*56. (...) norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez contra Ecuador, 2007).*

En el caso *López Álvarez contra Honduras*<sup>25</sup>, la Corte IDH manifestó que para los casos de arrestos flagrantes, es necesario que “exista un control judicial inmediato de dicha detención, como medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de la medida” (*López Álvarez contra Honduras*, 2006). Esto, a su vez, se encuentra relacionado con el numeral 5 del art. 7 de la Convención Americana que dispone que toda persona detenida, debe presentarse sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, a los fines de que éste pueda ejercer un control jurisdiccional sobre dicha detención.

Asimismo, en el caso *Fleury y otros contra Haití*, la Corte IDH expresó que para los fines del artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos “una detención, sea por un período breve, o una “demora”, así sea con meros fines de identificación, constituyen formas de privación a la libertad física de la persona y, por ende, en tanto limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando

---

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Yvon Neptune contra Haití* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 6 de mayo de 2008, párr. 96. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Usón Ramírez contra Venezuela* (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 145. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Vélez Loor contra Panamá* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 164.

24 El concepto fue definido por la Corte en la Opinión Consultiva OC-6/86, sobre La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 9 de mayo de 1986, párr. 38.

25 Corte Interamericano de Derechos Humanos. *López Álvarez contra Honduras* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 01 de febrero del 2006, párr. 64.

ésta sea compatible con la Convención” (Fleury y otros contra Haití, 2011, párr. 54). Asimismo, en el caso *García y Familiares contra Guatemala*, la Corte estableció que “toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física” (*García y Familiares contra Guatemala*, 2012, párr. 100).

Acorde con el precepto establecido en el art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los estándares fijados al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución de la República Dominicana establece en su artículo 40.1 que “nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito”; de igual forma, el art. 40.2 dispone que “toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse”, y el art. 40.5 establece que “toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare”.

Por otra parte, y en consonancia con la Constitución de la República y con la Convención Americana el art. 224 del Código Procesal Penal<sup>26</sup>, regula todo lo relativo al arresto de una persona, la flagrancia y establece bajo cuáles supuestos, el mismo puede darse:

Art. 224 del Código Procesal Penal (Modificado por el artículo 53 de la Ley 10-15):

*Arresto. La policía debe proceder al arresto de una persona cuando una orden judicial así lo ordene. La policía no necesita orden judicial cuando el imputado:*

---

26 Modificado por el art. 53 de la Ley 10-15

- 1) *Es sorprendido en el momento de cometer el hecho punible o inmediatamente después, o mientras es perseguido, o cuando tiene objetos o presenta rastros que hacen presumir razonablemente que acaba de participar en una infracción;*
- 2) *Se ha evadido de un establecimiento penal o centro de detención, o del lugar donde deba cumplir el arresto domiciliario;*
- 3) *Tiene en su poder objetos, armas, instrumentos, evidencias o papeles que hacen presumir razonablemente que es autor o cómplice de una infracción y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar;*
- 4) *Ha incumplido la regla de la suspensión condicional del procedimiento o la orden de protección que se le haya impuesto;*
- 5) *Ha incumplido la medida prevista en el numeral 5) del Artículo 226 consistente en la colocación de un localizador electrónico;*
- 6) *Si habiéndose colocado la medida establecida en el numeral 2) del Artículo 226 intenta salir del país.*

*En el caso del numeral 1) de este Artículo, si la búsqueda o persecución ha sido interrumpida, se requiere orden judicial.*

*En ningún caso se puede practicar el arresto cuando se trate de infracciones de acción privada o de aquéllas en las que no está prevista pena privativa de libertad.*

*Si se trata de una infracción que requiere la instancia privada, aquel que practica el arresto informa inmediatamente a quien pueda presentar la denuncia o querrela, y si éste no la presenta en el término de cuarenta y ocho horas, el arrestado es puesto en libertad.*

*La autoridad policial que practique el arresto de una persona debe ponerla, sin demora, a la orden del ministerio público, para que éste, si lo estima pertinente, disponga directamente su puesta en libertad o solicite al juez la medida de coerción que corresponda para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, evitar la destrucción de prueba relevante para la investigación, proteger a la víctima o los testigos del proceso. La solicitud del ministerio público debe formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir del arresto.*

*En todos los casos el ministerio público debe examinar las condiciones en que se realiza el arresto. Si el arresto no resulta conforme con las disposiciones de la ley, dispone la libertad inmediata de la persona y en su caso vela por la aplicación de las sanciones disciplinarias que correspondan.*

*En el caso del numeral 1) de este Artículo, cualquier persona puede practicar el arresto, con la obligación de entregar inmediatamente al arrestado a la autoridad competente más cercana.*

*De las incidencias del arresto flagrante se levanta un acta que se incorpora al juicio por su lectura.*

A la vez, el art. 225 del Código Procesal Penal<sup>27</sup>, establece que el juez, a solicitud del ministerio público, puede ordenar el arresto de una persona “cuando sea necesaria su presencia y existen elementos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o cómplice de una infracción, que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar” o cuando “después de ser citada a comparecer no lo hace y es necesaria su presencia durante la investigación o conocimiento de una infracción”.

Por último, señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decidido casos en los que ha determinado que se ha producido una violación al art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto del numeral 2 como del 3, es decir, que ha considerado una detención, como ilegal y arbitraria a la vez; tal es el caso de Castillo Páez contra Perú (Castillo Páez contra Perú, 1997, párr. 56), en el que la Corte consideró violados, los artículos 7.2 y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que la detención se produjo en ausencia de las condiciones previstas por la Constitución de Perú, ya que se dio al margen de una orden motivada emitida por una autoridad judicial, y además, la misma no se produjo en el marco de una flagrancia o de un Estado de emergencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)<sup>28</sup>.

---

27 Modificado por el artículo 54 de la Ley 10-15.

28 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. 19 Comerciantes contra Colombia (Fondo,

## ■ Arbitrariedad de la privación de libertad

El numeral 3 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

Al respecto, en una de sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó al Comité de Derechos Humanos, el cual señaló que “no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales. (...)” (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, 2007, párr. 92).

El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria, citado por O’Donnell (O’Donnell, 2012), considera arbitraria la privación de libertad en los casos siguientes<sup>29</sup>:

- i) *Cuando es manifestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique (como el mantenimiento en detención de una persona tras haber cumplido la condena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I);*
- ii) *Cuando la privación de libertad resulta de un enjuiciamiento o una condena por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y, además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II);*
- iii) *Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pertinentes instrumentos internacionales aceptados por los Estados*

---

reparaciones y costas). Sentencia del 05 de julio del 2004, párr. 145. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gutiérrez Soler contra Colombia (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 52. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Masacres de Ituango contra Colombia (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 153.

29 Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de las Naciones Unidas. Opinión no. 32/2006 (Quatar). Comunicación dirigida al Gobierno el 10 de marzo de 2006 relativa al Sr. Amar Ali Ahmed Al Kurdi. A/HRC/7/4/Add.1.



*Partes es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad, en cualquier forma que fuere, un carácter arbitrario (categoría III).*

De igual forma, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, la Corte IDH estableció los requisitos con los que debía cumplir toda medida que prive o restrinja la libertad de una persona, a los fines de que dicha medida no se considere como arbitraria:

*93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador , 2007).*

En ese sentido, la Constitución dominicana dispone en el art. 40.9, que “las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar”; de su lado, las medidas de coerción de carácter personal se encuentran estipuladas en el art. 226 del Código Procesal Penal<sup>30</sup>, y son las siguientes: 1) La presentación de una garantía económica suficiente;

<sup>30</sup> Modificado por el art. 55 de la Ley 10-15.

2) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; 3) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez; 4) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 5) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; 6) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga; 7) La prisión preventiva.

Para la imposición de cualquiera de estas medidas, es necesario que concurren las siguientes circunstancias<sup>31</sup>:

- 1) Que existan elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;
- 2) Que exista peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento;
- 3) Que la infracción que se le atribuya, esté reprimida con pena privativa de libertad.

Sobre la garantía económica, el art. 235 del Código Procesal Penal dominicano establece que el juez, al imponerla, deberá apreciar su idoneidad y en ningún caso, podrá fijar una garantía excesiva ni de imposible cumplimiento, en atención a los recursos económicos del imputado.

Estos presupuestos exigidos por el Código Procesal Penal de República Dominicana que obligatoriamente deben concurrir a la hora de imponer alguna de las medidas de coerción de carácter personal antes citadas, se encuentran cónsonos con la jurisprudencia que, en ese mismo sentido, ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

---

31 Ver art. 227 del Código Procesal Penal.

90. Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir **indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia**<sup>32</sup>. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención (Servellón García y otros contra Honduras, 2006).

#### 4.2.3 La prisión preventiva

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en varias de sus sentencias a la prisión preventiva<sup>33</sup> y ha fijado los estándares que deberán seguirse y observarse al momento de su imposición, a los fines de evitar que dicha medida cautelar se considere o se convierta en una privación de libertad arbitraria. En el caso López Álvarez, la Corte IDH estableció que la prisión preventiva “se trata de la medida más severa” que puede imponerse a un imputado, de carácter excepcional, cuya imposición siempre deberá estar limitada por los “principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad”<sup>34</sup>, los cuales se

32 El subrayado es nuestro.

33 La prisión preventiva es una medida cautelar que conlleva la privación de libertad de una persona imputada de la comisión de un delito penal, mientras se lleva a cabo y se conoce el proceso penal en el que determine su culpabilidad o no en la comisión de los hechos que se le imputan.

34 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ybon Neptune contra Haití. Sentencia del 06 de mayo de 2008, párr. 107. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bayarri contra Argentina. Sentencia del 30 de octubre del 2008, párr. 69. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Herrera Espinoza y otros contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 01 de septiembre de 2016.

En la sentencia Norín Catrimán y otros contra Chile (Fondo, reparaciones y costas), del 29 de mayo de 2014, párr. 312, la Corte IDH define lo que considera como idóneo, necesario y proporcional: **b) Idoneidad:** las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. **c) Necesidad:** deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera,

consideran “indispensables en una sociedad democrática” (López Álvarez contra Honduras, 2006).

La legitimidad de la prisión preventiva proviene no sólo de la ley que permite su aplicación frente a ciertos supuestos, sino que además, es necesario que al momento de su aplicación, sea realizado un juicio de proporcionalidad y se revisen “los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan”, puesto que si “no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria” (López Álvarez contra Honduras, 2006, párrs. 66 y ss.).

*69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva<sup>35</sup>. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena (López Álvarez contra Honduras, 2006).*

En República Dominicana, además de los presupuestos que necesariamente deben concurrir para imponer una medida de coerción de carácter personal, establecidos en el art. 227 del Código Procesal Penal previamente citado, respecto a la prisión preventiva, ésta sólo será aplicable “cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten

---

*aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. **d) Proporcionalidad:** deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. (El subrayado y las negritas son nuestro).*

35 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. J. contra Perú (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 27 de noviembre de 2013, párr. 159. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Norín Catrimán y otros contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 312.

menos gravosas para su persona, para evitar la destrucción de prueba relevante para la investigación, y cuando la libertad del imputado pueda constituir una amenaza para la sociedad, la víctima o sus familiares, o los testigos del proceso”<sup>36</sup>. De igual modo, se dispone la prohibición de la prisión preventiva en personas mayores de 75 años, en los casos en que la posible condena no exceda los 4 años de privación de libertad, en mujeres embarazadas o en madres que se encuentren lactando y en personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

Estas disposiciones internas, respecto de la prisión preventiva, se encuentran cónsonas con lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte IDH:

143. (...) *En adhesión, la decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado. **En todo caso, la privación de libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia***<sup>37</sup> (Herrera Espinoza y otros contra Ecuador, 2006).

36 Art. 234 del Código Procesal Penal de la República Dominicana, modificado por el art. 58 de la Ley 10-15.

37 El subrayado y las negritas son nuestras.

En ese mismo sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Norín Catrimán y otros contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de mayo de 2014:

312. *De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes: a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención [...]. La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.*

De igual forma, en el caso Argüelles y otros contra Argentina, la Corte IDH consideró que la prisión preventiva debe ser revisada periódicamente, de modo que no se prolongue en el tiempo, cuando ya no subsistan los motivos que justificaron su adopción:

*121. Cabe señalar ahora que una detención o prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.*

*122. Son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia y que sea proporcional. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la detención no debe exceder el límite de lo razonable conforme el artículo 7.5 de la Convención (Argüelles y otros contra Argentina, 2014).*

Al respecto, el art. 238 del Código Procesal Penal dominicano<sup>38</sup>, dispone que “el juez, en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte, o de oficio, en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución

---

38 Modificado por el art. 61 de la ley 10-15.

motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron”. Y el art. 240<sup>39</sup> del mismo Código, prevé la posibilidad para el imputado y su defensor, de provocar la revisión de la prisión preventiva que le haya sido impuesta, cuando así lo considere.

En adición a lo anterior, cabe señalar que la Corte consideró en el caso *Bayarri contra Argentina*, que *el artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad (...)* (*Bayarri contra Argentina*, 2008, párr. 70).

En el ámbito interno, la prisión preventiva finalizará frente a los siguientes supuestos<sup>40</sup>:

- 1) Nuevos elementos demuestran que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;
- 2) Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional;
- 3) Su duración exceda de doce meses.

Por último, ha considerado la Corte IDH como arbitrarias, aquellas decisiones emitidas por órganos internos que puedan afectar derechos humanos, como es el caso del derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente motivadas

---

39 Modificado por el art. 62 de la ley 10-15.

40 Art. 241 del Código Procesal Penal, modificado por el art. 63 de la ley 10-15.

(Palamara Iribarne contra Chile, 2005, párr. 2016)<sup>41</sup>. En el orden interno, la exigencia de motivación de las decisiones que disponen una restricción al derecho a la libertad se erige como una garantía constitucional<sup>42</sup>, y en el ámbito procesal penal, la debida motivación de las decisiones judiciales, tanto en hecho como en derecho, es una obligación que recae sobre los jueces, cuyo incumplimiento genera un motivo de impugnación de la decisión de que se trata<sup>43</sup>.

#### 4.2.4 Habeas Corpus

El numeral 6 del art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho que tiene toda persona que se encuentre privada de libertad, de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad, si el arresto o la detención fueran ilegales.

Se trata de un derecho que se viola, ante la inexistencia de dicho recurso, o si existiendo, a través de éste no se resuelve sin demora, aún la privación de libertad fuera legal. Al hablar de este recurso, que busca proteger la libertad personal, es hablar de Hábeas Corpus, el cual ha sido relacionado por la Corte Interamericana, con el derecho general contemplado en el art. 25 de la Convención Americana, que establece la existencia de un recurso sencillo y rápido para proteger los derechos reconocidos por dicho instrumento jurídico internacional, así como también por la Constitución y la legislación interna de los Estados Partes (Medina Quiroga, 2003, p. 252).

41 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. J. contra Perú (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 27 de noviembre de 2013, párr. 158. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Norín Catrimán y otros contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 312.

42 Art. 40 de la Constitución de la República Dominicana:

- 1) *Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;*
- 2) *Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;*

43 Art. 24 del Código Procesal Penal dominicano: *Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.*



33. *El habeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. (...);*

34. *Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos<sup>44</sup>, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos (...); (Opinión Consultiva OC-8/87, 1987).*

Pedro Ibañez Buil, define el hábeas corpus como un *procedimiento específico diseñado para garantizar la libertad personal frente a decisiones o actuaciones que la lesionan o la violan, garantía que se presta bajo la forma de un recurso ante una autoridad judicial para que sea ésta la que, mediante un procedimiento necesariamente breve en atención a la importancia del derecho protegido, valore la regularidad de la privación de libertad. En ese sentido tiene como objeto el reponer las cosas al estado anterior a la privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal, por lo cual tiene un carácter muy sumario y limitado en tanto se dirige a remediar una violación eventual de ese derecho para evitar que la violación se torne en irreparable (Ibañez Buil, 2012).*

Respecto al Hábeas Corpus, la Corte IDH ha manifestado que:

35. *El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>45</sup>(Opinión Consultiva OC-8/87, 1987).*

44 Refiriéndose al recurso contemplado en el art. 7.6 y al recurso contemplado en el art. 25, ambos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

45 Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Castillo Páez contra Perú (Fondo). Sentencia del 03 de noviembre de 1997, párr. 83.

Cecilia Medina Quiroga, señala que se trata de un recurso que procede, ante cualquier privación arbitraria de libertad, aún no sea realizada por la policía o por algún tribunal y que debe ser rápido, idóneo y efectivo<sup>46</sup>; de igual forma procede, aún la persona se encuentre incomunicada<sup>47</sup> y en períodos de emergencia constitucional, puesto que se trata de una garantía que no puede suspenderse<sup>48</sup>, aún en caso de guerra, peligro público o cualquier otra emergencia, de las descritas en el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>49</sup>, ni eliminarse, en función del delito por el que se detuvo a la persona<sup>50</sup>(Medina Quiroga, 2003).

En el orden interno, el hábeas corpus se encuentra contemplado, en la Constitución de la República, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (Ley 137-11) y en el Código Procesal Penal dominicano.

De esta forma, el art. 71 de la Constitución de la República establece: *Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre,*

46 En cuanto a la efectividad del recurso de Hábeas Corpus, cabe señalar dos jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la primera, el caso Castillo Páez contra Perú, en la que éste órgano determinó que el hecho de que fuera obstaculizado la investigación llevada a cabo en ocasión de un recurso de Habeas Corpus, mediante la adulteración del registro de ingreso de detenidos, convirtió a dicha acción en ineficaz, lo cual, era imputable al Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Castillo Páez contra Perú (Fondo). Sentencia del 03 de noviembre de 1997, párrs. 81 y ss.). La segunda, es el caso La Cantuta contra Perú, en la que la Corte IDH consideró que, a pesar de que las acciones de Hábeas Corpus fueron tramitadas y decididas, éstas no constituyeron una investigación seria e independiente, por lo que la protección que se supone que éstas debían ofrecer, resultaron ilusoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Cantuta contra Perú (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 112.

47 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Suárez Rosero contra Ecuador (Fondo). Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 59.

48 En su Opinión Consultiva OC-9/87, denominada “Garantías Judiciales en Estado de Emergencia, la Corte Interamericana estableció lo siguiente:

*30. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.*

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 (El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías). 30 de enero, de 1997, párrs. 35, 36 y 43.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Loayza Tamayo contra Perú (Fondo). Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrs. 52-55.

*de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.* En opinión de Eduardo Espín Templado, se trata de una “configuración que responde a la noción tradicional de la institución, que se caracteriza en el derecho comparado por la flexibilidad y falta de formalismos que pudieran impedir su utilización en circunstancias normalmente complejas y difíciles para la persona afectada” (Espín Templado, 2012).

El capítulo IV de la Ley 137-11, específicamente el artículo 63, establece lo siguiente: *Hábeas Corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad. La acción de hábeas corpus se rige por las disposiciones del Código Procesal Penal y no puede ser limitada o restringida cuando no exista otra vía procesal igualmente expedita para la tutela de los derechos garantizados por esta vía procesal* (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, 2011).

Asimismo, el art. 381 del Código Procesal Penal dominicano, establece que “toda persona privada o cohibida en su libertad sin las debidas formalidades de ley o que se viere inminentemente amenazada de serlo, tiene derecho, a petición suya o de cualquier persona en su nombre, a un mandamiento de hábeas corpus con el fin de que el juez o tribunal decida, sin demora, sobre la legalidad de la medida de privación de libertad o de tal amenaza”. Además, establece dicho artículo, que el hábeas corpus no procede “cuando existan recursos ordinarios o pueda solicitarse la revisión de las medidas de coerción”.

Tal y como lo describen las normas antes citadas, se trata de una acción que puede ser intentada tanto por la persona afectada como por otra, que actúe a su nombre. El procedimiento establecido en la norma procesal penal es bastante ágil y sencillo, la solicitud no está sujeta a formalidad alguna<sup>51</sup>; si la solicitud de hábeas corpus procede, el juez o tribunal ordena la presentación inmediata del impetrante, y una vez lo ha oído, resuelve

---

51 Ver art. 382 del Código Procesal Penal dominicano.

sobre la acción o dispone la fijación de una audiencia, dentro de las 48 horas siguientes, para lo cual, además, dispone la comparecencia del funcionario demandado<sup>52</sup>, en la cual decide sobre la misma, ya sea que la persona de quien se trate sea puesta inmediatamente en libertad o sea cesada la persecución en su contra o ya sea, rechazando la misma.

### 4.3 Debido Proceso de ley

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-9/87, manifestó que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, titulado “Garantías Judiciales”<sup>53</sup>, reconoce el denominado *Debido Proceso de Ley*, “que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Opinión Consultiva OC-9/87, 1987, párr. 28), o dicho de otra manera, “(...)el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (Tribunal Constitucional contra Perú, 2001, párr. 69).

Para Francisco Javier Ferrer Arroyo, el debido proceso ha de entenderse como “el derecho intrínseco que tiene todo ser humano a participar, de manera efectiva y eficaz, en todas las decisiones que pudieran afectar sus derechos” (Ferrer Arroyo, 2015, p. 160). Cecilia Medina Quiroga, considera el debido proceso legal, como “una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos”, “la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non para la existencia de un Estado de derecho” (Medina Quiroga, 2003, p. 267); así, ha de entenderse que, “(...) cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un

52 Ver art. 383 del Código Procesal Penal dominicano.

53 En el párrafo 27 de la Opinión Consultiva OC-9/87, la propia Corte IDH establece que a pesar de que el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se titula “Garantías Judiciales”, el término *Debido Proceso de Ley* resulta más exacto respecto al contenido del citado artículo, puesto que el mismo “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales”; Asimismo, en el párrafo 25 de la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte manifestó que “(...) las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.

*proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)*” (Pollo Rivera y otros contra Perú, 2016, p. 209).

En el caso Ruano Torres y otros contra El Salvador, la Corte IDH manifestó que el debido proceso de ley, se encuentra íntimamente ligado al concepto de justicia, el cual se refleja en: “i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa” (Ruano Torres y otros contra El Salvador, 2015, párr. 151).

En el ámbito internacional, como marco normativo básico que describe y define el contenido del debido proceso de ley, se cuenta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>54</sup> (1948), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre<sup>55</sup> (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>56</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

54 Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos:

**Artículo 10:** “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*”

**Artículo 11:** “*1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*”

55 Ver Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

**Artículo XVIII:** “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*”

**Artículo XXVI.** “*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*”

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.*”

56 Ver Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

**Artículo 14: 1.** “*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa*”

En el ámbito interno, el art. 69 de la Constitución de la República Dominicana, establece que “*Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso (...)*”, y define, a su vez, las garantías mínimas que aseguran el respeto y el cumplimiento del mencionado debido proceso de ley, las cuáles, son aplicables a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas<sup>57</sup>.

---

*será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*

2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
  - a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*
  - b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*
  - c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*
  - d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*
  - e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*
  - f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*
  - g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*
4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*
5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*
6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*
7. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.*

**Artículo 15:** “1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de un persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.*

57 Ver Art. 69.10 de la Constitución de la República Dominicana

<b>Debido Proceso de Ley (Contenido y Garantías)</b>					
<b>Art. 8 de la CADH<sup>58</sup> (Garantías Judiciales)</b>	<b>DUDH<sup>59</sup></b>	<b>DADDH<sup>60</sup></b>	<b>PIDCP<sup>61</sup></b>	<b>Const<sup>62</sup></b>	<b>CPP<sup>63</sup></b>
	Art.	Art.	Art.	Art.	Art.
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.	10	XXVI	14.1	69.1, 69.2, 69.4 y 69.7	4, 5, 7
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.	11.1	XXVI	14.2	69.3	14
2.a. Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;			14.3.a		202
2.b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;			14.3.a		19
2.c. Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;			14.3.b	69.4	18

58 CADH: Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

59 DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

60 DADDH: Declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre.

61 PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

62 Const: Constitución de la República Dominicana (2015).

63 CPP: Código Procesal Penal de la República Dominicana.

2.d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;			14.3.d	69.4	18
2.e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;			14.3.d		18
2.f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;			14.3.e	69.4	3, 106, 201, 202, 326
2.g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.			14.3.g	69.6	13
2.h. Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.		XVIII	14.5	69.9	8, 15, 21
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.					
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.			14.7	69.5	9
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.	10	XXVI	14.1	69.4	3

Además de lo expuesto en el anterior cuadro, cabe destacar dos garantías del debido proceso, contempladas por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:



una de ellas, la posibilidad de reparación ante un fallo condenatorio dado por error judicial<sup>64</sup>, estipulada en el numeral 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la cual, también se enarbola como un principio del proceso penal<sup>65</sup>; y la otra, la prohibición de condenas por actos u omisiones no considerados como delictivos al momento de cometerse<sup>66</sup>, conocida como “Principio de Legalidad”, la cual es una garantía esencial del debido proceso de ley, enarbolado tanto por la Constitución de la República<sup>67</sup> como por el Código Procesal Penal dominicano<sup>68</sup>

### 4.3.1 Garantías Generales del Debido Proceso de Ley

El art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, contempla en el numeral 1, una norma de carácter general aplicable a todas las materias, mientras que el numeral 2, refiere a garantías mínimas reconocidas a un inculcado<sup>69</sup> (Medina Quiroga, 2003, p. 272).

En lo referente al numeral 1 del citado artículo 8, la Corte IDH ha sostenido que:

*96. Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c)*

64 Art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

65 Ver Art. 20 del Código Procesal Penal: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada en caso de error judicial, conforme a este código”.

66 Art. 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

67 Art. 69.7 de la Constitución de la República Dominicana: “7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio”;

68 Art. 7 del Código Procesal Penal dominicano: “Legalidad del proceso. Nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales”.

69 La misma consideración aplica para los numerales 3, 4 y 5 del mismo art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

*de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno*(Blake contra Guatemala, 1998).

De igual forma, en la misma sentencia se estableció que el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también comprende el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales (Blake contra Guatemala, 1998, párr. 97).

Otro aspecto a resaltar del citado artículo 8.1 de la Convención, es que la Corte IDH ha dicho que no solo aplica para jueces y tribunales judiciales, sino que la misma debe ser observada en *“los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”*(Claude Reyes y otros contra Chile, 2006, párr. 118), por tanto, resultan aplicables las garantías contempladas por el citado artículo, al *“supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos”*, y aunque no le son exigibles aquellas propias de un tribunal, debe observar aquellas garantías que aseguren que la decisión tomada no sea arbitraria<sup>70</sup>(Claude Reyes y otros contra Chile, 2006, párr. 119).

Partiendo del contenido del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establecen como garantías generales del debido proceso de ley, las siguientes:

■ **El derecho a ser oído:**

La determinación de derechos u obligaciones y la decisión sobre la culpabilidad o inocencia de una persona, debe hacerse de acuerdo al debido proceso de ley, lo cual implica, a su vez, que el Estado establezca órganos y procedimientos acordes con las garantías que el mismo engloba, a los fines de que el derecho pueda ejercerse y se

---

70 Ver también en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barbani Duarte y otros contra Uruguay (Fondo Reparaciones y costas)*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234. Párrs. 118 y 119.

garantice a los ciudadanos un mínimo de medios que les permita acceder a dichas instancias (Medina Quiroga, 2003, p. 273).

El derecho a ser oído, es una de las garantías generales que conforman el debido proceso de ley y acorde con lo establecido por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “*exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones*” (Apitz Barbera y otros contra Venezuela, 2008, párr. 72). La Corte IDH ha manifestado que el derecho a ser oído implica, por un lado, “*un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)*”; y por el otro lado, “*un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido*”, lo cual, no significa que siempre deba ser acogido, sino, que garantice la capacidad “*para producir el resultado para el que fue concebido*” (Barbani Duarte y otros contra Uruguay, 2011, párr. 122).

En el sistema interamericano, el derecho a ser oído es una garantía que se extiende, no sólo al acusado, sino también a la víctima y a los familiares de la misma:

*97. Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”<sup>71</sup> (subrayado no es del original) (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2) (...) (Blake contra Guatemala, 1998).*

En el mismo sentido:

*227. Por otra parte, del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades*

---

71 Ver también en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Durand y Ugarte contra Perú (Fondo)*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr.128.

*de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación*<sup>72</sup>(Villagrán Morales y otros contra Guatemala, 1999).

*247. De conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos (Radilla Pacheco contra México, 2009).*

### ■ **Derecho a un tribunal imparcial, competente e independiente**

Otra de las garantías que envuelve el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el derecho que tiene toda persona, de ser juzgado por un tribunal imparcial, competente e independiente, establecido con anterioridad por la ley; esto último, asegura que sea el órgano legislativo el que decida la organización y jurisdicción de los tribunales de un Estado, con anterioridad a la fecha en que se juzgan (Medina Quiroga, 2003, p. 294), impide la creación de tribunales especiales e implica que los jueces sean nombrados de conformidad

---

72 Ver también en las sentencias dictadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos de los casos siguientes: *Durand y Ugarte contra. Perú (Fondo)*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr.129; *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 12065, párr.63; *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana (Fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 199; *Castillo González y otros contra Venezuela (Fondo)*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 25673, párr. 167; entre otras.

con los procedimientos previamente establecidos (Ferrer Arroyo, 2015, p. 170): “*Que las personas tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos*”<sup>73</sup>, razón por la cual el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o ad hoc” (Apitz Barbera y otros contra Venezuela, 2008, párr. 50).

En lo que tiene que ver con la independencia judicial, se trata de una garantía que debe ser entendida como “*la autonomía del órgano decisor a la influencia de otros poderes, lo cual, desde Montesquieu tiende a garantizarse por medio de la división de funciones*”; es por ello que, para prevenir que los jueces sean objetos de presiones políticas, la independencia de los jueces se procura por medio de la realización de concursos de oposición, para su nombramiento, límites en las sanciones disciplinarias y/o destitución, intangibilidad de las remuneraciones e inamovilidad en el cargo (Ferrer Arroyo, 2015, pp. 169-170). El principio de independencia judicial emerge así, como “*uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona*”, el cual, “*resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción*” (Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009, párr. 68).

---

73 Esta afirmación se encuentra relacionada con el concepto de juez natural, como lo ha dicho la Corte IDH en la sentencia Barreto Leiva contra Venezuela (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206

75. El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”, disposición que se relaciona con el concepto de juez natural, una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.

76. El juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores.

Al respecto, ha dicho la Corte IDH:

*73. Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura<sup>74</sup>, establecen que:*

*La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura<sup>75</sup>.*

*74. En cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, los mismos Principios disponen: Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario<sup>76</sup>.*

*En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa (Tribunal Constitucional contra Perú, 2001).*

En el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, la Corte IDH estableció que la garantía de la independencia judicial, “*debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también*

74 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

75 Organización de las Naciones Unidas. *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (Principio 1)*. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985; confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

76 Ídem. Principio 17.

en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico” y que “el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (Apitz Barbera y otros contra Venezuela, 2008, párr.55).

En el Caso Reverón Trujillo contra Venezuela<sup>77</sup> y, posteriormente, en el Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela<sup>78</sup>, la Corte desarrolló las medidas que deben observarse a los fines de garantizar la independencia judicial, partiendo de los pronunciamientos hechos en ese sentido por el Tribunal Europeo así como también de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas (Salmón & Blanco, 2012, p. 133).

El adecuado proceso de nombramiento de jueces deberá tener como elementos preponderantes, la integridad, idoneidad y formación o calificaciones jurídicas apropiadas<sup>79</sup>, no debe involucrar privilegios o ventajas irrazonables, debe existir igualdad de oportunidades para los que deseen participar, lo cual se garantiza a través de una libre concurrencia en la que los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley puedan participar en el proceso de selección, sin ser objeto de tratos desiguales y arbitrarios y deben respetarse los parámetros básicos de objetividad y razonabilidad (Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009, párrs. 71-74).

---

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Reverón Trujillo contra Venezuela (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia del 30 de junio del 2009. Serie C No. 197. Párr. 70.

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ChocrónChocrón contra Venezuela (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia del 01 de julio del 2011. Serie C No. 227. Párr. 98.

79 Organización de las Naciones Unidas. *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (Principio 10)*. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985; confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

La Inamovilidad en el cargo, implica que a través de la ley, se garantice la permanencia en el cargo de los jueces, hasta que cumplan la edad de jubilación o por los períodos establecidos<sup>80</sup>, y que éstos sólo sean suspendidos o separados de sus cargos, por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones, debiéndose resolver todo procedimiento de adopción de medidas disciplinaria, suspensión o separación del cargo, de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial<sup>81</sup>. Además, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez, debe ser independiente e imparcial en el procedimiento establecido a tales efectos. En conclusión, se establece la inamovilidad como una garantía de la independencia judicial, que a su vez está compuesta de las garantías relativas a la permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción (Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009, párrs. 75-79).

La garantía contra presiones externas, obliga a los jueces a resolver los casos que conozcan, conforme a los hechos y al derecho, libre de influencia, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, directas o indirectas, de cualquier sector o motivo<sup>82</sup> (Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009, párr. 80).

En lo relativo a la imparcialidad de un tribunal, la Corte IDH ha manifestado que ésta implica, *“que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”* (Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009, párr. 56). Desde el punto de vista subjetivo, comprenderá la ausencia de prejuicios e intereses personales con relación a las partes de un litigio que pudieran afectar la objetividad y neutralidad del pronunciamiento. Y, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte

---

80 Ídem. Principios 11, 12 y 13.

81 Ídem. Principios 18 y 19.

82 Ídem. Principio 2.



convinciente y que brinde confianza a la población en la institución judicial<sup>83</sup> (Ferrer Arroyo, 2015, p. 170).

### ■ **Derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

La Corte IDH, en el caso *Genie Lacayo contra Nicaragua*<sup>84</sup>, estableció los tres elementos que deberán tomarse en cuenta, a los fines de determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso:

- A. La complejidad del asunto:** Vinculado con los temas de hecho y prueba; ha de entenderse que a mayor complejidad, mayor esfuerzo en su comprensión, mayor detenimiento en la etapa probatoria y en la interpretación de las circunstancias del caso en cuestión (Ferrer Arroyo, 2015, p. 167). En el caso *Furlan y familiares contra Argentina*, la Corte IDH estableció que entre los diversos criterios existentes a los fines de determinar la complejidad de un proceso, se encuentran, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales, la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagrado en la legislación interna así como el contexto en que ocurrió la violación de que se trate (Furlan y Familiares contra Argentina, 2012, párr. 156).
- B. La actividad procesal del interesado:** Vinculado con los actos propios, por lo que, partiendo del principio de buena fe, no podrá alegar violación de esta garantía, la parte que por su inactividad o su acción, provoca la demora inusual (Ferrer Arroyo, 2015, p. 167). Al respecto, la Corte IDH, en el caso *Cantos contra Argentina*, estableció que “*si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia*

83 Ver en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, del 2 de julio del 2002, Serie C No. 107, párr. 170:

*La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.*

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Genie Lacayo contra Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30. Párr. 77.

*ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable. En todo caso, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y el desinterés del actor, entre otros factores, la duración global del proceso litigioso no revestiría la importancia necesaria para declarar la violación de los artículos que protegen el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales” (Cantos contra Argentina, 2002, párr. 57).*

**C. La conducta de las autoridades judiciales:** Lo cual se encuentra relacionado con los deberes de diligencia y probidad con los que debe ser ejercida la función pública, por lo que deberá ponderarse si la autoridad cumplió con las reglas y principios procesales destinados a evitar demoras injustificadas durante el proceso, tal como el de economía procesal, actuación de oficio, preclusión, y demás institutos procesales tendientes a evitar la paralización o dilación de los juicios (Ferrer Arroyo, 2015, p. 168). El Estado es el encargado, a través de sus autoridades judiciales, de conducir el proceso (Mémoli contra Argentina, 2013, párr. 176) y como afirma Eduardo Lazzari (De Lazzari, 2003, p. 65), citado por (Ferrer Arroyo, 2015, p. 168), la celeridad que se impone, *“no debe verse obstaculizada por los colapsos estructurales de los sistemas de justicia tales como, limitaciones de infraestructura, de personal, o, crisis económicas, pues el Estado parte que se escude en ello, no dejaría de vulnerar los principios del debido proceso al impedir el acceso a la jurisdicción”*.

A los tres criterios antes mencionados, la jurisprudencia de la Corte IDH agregó un cuarto: la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso; para lo cual considera, entre otros elementos, la materia objeto de controversia, puesto que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia, a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (Valle Jaramillo contra Colombia, 2008, párr. 155).

El concepto de Plazo Razonable, habrá de verse como indeterminado y abierto, ya que no puede fijarse un período de tiempo determinado, que sea de aplicación general para todos los casos de una misma naturaleza; *“sólo caso a caso se puede apreciar el delicado equilibrio que debe existir entre la celeridad de la decisión, la posibilidad*

*de las partes para poder desarrollar sus defensas y la posibilidad del juez de disponer del tiempo necesario para examinar cuidadosamente las alegaciones y pruebas” (Medina Quiroga, 2003, p. 312).*

### **Derecho a una resolución motivada**

El derecho a contar con una resolución motivada es una garantía que implica, por un lado, la razonabilidad en la decisión, y por el otro, la obligación del organismo decisor de tomar efectivo conocimiento del caso de que se le apodera, con lo que se evita el rechazo de la acción por razones meramente rituales. De la decisión se espera, además de que sea motivada, que sea eficaz para la tutela de los derechos en juego (Ferrer Arroyo, 2015, p. 171). La decisión deberá estar motivada tanto en hecho como en derecho.

*77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.*

*78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso (Apitz Barbera y otros contra Venezuela, 2008).*

En el caso ChocrónChocrón contra Venezuela, la Corte IDH estableció que “ (...) la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad” (Chocrón Chocrón contra Venezuela, 2011, párr. 118).

#### 4.3.2 Garantías especiales del debido proceso de ley

El numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra un conjunto de garantías mínimas que coexisten con las garantías generales descritas por el numeral 1 del mismo artículo, las cuales se encuentran asociadas, en principio, con el proceso penal; sin embargo, no son exclusivas de este, como se desarrollará más adelante.

Estas garantías hacen alusión al:

- **Principio de presunción de inocencia**, el cual “*exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*”<sup>85</sup>(Cantoral Benavides contra Perú, 2000, párr. 120); “*el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme*”<sup>86</sup>(Ricardo Canese contra Paraguay, 2004, párr. 154).
- **Derecho a un traductor o intérprete**, que asista gratuitamente al inculcado, si no comprende o no habla el idioma del tribunal.
- **Derecho a que le sea comunicada la acusación**, una vez la misma sea formulada, a los fines de que el acusado pueda preparar, sus medios de defensa (Medina Quiroga, 2003, p. 325). El fin de este requisito es que no se produzcan actos de autoridad que el ciudadano desconozca, y que por lo tanto, no pueda controlar y oponerse con eficacia (Ferrer Arroyo, 2015, p. 173): “*Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la*

---

85 Regla de Trato.

86 Regla de Juicio y Prueba.

*acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”* (Barreto Leiva contra Venezuela, 2009, párr. 28).

- **Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa**, garantía que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho de defensa, y en especial con el plazo razonable, ya que resulta indispensable contar con el tiempo necesario para conocer en profundidad los cargos, como así también, los medios para demostrar la inocencia (Ferrer Arroyo, 2015, p. 174).
- **Derecho a una defensa técnica**, que implica el derecho de toda persona de defenderse personalmente o a través de un abogado de su elección, con quién podrá comunicarse libre y privadamente. *“Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”* (Chocrón Chocrón contra Venezuela, 2011, párr. 121).
- **Derecho a un abogado pagado por el Estado**, en caso de que el imputado no se defienda así mismo o no designe a un abogado, el Estado está en la obligación de proporcionarle uno, que tendrá la obligación de defenderlo efectivamente.
- **Derecho a hacer comparecer e interrogar testigos, peritos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos**, en igualdad de condiciones que la contraparte.
- **Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni declararse culpable**, lo cual *“protege al individuo contra las coacciones que pudiera sufrir por las diversas agencias estatales”* (Ferrer Arroyo, 2015, p. 178).

- **Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior**, destacándose en ese sentido, la sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, dictada por la Corte IDH:

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.
161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos 115, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones

o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Herrera Ulloa contra Costa Rica, 2004).

#### **4.3.2.1 Alcance de las garantías mínimas del art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

Con relación a las garantías mínimas de debido proceso, desarrolladas por el art. 8.2 de la Convención, reconocidas en principio, para quien sea inculcado en un proceso penal, la propia Corte IDH ha establecido que las mismas, no sólo son aplicables a la materia penal, sino también, a la materia civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole:

*70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal (Tribunal Constitucional contra Perú, 2001).*

De igual forma, en el caso Ivcher Bronstein contra Perú, respecto al numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH agregó:

*103. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene*

*derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo*<sup>87</sup>.

*104. Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana (Ivcher Bronstein contra Perú, 2001).*

En el caso Baena Ricardo contra Panamá, se especificó el alcance del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable para cualquier materia, inclusive, la administrativa y la disciplinaria:

*126. En cualquier materia, inclusive en **la laboral y la administrativa**<sup>88</sup>, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.*

*127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.*

---

87 Ver también en la Opinión Consultiva OC-11/90, denominada “Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos”:

*28. En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.*

88 El subrayado y las negritas son nuestras.



129. *La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar **en todo proceso disciplinario**<sup>89</sup>, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso (Baena Ricardo contra Panamá, 2001).*

De todo lo anterior se puede colegir “*el amplio alcance del debido proceso*” y que las personas “*tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*” (Baena Ricardo contra Panamá, 2001, párr. 125).

#### 4.3.3 Otras garantías

El art. 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, lo cual es una garantía, asociada primordialmente, con la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>90</sup>. En ese sentido, es al Estado al que le corresponde demostrar la culpabilidad de la persona sujeta a un proceso (Medina Quiroga, 2003, p. 337).

Además, la Convención contempla en el art. 8.4, la prohibición de doble incriminación (Principio *Ne bis in ídem*), lo cual impide que una persona sea perseguida, juzgada o condenada dos veces, por los mismos hechos.

Se trata de una garantía que se aplica como regla básica del derecho, sin embargo, no puede ser esgrimida para eludir la judicialización de violaciones a Derechos Humanos (Ferrer Arroyo, 2015, p. 179). Al respecto, en el Caso Almonacid Arellano, la Corte IDH estableció lo siguiente:

---

89 Ídem.

90 Ver art. 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el art. 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

154. *En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem (Almonacid Arellano y otros contra Chile, 2006).*

Por último, mencionar la garantía del art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la publicidad del proceso penal, excepto, aquellos casos que deban conocerse de manera privada, a fin de garantizar los intereses de la justicia, lo cual implica, a su vez, que el proceso sea oral. Con esta garantía, se persigue “asegurar la transparencia de la justicia, por medio de permitir la presencia de terceros cuando el juicio se efectúa” (Medina Quiroga, 2003, p. 335)

# Capítulo 5

## Los derechos económicos, sociales y culturales

### 5.1 Consideraciones generales respecto de los derechos sociales

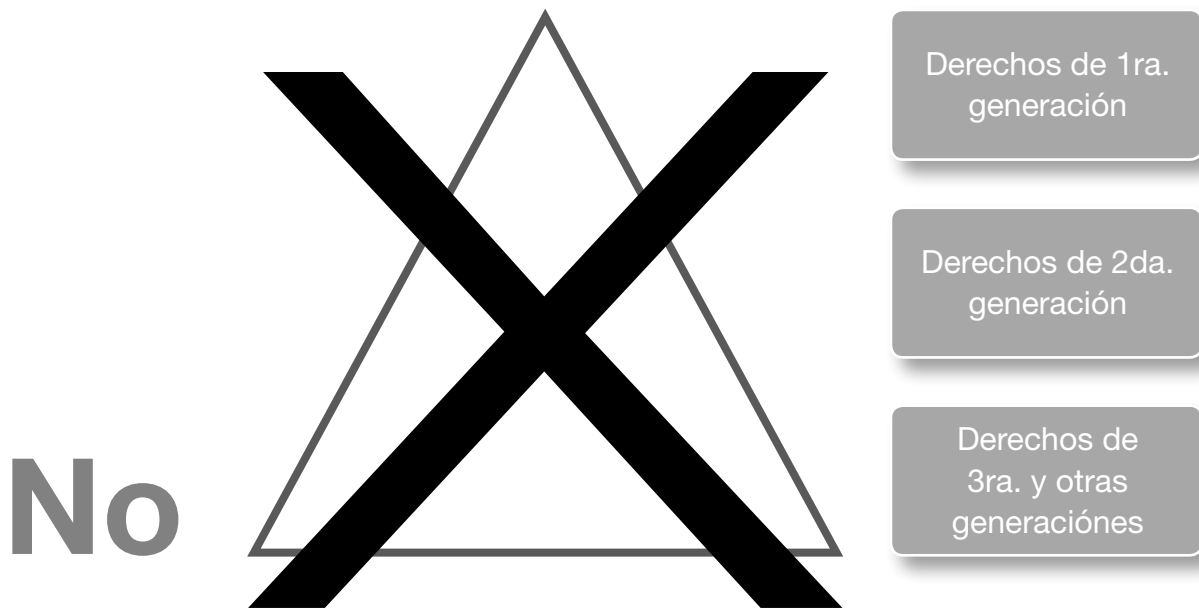
Benito de Castro define los derechos sociales como el conjunto de pretensiones que los individuos y grupos exigen a la sociedad y al Estado para que estos les faciliten los medios que permitan el goce de una existencia humana digna (De Castro, 1981, p. 22). Según Manlio Mazziotti los derechos económicos, sociales y culturales, en sentido subjetivo, son los derechos generales de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, lo que implica prestaciones directas o indirectas específicas por parte de los poderes públicos. En sentido objetivo, para este autor, se trata del conjunto de normas mediante las cuales el Estado equilibra y modera las disparidades sociales (Mazziotti, 1964, p. 804). Estos derechos persiguen la satisfacción de las necesidades básicas del individuo (Contreras Peláez, 1994, p. 47).

De acuerdo con Monereo Atienza los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son derechos fundamentales, porque legitiman el Estado de Derecho, protegen la dignidad humana y se encuentran consagrados en casi todas las Constituciones de los Estados (Monereo, s.f.).

Los DESC garantizan el acceso a bienes que son indispensables para la vida humana digna y en condiciones de igualdad (Añón, 2008, p. 29). Aseguran mejor calidad de vida y capacidad de actuación (Monereo, 2007, p. 8). Es decir, corrigen las desigualdades

sociales y promueven la integración de los ciudadanos como miembros plenos y no subordinados (Ansuátegui, 2014, pp. 38 y 39).

Si bien en la primera etapa de la historia de los derechos humanos, las declaraciones consagraron derechos civiles y políticos, y en un segundo período del proceso de positivación de los derechos humanos, surgen los derechos económicos, sociales y culturales, esto no supone que se trate de unos derechos de segunda clase en relación con los demás (De Castro, 1993, p. 76).



Tal y como se muestra en la imagen, no puede hablarse de derechos más importantes, puesto que todos los derechos fundamentales representan un conjunto indivisible (Corcuera, 2007, p. 53) y ningún derecho se encuentra subordinado a otro.

Como bien lo aclaró la Declaración y Programa de Acción de Viena: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, párr. 5).

Los DESC nacen a partir de las grandes transformaciones económicas y sociales ocurridas a lo largo del siglo XIX y la presión ejercida por las nuevas clases sociales, principalmente la conquista del derecho de asociación y de sufragio universal para todos (Peces-Barba, 1999, p.33), provocó la incorporación al parlamento de representantes de los partidos de trabajadores, la consecuente toma de conciencia de las necesidades de estos (De Castro, 1993, p. 23) y la defensa de sus intereses. De ahí que se formularon unos nuevos derechos, los derechos económicos, sociales y culturales, a la educación, a las condiciones del trabajo, a la seguridad social, etc. Se buscaba corregir las inequidades provocadas por la autonomía individual ilimitada (De Castro, 1993, p. 28) respaldada en un concepto vacío de libertad (Micheline, 2004, p. 9).

Contribuyó también a que nacieran estos derechos la superación de la visión del Estado como el enemigo de la autonomía individual. Pasando el mismo a ser un auxiliar decisivo y el principal organizador de la liberación social.

Entre las normas que han tenido mayor impacto en el desarrollo de los derechos sociales se encuentran: a) La Constitución francesa de la Segunda República, aprobada el 4 de noviembre de 1848; b) las leyes de Bismarck sobre seguros sociales; c) la Constitución de Querétaro de 1917; d) la Constitución germana de Weimar de 1919; e) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; f) la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; g) la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961; h) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966; i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969; j) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos del 27 de junio de 1981; y k) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) del 17 de noviembre de 1988.

Otros instrumentos internacionales especializados que pertenecen al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y que han contribuido al avance de los derechos sociales de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad (Parra, Villanueva

y Martin, 2008, pp. 71 y 72) son: a) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965; b) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979; c) el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales del 7 de junio de 1989; d) la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989; e) la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares del 18 de diciembre de 1990; f) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre del 2006. Por otra parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentran: a) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (llamada también Convención de Belém Do Pará) del 9 de junio de 1994; b) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad del 7 de junio de 1999; y c) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015.

## **5.2 La justiciabilidad de los derechos sociales**

La justiciabilidad es la posibilidad de exigir ante un juez o tribunal de justicia, el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto de cada derecho (Comisión Internacional de Juristas, 2010, p. 1). Con relación a la justiciabilidad de los DESC autores como Friedrich A. von Hayek, Barbalet, Giovanni Sartori, Danilo Zolo y otros, consideran que los derechos sociales no son propiamente de derechos (Ferrajoli, 2004, p. 9), porque a estos les corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer (Contreras, 1994, p. 18) y cuya violación no es sancionable ni anulable.

Para Böckenförde, “la realización de los derechos sociales fundamentales se encontraría frente a la reserva de lo posible, con respecto a la cual el legislador asume la responsabilidad”. Los DESC según el autor, son mandatos constitucionales que en casos extremos se reconocen como derechos subjetivos, adquiriendo en esos casos un carácter de defensa (Arango, 2012, pp. 43 y 44).

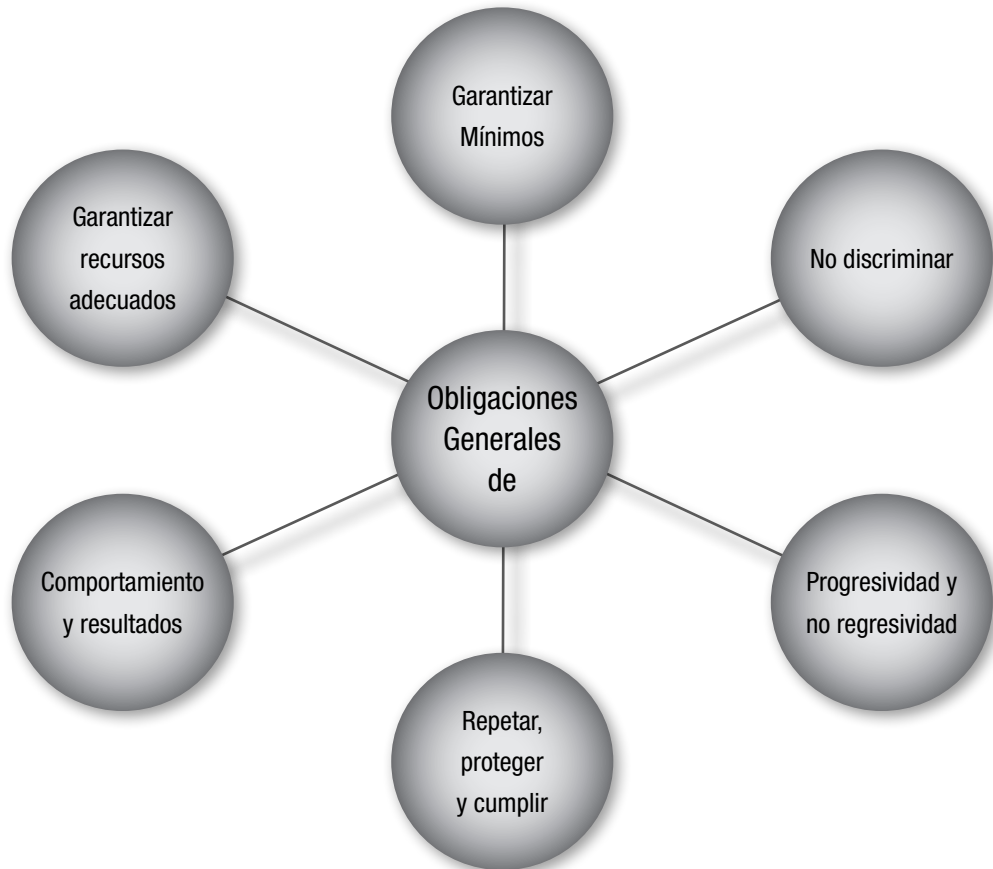
Aunque con frecuencia se vincula a los DESC con obligaciones positivas a cargo del Estado, es decir, con aquellas que demandan al Estado actuar, hacer o proveer determinadas prestaciones (Contreras, 1994, p. 18), debe aclararse que todos los derechos implican distintos niveles de obligaciones, tanto positivas como negativas, las cuales a su vez dependen de las posibilidades de su titular de ejercerlos por sus propios medios o la necesidad de que el Estado garantice su ejercicio y, por otro lado, si quien viola el derecho es el Estado o un particular (Añón, 2008, p. 31).

A modo de ilustración, nótese que el derecho de propiedad no solo se garantiza a través de la ausencia de intromisiones arbitrarias por parte del Estado, sino que deben crearse registros inmobiliarios y proveerse tribunales y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. También el derecho a elegir y ser elegido, supone una gran infraestructura de personal y de recursos financieros (Carbonell, 2008, p. 58) que debe suministrar el Estado para poder garantizar dicho derecho. Igualmente, no se debe asumir que los derechos económicos, sociales y culturales sólo conllevan obligaciones positivas, porque por ejemplo, en el derecho a la libertad de asociación y sindicación, o el derecho de huelga (De Castro, 1993, p. 32), la obligación del Estado consiste más bien en una abstención de hacer algo.

Los DESC son justiciables, es decir, sancionables o al menos reparables. Urge superar los mitos que obstaculizan la justiciabilidad de estos derechos, puesto que para que un Estado se pueda denominar *Estado social y democrático de Derecho*, lo fundamental es el respeto y materialización de los derechos fundamentales, tanto civiles y políticos como económicos, sociales, culturales y ambientales (Jorge Prats, 2010, p. 619). Por eso es importante medir la calidad de vida de las personas a través de indicadores de salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, vivienda, seguridad social, entre otros (Ventura, 2004, p. 90).

Para una persona poder demandar el incumplimiento de una obligación positiva, refiere Arango que basta con que se encuentre en una situación en la que la omisión estatal (obligación objetiva) dañe de manera inminente al individuo y lo haga sin justificación, lo que implica que la omisión infrinja una norma constitucional (Arango, 2012, pp. 154 y 167).

Las obligaciones generales que se derivan de los derechos económicos, sociales y culturales pueden clasificarse además en:



La obligación de *respetar* implica que los Estados no adopten medidas que restrinjan el acceso a los derechos o menoscaben su disfrute, y que prohíban prácticas discriminatorias. La de *proteger* exige tomar medidas para evitar o prevenir que los particulares produzcan perjuicios y la de *cumplir* conmina al reconocimiento de los derechos en los sistemas legales y a la adopción de políticas y medidas para promoverlos y proporcionarlos (Parra, Villanueva y Martín, 2008, pp. 130 y 131). A modo de ejemplo, se conculca el derecho a la vivienda cuando el Estado realiza desalojos arbitrarios (por no *respetar*); se viola el derecho al trabajo por no garantizar que las empresas cumplan las normas laborales (por no *proteger* o *garantizar*); y se viola el derecho a la salud al no prestar cuidados médicos esenciales a los necesitados (por no *cumplir* o *satisfacer*) (Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997, párr. 6).



Respecto de las obligaciones de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales se debe entender el deber por parte de los Estados de alcanzar niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos, lo que supone gradualidad y progreso (Hopenhayn, 2006, p. 3); y adelantar tan rápido como sea posible mediante los mecanismos adecuados, ya sean legislativos, judiciales, administrativos, socioeconómicos, educativos, etc., con independencia del nivel de desarrollo económico del Estado en cuestión (Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986).

Cuando un Estado no adopta medidas para avanzar en el grado de goce de los derechos sociales, o cuando adopta otras que promueven la disminución del nivel de satisfacción existente, incumple sus obligaciones. Solo se podría justificar una medida regresiva, sin incumplir con las obligaciones, si se demuestra que era imprescindible tomarla para posibilitar la satisfacción de otros DESC o su goce de modo más igualitario, y que se adoptó temporalmente, tras evaluar todas las posibilidades, sus efectos y utilizado los recursos hasta el máximo disponible (Organización de las Naciones Unidas, 2009, p. 21).

Por otro lado, la obligación de no discriminación se refiere a una pauta imperativa o norma de *jus cogens* (Opinión Consultiva OC-18/03, 2003, párr. 101.), es decir, que no admite excusa. Por esto, toda distinción debe estar justificada para que sea legítima, debe ser razonable o tratarse de un medio útil, necesario y proporcionado para conseguir un objetivo compatible con los derechos (Parra, Villanueva, Martín, 2008, pp. 134 y ss.).

En cuanto a la obligación de garantizar niveles esenciales de satisfacción de los derechos esto no es más que el deber de los Estados de adoptar, de manera inmediata, todas las medidas que resulten necesarias para garantizar un grado de disfrute mínimo de los DESC a todas las personas sometidas a su jurisdicción (Organización de las Naciones Unidas, 2009, p. 21). Dicha obligación tampoco permite excusa, ni justificación para su omisión. En ese orden, resulta inadmisibles cualquier medida regresiva, aun en contextos de crisis, que viole el contenido mínimo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales (Parra, Villanueva, Martín, 2008, pp. 142 y ss.).

La obligación de brindar recursos legales adecuados supone el establecimiento de mecanismos idóneos y efectivos, ya sean judiciales, administrativos o de otra naturaleza, que permitan intervenir ante las autoridades gubernamentales a fin de que estas adopten las medidas necesarias para el goce de estos derechos y la reparación que merezcan cuando sean violados. El Estado debe por tanto, facultar a jueces y juezas u otros entes para que puedan evaluar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de DESC (Parra, Villanueva, Martín, 2008, pp. 145 y ss.). El recurso no sólo debe ser adecuado o idóneo para declarar si se ha violado el derecho social, sino que además debe ser capaz de proporcionar lo necesario para remediar la violación (Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988, párrs. 64 y 66).

Por último, las obligaciones de comportamiento son aquellas que requieren adoptar medidas razonables para que el goce de los derechos sociales sea efectivo, mientras que las obligaciones de resultado exigen obtener metas determinadas (Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997, párr. 7).

### **5.2.1 Barreras para la justiciabilidad de los DESC**

Entre las barreras u obstáculos que a menudo impiden la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran: a) La falta de especificación concreta del contenido de estos derechos, es decir, la dificultad de determinar cuál es la medida exacta de la prestación u abstención debida y aplicable ante el caso concreto (Böckenförde, 1993, pp. 76 y ss.); b) el criterio sumamente conservador que asumen los jueces cuando tienen que evaluar su competencia para examinar medidas que contienen políticas públicas, ya que sostienen que dichas materias son ajenas a sus funciones (Abramovich y Courtis, 2004, p. 129); c) la falta de costumbre de exigir judicialmente estos derechos, puesto que generalmente, las víctimas recurren a la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, huelgas, entre otras (Abramovich y Courtis, 2004, pp. 131 y 132); d) la creencia por parte de los jueces de que su reconocimiento afecta el sistema de libertades o provoca desigualdad (Prieto Sanchís, 1990, pp. 49 y 50); e) el costo

económico que supone su protección (Alexi, Bastida, et. al., 2007, p. 188) y el problema que genera en el presupuesto del Estado; y f) la ausencia de vías procesales idóneas para hacer justiciables los derechos sociales (Carbonell, 2008, p. 56).

### **5.2.2 La exigibilidad judicial directa de los derechos económicos, sociales y culturales**

Para superar el obstáculo referente a la indeterminación de la conducta debida y exigible al Estado en materia de derechos sociales, lo que dificulta su justiciabilidad o exigencia directa, es importante señalar que además de poderse invocar las obligaciones generales mencionadas, para superar el problema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas por medio de sus observaciones generales, también ha insistido en diversos estándares que deben evaluarse, entre ellos figuran: a) Disponibilidad, es decir, que la cantidad de bienes y servicios relacionados a estos derechos, ha de ser siempre suficiente; b) accesibilidad, que se refiere a que sean accesibles a todos y sin discriminación; c) aceptabilidad, es decir, que sean aceptables para todos; y d) calidad, que supone que sean apropiados y adecuados. Dichos estándares son muy útiles a la hora de determinar si existe o no violación del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte del Estado en materia de DESC.

En los principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se establece también que los Estados partes violan este tratado cuando: no toman las medidas requeridas en el Pacto; no remueven, en un plazo breve, todos los obstáculos para el goce de estos derechos; no aplican con prontitud un derecho reclamado; no cumplen con las normas mínimas; limitan arbitrariamente estos derechos; retrasan, intencional e injustificadamente, el avance progresivo de dichos derecho; y no presentan informes tal y como se establece en el Pacto (Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986).

Adicionalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas desarrolla de manera continua estándares específicos sobre cada derecho del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que facilitan la exigibilidad directa de los derechos sociales. A continuación, se presenta un esquema de algunos de esos estándares u obligaciones fundamentales mínimas relativos a los derechos sociales.

<b>Estándares mínimos fijados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas</b>			
<b>Derecho a la vivienda</b>	<b>Derecho al agua y al saneamiento</b>	<b>Derecho a la protección de la salud</b>	<b>El derecho a la alimentación</b>
<b>Observación General no. 4</b>	<b>Observación General no. 15</b>	<b>Observación General no. 14</b>	<b>Observación General no. 12</b>
Seguridad jurídica de la tenencia. Significa el deber de garantizar la seguridad de la tenencia o protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.	Disponibilidad. El abastecimiento de agua debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos del individuo.	Disponibilidad. Se debe contar con toda la infraestructura de salud necesaria en todo el territorio y que tenga agua, electricidad, personal capacitado y todos los medicamentos necesarios.	Disponibilidad. Los alimentos deben ser en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias, sin sustancias dañinas y aceptables para una cultura determinada.
Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Es decir que la vivienda debe contener los servicios indispensables para la protección de la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.	Calidad. El agua debe ser salubre, con un color, olor y sabor aceptables.	Accesibilidad. La infraestructura, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna. Esto comprende la accesibilidad física, la económica, así como la informativa.	Accesibilidad. El acceso físico y económico a los alimentos debe ser sostenible y sin impedir el disfrute de otros derechos humanos.

Los gastos soportables, implica que los costos de a vivienda y los gastos en ella no impidan la satisfacción de otras necesidades básica.	Accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles sin discriminación tanto física como económicamente.	Aceptabilidad. La infraestructura, bienes y servicios de salud deben estar de acuerdo con la cultura y las prácticas de las comunidades a las que atiende.	
La habilidad supone que el espacio sea adecuado y proteja del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud.		Calidad. La infraestructura, bienes y servicios de salud deben ser científica y médicamente apropiadas, contando con todos los equipos, medicamentos, el personal necesario, y con agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.	
La asequibilidad, conlleva que se pueda acceder y que permita su entorno acceder a empleos, servicios de atención de la salud, escuelas y otros servicios sociales. También que proteja la identidad cultural.			

### Ejemplos de casos de justiciabilidad directa de los DESC en el Sistema Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el primer dictamen emitido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales una vez que entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 5 de mayo de 2013, se estableció que España conculcó el derecho a la vivienda de la señora I.D.G., cuyo hogar fue objeto de ejecución hipotecaria por falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario con una entidad bancaria (Organización de las Naciones Unidas, 2015). En dicho caso el Comité

DESC estimó que no se tomaron las medidas razonables para notificar debidamente a la demandada de ejecución hipotecaria, de modo que se garantizara que tuviera conocimiento del inicio del procedimiento. Por tanto, se declaró que se privó a la autora de defender su derecho a la vivienda ante un tribunal, violación que no fue reparada en el Estado (I.D.G. contra España, 2015, párrs. 14 y 13.7), en violación del artículo 11, párrafo 1 y el artículo 2, párrafo 1, ambos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>91</sup>.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaró que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de la tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, hostigamiento o amenazas; que los desalojos forzados son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que solo se podrían justificar en circunstancias muy excepcionales, observándose las garantías procesales que aseguren la oportunidad de consulta al afectado y un plazo suficiente y razonable de notificación con antelación a la fecha prevista para el desalojo, es decir, que se debe disponer de un recurso judicial efectivo y apropiado (I.D.G. contra España, 2015, párr. 11).

Con relación a las reparaciones, se llamó la atención sobre el deber de adoptar medidas legislativas para garantizar que toda ejecución hipotecaria contenga requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de efectuarse una subasta de una vivienda o a un desalojo, en virtud de los derechos reconocidos en el Pacto (Organización de las Naciones Unidas, 2015). Asimismo, que se debe garantizar la accesibilidad a recursos jurídicos para las personas que se enfrentan a estos procedimientos por falta de pago de préstamos, y en el caso de la señora afectada, que se deberá garantizar que la subasta de

---

91 Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., art. 11. 1: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.* Art. 2. 1: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

su vivienda no sea ejecutada sin las garantías del debido proceso, además de reembolsar los costos en que ésta incurrió por la tramitación de la comunicación a Naciones Unidas (I.D.G. contra España, 2015, párrs. 16 y 17).

En otro caso decidido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, un ciudadano español reclamó por la violación de su derecho a la seguridad social y a no ser discriminado, porque se le redujo el importe monetario de su prestación no contributiva por discapacidad bajo la excusa de los costes de manutención que el Estado pagaba por este en el centro penitenciario en donde se encuentra privado de libertad (Miguel Ángel López Rodríguez contra España, 2016). Al respecto, el Comité rechazó las alegadas violaciones de los derechos del autor, porque los hechos no constituyen discriminación, toda vez que la misma fue sustituida, en parte, por la manutención otorgada en el centro donde se encuentra privado de la libertad y, porque no fue probado el perjuicio que le causó dicha medida. Por lo tanto, se declaró la no violación de los artículos 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>92</sup>. En cuanto al derecho a la seguridad social, se subrayó que los Estados partes están obligados a proteger a las personas y grupos que no puedan hacer la cantidad de cotizaciones suficientes para su favor y que toda supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, analizada en cada caso concreto, evaluando la situación del beneficiario, fundamentarse en motivos razonables y proporcionales, realizarse por ley y garantizarse el nivel mínimo de prestaciones (Miguel Ángel López Rodríguez contra España, 2016, párrs. 10 y 11).

---

92 Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., art. 2. (...) 2. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Art. 9: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*

<b>Estándares mínimos fijados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas</b>		
<b>Derecho a la educación</b>	<b>Derecho al trabajo</b>	<b>Derecho a la seguridad social</b>
<b>Observación General no. 13</b>	<b>Observación General no. 18</b>	<b>Observación General no. 19</b>
Disponibilidad. Los centros y programas educativos deben ser suficientes.	Disponibilidad. Se debe contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.	Disponibilidad. Debe existir y funcionar un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate.
Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos, sin discriminación, tanto material como económicamente.	Accesibilidad. El mercado laboral debe poder ser accesible a toda persona sin discriminación alguna, lo que incluye la accesibilidad física e informativa, y aceptabilidad y calidad. Las condiciones de trabajo han de ser justas, favorables y seguras, elegidas y aceptadas libremente y con la libertad para pertenecer o fundar sindicatos.	Riesgos e imprevistos sociales. El Sistema de Seguridad Social debe abarcar atención de salud, prestaciones por enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, por maternidad, discapacidad, supervivencia y orfandad.
Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, deben ser aceptables (pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, si procede, para los padres.		Nivel suficiente. Las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración.



<p>Adaptabilidad. La educación debe ser adaptable a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y que responda a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.</p>		<p>Accesibilidad. Todas las personas deben estar cubiertas por el Sistema de Seguridad Social y que las condiciones para acogerse a las prestaciones sean razonables, proporcionadas a transparentes. Que los costos relacionados con las cotizaciones sean asequibles para todos y que los beneficiarios puedan participar en la administración del sistema, de manera informada. Y que las prestaciones sean concedidas oportunamente y los beneficiarios tengan acceso físico a los servicios de seguridad social.</p>
--	--	---

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cabe resaltar dos casos recientes en donde se protegieron de manera directa también los DESC. Uno fue fallado el 31 de agosto de 2017, se trata del *caso Lagos del Campo contra Perú*, en el cual se declaró por primera vez la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tras conocer del despido irregular de una víctima y la consecuente vulneración del derecho a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación. El caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo tras criticar las elecciones que se llevaban a cabo en la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli en la cual trabajaba y era presidente del Comité Electoral de la misma (Lagos del Campo contra Perú, 2017).

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enumeró como obligaciones del Estado en materia de protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, las siguientes: a) Adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) remediar la situación de despido injustificado mediante la reinstalación o, en su caso, la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional; y d) disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

La Corte Interamericana aclaró además que la estabilidad laboral no supone una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, pero sí el respeto de este derecho, y el garantizar que el despido se realice por causas justificadas, que se imponga con las debidas garantías, y que ante ello el trabajador pueda recurrir la decisión ante las autoridades competentes, quienes deben verificar que las causales del despido no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

En otro orden, se reiteró que la libertad de asociación tiene dos dimensiones, que recae tanto en el derecho del individuo de asociarse libremente y utilizar los medios apropiados para ejercer esa libertad, como en los integrantes de un grupo para alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos. Igualmente, que los derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado) (Lagos del Campo contra Perú, 2017).

En otro caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la protección de la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual provocó su muerte, así como por los sufrimientos derivados de la falta de atención del paciente. Además, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (Poblete Vilches y otros contra Chile, 2018).

En este caso, la Corte Interamericana reiteró que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o

enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. Y que la obligación general en esta materia se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, asegurando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que: a) El derecho a la protección de la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; b) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; c) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia; d) a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. Cuando se trata de una omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso; e) la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal; y f) el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud. Las personas mayores ostentan la titularidad de este derecho, sin embargo, se puede transferir en ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o en su caso, cuando proceda, a sus representantes, sobre los procedimientos y condición del paciente.

En cuanto a las reparaciones, como medidas de satisfacción se ordenó: a) Publicar la sentencia y su resumen oficial; b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad. Como medidas de rehabilitación: c) Brindar, a través de las

instituciones de salud, la atención médica psicológica a las víctimas. Como garantías de no repetición: d) Implementar programas permanentes de educación en derechos humanos; e) informar al Tribunal sobre los avances que ha implementado en el hospital de los hechos; f) fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria; g) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud; y h) adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores. Como indemnización compensatoria: i) Pagar la cantidad fijada en la sentencia por concepto de daño material e inmaterial; y (j) reintegrar los gastos y costas, incluyendo los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas (Poblete Vilches y otros contra Chile, 2018).

### **5.3 Las posibilidades de justiciabilidad indirecta de los DESC**

Si la tutela judicial directa de un derecho económico, social o cultural resulta inoperante por las barreras de un contexto dado, conviene entonces protegerlo indirectamente, y forzar su consideración en juicio por otras vías (Abramovich y Courtis, 2004, p. 168).

A través del principio de interdependencia e indivisibilidad se pueden proteger indirectamente los derechos sociales. Así, la protección de un derecho social puede ser efectiva en virtud del principio de igualdad y no discriminación, ya que el mismo se vincula a todos los derechos (Monereo, s.f.). También se pueden utilizar las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el reclamante ha acudido a las vías recursivas para demandar sus derechos y no obtiene la respuesta esperada (Abramovich y Courtis, 2004, p. 179). Por último, se pueden emplear igualmente, los mecanismos de tutela de los derechos civiles y políticos para proteger por conexidad los DESC (Abramovich y Courtis, 2004, p. 200), de modo que, por ejemplo, al proteger el derecho a la vida, a la integridad o a la intimidad, se tutele al mismo tiempo el derecho a la protección de la salud.

## Capítulo 6

### El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación

El reconocimiento del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación es la norma más común contenida en los diversos instrumentos jurídicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se trata de una norma de *jus cogens* (norma imperativa que no admite excusa o acuerdo en contrario) y de carácter *erga omnes* (de aplicación general).

La grave consecuencia de la discriminación es que impide el goce de los derechos fundamentales de gran parte de la población mundial. Para combatirla se debe atender primordialmente a los grupos o personas que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios continuos, en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones análogas (Observación General n.º 20, 2009, párrs. 1 y 8). Las políticas deben considerarlos y prever medidas para compensarlos, fortalecer sus derechos (Abramovich, 2006, p. 45) y garantizar la universalidad.

Por dicha razón, los Estados partes deben adoptar medidas especiales de carácter temporal “para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos” (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, 2013, art. 5). Esta obligación supone el dedicar inclusive más recursos económicos a grupos que tradicionalmente han sido ignorados

(Observación General n.º 20, 2009, párrs. 9 y 39). Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explica que ninguna política adoptada por un Estado puede constituir una carga desproporcionada para los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 64).

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, define la discriminación como: “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes” (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, 2013).

“La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra” (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, 2013). Según Courtis, una manera de comprender esa lista de factores es suponer que se trata de rasgos o características que identifican a ciertos grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos infundados que los aparta del goce o del ejercicio de derechos (Courtis, 2010, p. 115).

La discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa sucede cuando una persona recibe un trato menos favorable que otra que se halla en situación similar por uno de los motivos prohibidos de discriminación. Igualmente acontece por actos u omisiones que ocasionan perjuicio y se basan en alguno de los factores prohibidos de discriminación (Añón Roig, 2014, p. 64). La discriminación indirecta se identifica en aquellas normas, políticas o prácticas que aunque parecen ser neutrales,

influyen de forma desmedida en los derechos afectados por los factores prohibidos de discriminación (Añón Roig, 2014, p. 64). La discriminación múltiple o agravada, en cambio es aquella que se fundamenta al mismo tiempo, en dos o más de las categorías prohibidas (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, 2013).

La discriminación puede manifestarse además por acción y por omisión. Por omisión, ocurre cuando aparece una obligación positiva infringida por razones de una categoría prohibida o si perjudica de forma distinta a un grupo protegido por normas antidiscriminatorias. Cuando la obligación es de normar, la omisión constituye un ejemplo de discriminación normativa, mientras que si la obligación es de cumplir con una conducta establecida en la norma, la omisión es un ejemplo de discriminación en la aplicación (Courtis, 2010, p. 110).

La discriminación estructural, institucional, sistémica o difusa, es un proceso de interiorización de patrones sociales, roles, pautas y prejuicios que se reproduce institucionalmente a través de todas las normas sociales y de manera sistemática. Este proceso no obedece a la intención de los sujetos, pero de un modo difuso cruza con todas las dimensiones y variables sociales y fomenta la inequidad. Por ello se expresa como un supuesto de discriminación múltiple o interseccional (Añón Roig, 2014, p. 66).

Personas, grupos y colectividades que han sido históricamente discriminados, como mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, migrantes y sus familiares, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y miembros de pueblos indígenas, entre otros, fueron y siguen siendo con frecuencia víctimas de lo que se denomina discriminación interseccional y discriminación estructural (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 66). Los grupos excluidos o desfavorecidos se reconocen por la existencia de una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos sobre estos grupos que pueden ser consolidados por la norma, lo cual limita la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo (Pelletier Quiñones, 2014, p. 207).

Las limitaciones en el desarrollo humano básico de algunos grupos persisten debido a la discriminación. Algunas barreras se encuentran muy arraigadas en las identidades y en las relaciones sociopolíticas, como la violencia, las normas jurídicas discriminatorias, las normas sociales excluyentes, los desequilibrios en la participación política y la distribución desigual de oportunidades. Para vencer esos obstáculos se necesita empatía, tolerancia y compromiso con la justicia y la sostenibilidad mundiales (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, pp. 5 y 6).

Urgen entonces acciones por parte del Estado social y democrático de Derecho que ayuden a vencer las desigualdades sociales, que se diferencien de la declaratoria formal de prohibición de la discriminación (Salmón, 2018, p. 107). Por igual, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos deben puntualizar en la necesidad de tomar medidas para garantizar la igualdad estructural y la tutela de los derechos de los grupos desaventajados (Sagüés, 2018, pp. 129 y ss.). El juez por lo tanto, debe entender muy bien el fenómeno de la discriminación.

En cuanto a la situación concreta de los grupos vulnerables en la región, cabe resaltar que la pobreza en la infancia es muy crítica dado el alto nivel de dependencia, la falta de autonomía y la elevada vulnerabilidad de niños y niñas frente a las condiciones socioeconómicas de su entorno y familias. Los niños y niñas se encuentran sobrerrepresentados en los primeros quintiles de ingresos y viven con más frecuencia en situación de múltiples carencias si se compara con otros grupos etarios (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2016, p. 25).

Por otro lado, la pobreza también perjudica más a las mujeres que a los hombres en América Latina. En efecto, las mujeres de edades entre veinticinco y cincuenta y nueve años están sobrerrepresentadas en el quintil de menores ingresos, alcanzan un 40% respecto a los hombres. Suelen recibir menores ingresos, a causa de la dificultad para conciliar el trabajo no remunerado del hogar con la participación en el mercado laboral, ocupan puestos de bajas remuneraciones y sin acceso a la seguridad social, suelen estar sobrerrepresentadas en la jefatura de los hogares monoparentales (Comisión Económica



para América Latina y el Caribe, 2016, p. 15) y dedican tres veces más tiempo al trabajo no remunerado que los hombres (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, pp. 20 y 21).

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en América Latina viven más de 66 millones de personas con discapacidad y que dichas personas poseen menor nivel educativo, peores condiciones de salud y alto porcentaje de desempleo, lo que incrementa el riesgo de que caigan en la pobreza. A esto se le suman los factores de género, edad y origen étnico que empeoran aún más la situación de pobreza y exclusión social de algunos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 150 y 151).

Igualmente existen amplias brechas étnico-raciales en perjuicio de los afrodescendientes, especialmente en las áreas de protección de la salud, educación y empleo (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2016, p. 42). De ahí que, cuando en el 2013 la tasa de desempleo en la región oscilaba alrededor de un 5%, en la población afrodescendiente oscilaba en un 6,5%. Este grupo se ubica en los peores lugares de la escala laboral, realiza con frecuencia tareas informales y de baja calificación. Esa informalidad a la vez promueve que las personas afrodescendientes no tengan acceso a la cobertura mínima de salud y de afiliación al sistema de seguridad social, lo que obstaculiza su acceso a alimentos, vivienda, entre otros (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 139). La estructura jerárquica, clasista y racista de la época colonial ocasionó que los afrodescendientes alcanzaran un lugar subordinado. Hoy, sufren junto a los pueblos indígenas, mayores niveles de pobreza material y exclusión social y política que el resto de la población en América Latina (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2016, p. 36).

Respecto a las personas LGBTI, este grupo sufre por su parte más discriminación y violencia que el resto de la población. Frecuentemente son expulsadas de sus familias y escuelas, y a veces no pueden conseguir trabajos que paguen el salario

mínimo. Consecuentemente, las personas LGBTI en ocasiones enfrentan pobreza, exclusión social y falta de vivienda, lo que les lleva a la economía informal o a caer en actividades delictivas. Algunas personas LGBTI, se ven obligadas a realizar trabajo sexual para sobrevivir, son más sensibles al acoso, a la estigmatización y a mayores posibilidades de privación de libertad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 157).

Aclara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que los altos niveles de discriminación y exclusión social a los que se ven sometidos determinados grupos en situación de pobreza, han hecho ilusoria su participación ciudadana, acceso a la justicia y disfrute efectivo de derechos. En ese contexto, las vulneraciones de derechos humanos se multiplican y cada una influye de manera negativa encima de las otras y provoca un círculo vicioso de violaciones, interconectadas, sobre la base de la discriminación multisectorial, con graves consecuencias en la dignidad humana (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 42 y 43).

En ese orden, puede cuestionarse la efectividad de las estrategias de desarrollo y de las políticas públicas para la erradicación de la pobreza y la pobreza extrema si no se corresponden con el enfoque de los derechos humanos de las personas. Sobre todo, cuando poseen más la perspectiva asistencial o de beneficencia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 43) y no incorporan medidas dirigidas a grupos con necesidades específicas, como las mujeres, las minorías étnicas, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH y el sida, los trabajadores y trabajadoras vulnerables (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 118), entre otros, que buscan garantizar condiciones de igualdad real.

### **6.1 Algunos estándares en materia de género**

Dos conceptos de suma importancia que aporta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger los derechos de las mujeres son el de discriminación contra la mujer y el de violencia contra la mujer.

**Concepto de discriminación contra la mujer según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).** *Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

**Concepto de violencia contra la mujer de acuerdo a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”.** *Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Estiman Cook y Cusack que para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y eliminar otras violaciones de los derechos de las mujeres, debe priorizarse en la eliminación de la estereotipación perjudicial de género. Los estereotipos de género se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y de las mujeres, por motivos de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Los mismos varían con el tiempo y a través de las culturas y de las sociedades (Cook y Cusack, 2010, pp. 1 y 3).

Los estereotipos son la manera en que categorizamos a las personas, a menudo de manera inconsciente, en grupos o tipos particulares, para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso mediante el cual se le atribuye a un individuo, “características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos,

características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”(Cook y Cusack, 2010, pp. 1 y 2).

Los estereotipos degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y deprecian sus atributos y características, generando irrespeto por ellas, así como su desvalorización en todos los sectores de la sociedad. Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus normas, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, lo legitima y normaliza, lo que perpetúa a su vez la discriminación en el tiempo en los diferentes sectores de la vida (Cook y Cusack, 2010, pp. 1 y 2).

**Algunos estereotipos de género comunes son los siguientes:**

- ▶ La maternidad es el rol y destino natural de la mujer.
- ▶ Las mujeres son incapaces de tomar decisiones médicas apropiadas.
- ▶ La mujer es propiedad o propiedad sexual de su marido.
- ▶ Las mujeres son débiles.
- ▶ Las mujeres asumen primariamente la responsabilidad de la crianza.
- ▶ Son intrínsecamente mentirosas.
- ▶ Una mujer no puede ser agresiva o no debe serlo.
- ▶ Los hombres son más fuertes y firmes que las mujeres. Las niñas son débiles.
- ▶ Los hombres son los proveedores primarios de su familia, las mujeres son amas de casas, amorosas y cuidadoras (Cook y Cusack, 2010).

A modo de ilustración, en el caso Campo Algodonero contra México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó el contexto de discriminación y violencia contra la mujer al referir que los crímenes perpetrados contra las mujeres en Ciudad Juárez presentaban un alto grado de violencia, extrema crueldad, odio y ensañamiento contra estas y que las respuestas de las autoridades además se encontraban prejuiciadas y responsabilizaba a las víctimas por lo sucedido y a sus madres, los que las torna ineficaces y promotoras de mayor violencia e impunidad (Campo Algodonero contra México, 2009).

## 6.2 Niños, niñas y adolescentes: El Interés Superior del Niño

El artículo 3.1 de la Convención de los Derechos de los Niños (1989), establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**”.

El interés superior del niño es el principio guía de la Convención de los Derechos de los Niños (CDN). Este es un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria. El interés superior es transversal a todos los derechos que consagra la Convención, es decir, que todos giran alrededor de este.

La CDN, contiene una serie de garantías con relación al sistema de justicia juvenil contenidas en los artículos 37 al 40, tales como: la edad de responsabilidad penal; la necesidad de contar con un sistema igualitario de enjuiciamiento y sanción de los delitos; los derechos del niño en el proceso penal; y las posibilidades efectivas del niño motivarse por las normas penales y de participar efectivamente en el proceso judicial que se siga para determinar su responsabilidad e imponer las sanciones que la ley contempla.

Un avance muy importante es que la CDN ha sido ratificada por 193 Estados, y en la mayoría de los países es parte de la legislación interna. El establecimiento como punta de partida de quienes son considerados como niños, las personas menores de 18 años.

La CDN establece dos límites uno para que los NNA el **de la mayoría de edad penal como adultos** y **la edad de inicio de la responsabilidad penal especial de los adolescentes**. La CDN prohíbe que el maltrato psíquico, físico y cualquier trato cruel e inhumano en contra de los NNA infractores.

### **6.2.1 Interés Superior del Niño en la República Dominicana**

La República Dominicana es signataria de la Convención Internacional de los derechos del Niño desde el año 1990; este instrumento internacional de conformidad con la Constitución de la República forma parte del bloque de constitucionalidad.

La regulación del Principio del Interés Superior del Niño, está contenido en el principio V del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes y en el artículo 56 de la Constitución Política de la República Dominicana, y es un principio, que en sus dimensiones es transversal a cualquier formulación o aplicación de Políticas Públicas, relación del Estado con los niños, niñas y adolescentes e inclusive con personas adultas, y también con el sector de Justicia, por las característica que reviste este principio a lo interno de la regulación de la República Dominicana, toda vez que:

- Persigue asegurar el disfrute pleno de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de manera integral.
- Es de aplicación inmediata y obligatoria frente a cualquier situación que involucre a un niño, niña y/o adolescente.
- Todas las normas que tiene la República Dominicana que busca la protección de este segmento poblacional, deben estar y son segmentadas e interpretadas bajo este principio.
- Reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.
- Hace una discriminación positiva de este segmento poblacional, al asumirlos como personas en condición de desarrollo, y por esto manda a priorizar sus derechos incluso frente a los derechos de las personas adultas.

### **6.2.2 Interés Superior del Niño de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por

parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Es luego en varios casos contenciosos y la Opinión Consultiva número 17, que la Corte se ha pronunciado al respecto del alcance y contenido el principio del interés superior del niño.

En la Opinión Consultiva número 17, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (2002), la Corte estableció que “59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”.

La Corte ha establecido “134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. (Caso Bulacio vs Argentina, p. 55)

Como una manera de proteger la integridad de los niños detenidos, la Corte ha dispuesto que se les debe separar de las personas adultas, “136. Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es

indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido.” (Caso Bulacio vs Argentina, p. 55)

De acuerdo a Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008), “los elementos que considera el interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano, las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño, la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus particularidades, y la consideración de que este principio es la base para la realización de todos los derechos humanos de los niños”



Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



**LIBRO**

**4**

**Ética  
Judicial**

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



## Resumen

En la historia de la humanidad ha estado presente la ética, los seres humanos realizan una serie de actos conscientes y libremente y pueden expresar un juicio sobre estos. En un principio se discute la necesidad de la ética en las pequeñas comunidades, pero en la medida en que esos pueblos crecen, así mismo sucede con los conflictos, de ahí se vislumbra la necesidad de la creación de reglas para regular las conductas humanas. En la medida en que se evoluciona se van creando cánones de conducta humana en los cuales se expresa que cosas son buenas y cuáles no, tomando para ello la mayoría. Luego en los avances de la humanidad y a especialización de las profesiones, se va siendo necesaria la especialización de esas normas éticas para cada una de ellas. Así tenemos ética para las diferentes profesiones, aunque entendiendo que es única, pero en aplicación práctica se especializa para facilitar su integración con la vida de los individuos en sus distintas profesiones.

### Palabras Claves

Ética, valores, principios, virtudes, estado de derecho, libertad, dignidad humana, respeto, cortesía, prudencia, integridad, independencia, imparcialidad, justicia, perfil del juez. Derechos Humanos. Comisión de Ética Judicial.

## Introducción

A través de la historia de la humanidad se ha encontrado presente la ética, como forma de vida, sin embargo siempre se estudió ésta separada de la ley, dejando establecido que una cosa era el ámbito del derecho y otro el de la ética o moral, esa era la etapa del Estado de Derecho Legal. Luego de la Segunda Guerra Mundial, tratando de que el mundo se llenará de otro paradigma, olvidado los horrores que se cometieron en las guerras, se construye el Estado de Derecho Constitucional, se llena el derecho de proclamas de Derechos Humanos, los cuales a su vez están pletóricos de principios, virtudes y valores.

Si analizamos los estados en los cuales el sistema legal aún permanece aunque sea mínimamente, notamos que en esos poderes judiciales le es difícil aceptar que la Ética forme parte de su vida, tanto de la pública como de la privada.

El objetivo principal de este ensayo es llevar al ánimo de los que utilicen este manual como herramienta de trabajo diario, que integren la Ética a sus vidas, para ello se inicia con el concepto de ética pura y simplemente, comparándola con la moral, con la cual hubo épocas en que se consideraron iguales, luego con el tiempo se termina de individualizar.

Se continúa en la segunda parte, conceptualizando la ética y desarrollando un poco las diferentes teorías sostenidas acerca de ella.

En la tercera parte se desarrolla la Ética Judicial propiamente dicha, describiendo su importancia y siguiendo con los aspectos éticos del profesional del derecho y a seguidas referirnos a la persona del juez y sus condiciones de aptitud.

Se dedica la cuarta parte a los principios, valores y virtudes del juez, es decir, profundizar acerca de lo que constituye el perfil del juez.

La quinta parte es contentiva de la vida del juez, tanto dentro de su tribunal, es decir su labor jurisdiccional, su impronta, como sus relaciones con la comunidad y dentro de esta, sus relaciones con los medios de comunicación.

Y finalmente la sexta parte se dedicará a comentar los distintos instrumentos nacionales e internacionales que regulan la aplicación de los principios, valores y virtudes éticas, haciendo hincapié en los códigos de ética nacionales e internacionales y también, algo de suma importancia analizar el aspecto ético de nuestra Carta Magna, bajo el entendido que la misma está impregnada de manera sistemática de principios y valores éticos, desde su preámbulo.

# Capítulo 1

## Ética

### 1.1 Ética. Concepto

La palabra ética proviene del griego ethos, que significa carácter, es la raíz de los actos humanos. La acepción más conocida y difundida del vocablo ethos aparece a partir de Aristóteles, ligada a un conocimiento llamado precisamente ética, por lo que se entiende que ética es una teoría o un tratado de los hábitos y costumbres.<sup>1</sup> Ha habido varias definiciones de la ética, se ha dicho que es la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre, orienta las actuaciones del individuo hacia el logro de sus objetivos utilizando buenas herramientas, mediante la recta razón.

La ética es la rama de la filosofía que estudia y sistematiza los conceptos del bien y el mal. Esta disciplina tiene como objetivo definir de forma racional que constituye un acto bueno o virtuoso, independientemente de la cultura de que se trate.

La ética nos lleva a reflexionar sobre la moral humana planteando todos aquellos problemas que nos permiten transformar nuestro comportamiento dirigiéndolo a mejorar nuestras formas de vida.

Por el objeto de su estudio se define la ética de la siguiente manera: “el objetivo de la ética radica en el estudio y comprensión del territorio cultural llamado moral”<sup>2</sup>.

---

1 Silié Gatón, José A. Ética Profesional. Editora Serrallés, S.A.1998. Pág. 14

## 1.2 Evolución histórica

Los estudiosos de la ética, remontan la aparición de ella hacia el inicio de la sociedad misma, preguntándose si existió alguna vez una época en donde no fuera necesaria la ética, por la sencilla razón de que los seres humanos eran esencialmente buenos e inocentes, época, por supuesto que supone personas viviendo en soledad, por lo que desde que los individuos se asociaron para vivir en comunidad, se inician los problemas.

La vida del individuo está llena de actuaciones buenas y malas, tanto en su vida pública como en su vida privada.<sup>3</sup> En ese hilo conductor, hubo necesidad de la creación e implementación de normas prudenciales, una especie de contrato.

Existe otra explicación y es la cristiana, define la moralidad como nuestro intento necesario de sintonizar nuestra naturaleza imperfecta con la voluntad de Dios. El origen se remonta al Génesis<sup>4</sup>, cuando se dice que el hombre cae por su pecado. Las personas prefieren la simpleza de estos relatos, dada la complejidad del mundo en esas épocas. Sin embargo un relato simple no puede resolver una situación compleja, por ejemplo el relato cristiano, en vez de resolver el problema lo desplaza, puesto que nos lleva a la interrogante de por qué debemos creer en Dios.

En otro orden, la idea de que la ética no es más que un contrato basado en la prudencia, es muy sencilla también, por eso se considera poco realista, para explicar la complejidad de la ética. Es posible que una sociedad en una época remota inventare instituciones de aseguramiento recíproco, parecidas a las que aparecen en las sociedades humanas reales. Es probable que esas personas en esa forma, evitarán muchas de las atrocidades que cometen los seres humanos reales.

Las sociedades pequeñas, cuyos habitantes se dedican al pastoreo y la agricultura, tienen la característica de que viven encerradas en sí mismas, casi todos se conocen o

---

3 Singer, Peter. Compendio de Ética. Alianza Diccionarios. 1995. Pág. 30

4 Ibidem. Pág. 30



son parientes, las instituciones de esas sociedades son versátiles y desempeñan múltiples funciones, por lo que su ética es difusa, sus principios no son explicados explícitamente. Para obtener los valores y principios de este tipo de sociedad se debe ir a las profundidades de sus costumbres ancestrales, sus mitos, proverbios, cuentos, enigmas.

El estudioso de los pueblos, es decir el antropólogo, deberá desentrañar esas costumbres y obtener de ellas lo que se entendería que es la ética. Por ello la comparación de la ética de diferentes sociedades debe tener en cuenta el contexto cultural y el significado social vernáculo si quiere ser algo más que una ociosa recopilación de curiosidades.<sup>5</sup> En principio los antropólogos reaccionaron rechazando a esos salvajes, entendiendo que eran inmorales o amorales, posteriormente los trabajos de investigación realizados demostraron que esta concepción era falsa. Por eso no se pueden comparar las éticas o la moral de pueblos diferentes, sin desentrañar primero el origen de sus costumbres.

Se conocen prácticas, tales como matrimonios entre hermanos en la dinastía de Egipto, o los Venda de Sudáfrica y el incesto de los Ronga de Mozambique, que a los ojos de los extranjeros parecen aberrantes.

En las sociedades grandes como las actuales, es diferente, las instituciones sociales son muy complejas y especializadas y son independientes entre sí. Por lo expuesto, el significado social y por ende la significación moral de la conducta humana está determinada culturalmente.

A continuación, se examinarán por considerarlo de interés, a grandes rasgos las grandes tradiciones éticas.

### **Ética India**

De esta se desarrollarán algunas consideraciones y enunciarán sus diferentes épocas. Ética india temprana; ética brahmánico-hindú; ética hindú clásica; ética de los Upanishads; ética smarta; la épica y el Gita; la jaimista, la ética de Gandhi.

---

5 Singer, Peter. Compendio de Ética. Pág. 30

Al proceder a examinar la cultura india, se revela de ese examen que ella se afana por que exista una conducta éticamente correcta, en ocasiones no lo consigue o lo consigue medianamente. No obstante esto, se podrán obtener de ese examen algunos principios e ideas éticas, los cuales les ayudaron a convivir mejor en sociedad. Por ejemplo, el karma o acción-efecto, las ideas de ciclos de vida y fines humanos concéntricos y el principio de acción no violenta desinteresada, los cuales se entiende que pueden resultar de interés para obtener el logro en la lucha por la justicia y la paz del mundo.

### **Ética Budista**

La vida de Buda transcurre en un ambiente bastante convulso, donde concurren diferentes corrientes filosófico-religiosas, tales como: ascetas, videntes, materialistas escépticos, nihilistas, deterministas y teístas.

Buda experimentó diferentes estilos de vida, dejó su ambiente palaciego real y se convierte en asceta, conoció diferentes técnicas de meditación, hasta llegar al jhana. Mediante la práctica de la meditación alcanza la iluminación y luego inicia la etapa de la predicación.

Las doctrinas de Buda se difundieron oralmente y luego se recopilaron en hojas de ola escritas por los monjes, más adelante fueron editadas e impresas.

Buda realizó un análisis de la ética conforme a su criterio, sus discursos contienen perspectivas teóricas sobre las cuestiones éticas. Mostró un gran interés por la ética desde el punto de vista práctico, como forma de vida y lo que él denominó “camino ético definido hacia la liberación del sufrimiento”.<sup>6</sup>

En la ética budista existe una integración de lo que es ético con el compromiso racional, de análisis y argumentación, como forma de vida, como expresión social y búsqueda personal.

---

6 Singer. Pág. 118

## Ética china clásica

La ética china y la occidental son profundamente distintas, la occidental, -heredada de los griegos- divide el yo en una parte racional y otra emocional, la noción de la moralidad está apoyada en la razón, la concepción china es más social, según ellos, al ser humano lo guía un camino (dao) social.

Luego continúa el período del dao positivo y aparecen Confucio y Mozi, Confucio fue el más famoso pensador del periodo clásico, en su obra el Libro del Li, transmite un código de conducta social, que según él servía de guía de los actos humanos. La formación de un buen carácter exigía que se interpretara bien el Li en el desempeño de los diferentes roles de los individuos.

Confucio nos lega una versión negativa de la denominada Regla de Oro, a saber: “no hagas a los demás lo que no desees que a ti te hagan”<sup>7</sup>. En lugar de ley prefiere la educación; la base de una buena relación entre las personas es la relación de roles sociales, es decir, entiende que deben tratarse las personas, en tanto es hija, madre, esposa, mentor o vecino. Es decir que la base del respeto y los deberes es la reciprocidad entre entes que interactúan en la familia y esta a su vez en la sociedad.

El pensamiento clásico perduró más allá de la Edad Media, luego la China fue influenciada por el Budismo, posteriormente aparece otra versión del Confucianismo.

El contacto con occidente ha dividido un tanto el pensamiento tradicional chino, los intelectuales chinos reciben con beneplácito el socialismo y el pragmatismo. Aun con esta influencia los intelectuales chinos prefieren la educación al castigo.

Se ha publicitado actualmente, que los chinos antes de iniciar los estudios académicos con los niños, comienzan una etapa educativa, de conocerse entre ellos, en donde se desarrolla la cortesía, el buen trato, se les enseña el respeto hacia los demás, especialmente a los mayores, es decir, padres, abuelos y maestros y van obteniendo conocimientos de

---

7 Singer. Pág. 119

arte, meditación, deportes de todo género, basta estar atentos a los eventos deportivos internacionales, para notar cómo los atletas orientales se destacan maravillosamente y se revela la gran disciplina que exhiben.

### **Ética judía**

Ante todo es preciso decir que el judaísmo es una religión orientada a la perfección práctica en este mundo, basada en las normas del Torah, este código incluye lo civil, lo penal y lo moral, es decir, es la palabra de Dios.

La noción de ética judía es un tanto compleja, pues habría que concebirla fuera del contenido de la ley del Torah, lo cual es intolerable para los judíos que entienden que este código es la manifestación de la voluntad de Dios. Se discute la posibilidad de la existencia de una ética independiente del código judío, ¿cuál deberá prevalecer en caso de conflicto?

Los estudiosos de la religión judía dividen la ética judía en cuatro categorías: bíblica, rabínica, medieval y moderna. La Biblia hebrea contiene una serie de disposiciones que pueden ser consideradas como éticas, aunque no esté expresamente dicho, no es un texto de ética propiamente dicho, sino que es una fuente de la ética judía.

Se puede considerar que la doctrina ética de la Biblia son los Diez Mandamientos<sup>8</sup>, y seis de ellos tienen una relevancia ética excepcional, a saber: honrarás a tu padre y tu madre; no matarás; no cometerás adulterio, no robarás; no levantarás falso testimonio contra tu prójimo, no te adueñaras de las posesiones de tu prójimo.

### **Ética Cristiana**

Esta ética puede analizarse desde muchos puntos de vista. La fe cristiana se basa principalmente en la existencia de Dios, revelado a través de su hijo Jesús, quien fue llamado también El Salvador. Jesús nace en el seno de una familia campesina y pobre,

---

8 Singer. Peter. Compendio de Ética. Pag.136

hijo de un carpintero y un ama de casa, personas sencillas y llenas de amor, Se ha hablado mucho de su madre María, por ser según las Escrituras la elegida por Dios para ser la madre de Jesús, una jovencita virgen que iba a desposarse con José; este apenas se menciona, solo en el momento en que un ángel le habla cuando sabiendo que su esposa está embarazada piensa en dejarla.

En la Genealogía de Jesús se dice que su stirpe es de David, del cual fue descendiente su padre José, no obstante afirmarse que fue concebido por obra y gracia del Espíritu Santo.

La fe cristiana tiene un fuerte contenido ético, su doctrina está basada en principios, valores y virtudes, la idea de lo bueno forma parte integral de esta fe.

La Biblia es eminentemente ética, aparecen en ella dos testamentos, el Antiguo y el Nuevo, en el antiguo se prepara y consume el sacerdocio de Jesús y en el Nuevo el testimonio de la vida y muerte de Jesús y por supuesto su resurrección. Todo lo concerniente a las prédicas de Jesús fueron transmitidas por la vía oral a las comunidades cristianas.

Luego aparecen los cuatro evangelios, cada uno de los evangelistas tienen una posición diferente, Marcos, que es el primero, escribe 40 años después de la muerte de Jesús; antes aparecen las Cartas de Pablo a diferentes iglesias, esas cartas tienen un contenido ético y llenas de fe, Pablo había sido perseguidor de los discípulos de Jesús, hasta que recibió un llamado divino para que fuera a servirle a Dios.

La iglesia cristiana se tomó unos cuatro siglos en reunir lo que serían los libros que se incluirían en las Escrituras, la ética cristiana se va formando a lo largo de los siglos, utilizando para ello todo lo que habían pasado los discípulos y cristianos.

La ética cristiana abarca los aspectos más simples de la vida de la gente creyente hasta los aspectos económicos y políticos.

El cristianismo comienza en los campos judíos, luego con los avances se convierte en un movimiento urbano, al paso de este tiempo cesa la gran influencia judía y aumenta la influencia griega con su legado filosófico y ético. Luego de la caída del Imperio romano el cristianismo se apodera de las instituciones de la civilización europea.

En la época actual el cristianismo ha sido difundido por todo el mundo, el término ética cristiana es más común entre los protestantes, ya que los católicos suelen llamarla teología moral. No existe una gran diferencia entre ambos vocablos, porque las dos se refieren a cuestiones básicas de la ética, como actuar y cómo encontrar la solución correcta. La ética cristiana tiene muchos puntos coincidentes con otras éticas.

Jesús es la raíz de la ética cristiana, a través de las enseñanzas de los evangelistas Marcos, Mateo y Lucas. Juan, el llamado discípulo preferido de Jesús se considera que realizó una serie de meditaciones sobre los evangelios de los otros tres. Las enseñanzas de Jesús se refieren al Reino de Dios y la forma en que El ejerce su gobierno en este mundo.

Jesús enseña las normas divinas mediante unas fórmulas indirectas, parábolas, enigmas, el gobierno de Dios no se enseñó como un régimen de castigo, sino una enseñanza que según lo que hagas esas serán tus consecuencias.

Un rasgo característico de la ética de Jesús es la forma en que radicaliza la moralidad común. Por ejemplo se recomienda perdonar a quien te hace daño, pero no para que esa persona se sienta bien, sino porque a Dios atañe el perdón de todos, también se recomienda el perdón de los enemigos, no para ganarse a estos, sino porque Dios los ama. Jesús no pensaba que los malos lo eran tanto como creían los buenos.

La ética era diferente a la que devolvía bondad por bondad, es decir, utilizando la reciprocidad, Jesús va más allá, pide amar a los que nos odian, también se enseña el sistema de las recompensas, cuando se habla de ganar la vida eterna, también como se expresa en el Sermón de la Montaña: Bienaventurados los limpios de corazón, porque ellos verán a Dios<sup>9</sup>. Las enseñanzas sobre las recompensas no han sido muy

---

9 Mateo 5.3-12.

comprendidas, pues muchas personas entregan grandes donativos con la finalidad de ganar el cielo, lo lógico es dar sin esperar nada a cambio o después de recibida la gracia, pues a Dios no hay que recompensarlo.

En general Jesús no se pronuncia sobre cuestiones sociales ni políticas, salvo con el divorcio, no habla de igualdad expresamente, ni sobre las guerras, ni sobre la distribución de los bienes, ni sobre la esclavitud.

No ofrece muchas normas sobre cuestiones específicas, pues Él dice, yo soy el camino, la verdad y la vida y el que me conoce a mí, conoce al Padre.

En lo que hizo hincapié fue en el amor, indico “amaos los unos a los otros”; desafió las normas sociales por las normas del Reino de Dios, por su amor hacia los pobres y desvalidos, los herejes, los inmorales, los recaudadores de impuestos y a los marginados por la sociedad y ayudó a los leprosos. Expresaba para que entendieran el porqué de este amor, que no vino a buscar a los sanos, sino a los pecadores.

No se refirió a las guerras, no habló directamente de los problemas sociales ni a los políticos y económicos, sin embargo fue muy sabio y se dedicó a trabajar el ser humano, a limpiarlo, a abrir sus ojos, con su forma tan particular de enseñar, a través de parábolas y palabras a veces tan simples, que no eran captadas por los seguidores.

Recordar que no siendo un letrado, un hombre culto, solo un campesino pobre y sencillo, llegó al corazón de las personas, con su amor, su compasión, misericordia y gran carisma. En el fondo fue un rebelde, contrarió los convencionalismos que se produjeron por el imperio de la ley. El mundo cambiará cuando quienes lo pueblan cambien.

### **Ética Islámica**

Una de las religiones más extendidas es el Islam tiene unos mil cuatrocientos años y cuenta con unos mil millones de fieles, también se les denomina musulmanes, la mayoría están en África y Asia, aunque actualmente, se han diseminado por todo el mundo.

El Islam tiene dos orígenes, las escrituras que contienen el mensaje de Dios a Mahoma, registrado en el Corán, y la ilustración de ese mensaje en lo que constituye el conjunto de dichos y normas del profeta, que es la Sunnah. Su cuestión ética se basa también en: qué debe hacerse o no hacerse? Al indagar racionalmente, los musulmanes crearon una serie de normas éticas y sus principios.

Uno de los capítulos del Corán, el Criterio, (la revelación) <sup>10</sup>, es el punto de referencia para distinguir el bien y el mal. Igual que el cristianismo y el judaísmo, el Islam comienza con la idea del mandato divino, para establecer el orden moral mediante el esfuerzo humano.

La calidad humana que engloba el concepto del valor ético es el término takwa, representa la fundamentación moral que subyace en las acciones humanas y también la conciencia ética que da a conocer al ser humano sus responsabilidades para con Dios y la sociedad.

E insta en el Corán a una repartición de las riquezas, es el énfasis en la ética, corrigiendo la injusticia en la vida económica y social, esto obliga y responsabiliza al musulmán a tener una conciencia social y compartir los recursos con los menos favorecidos.

Ha tratado de mejorar la condición de las mujeres, permitiéndoles tener derecho a la propiedad e impedir la muerte de las niñas recién nacidas, la cual era una práctica preislámica.

En la actualidad, la ética musulmana se dirige a los ámbitos sociales y económicos y buscar las estrategias adecuadas para hacer frente a la pobreza y desequilibrio. En ocasiones estas respuestas son llamadas modernistas o fundamentalistas.

---

10 Singer, Peter, Compendio de Ética. Pag. 166



### 1.3 Ética y Moral

Generalmente se utilizan las palabras ética y moral como sinónimas, no obstante, existen diferencias importantes entre ambos términos, o al menos así ha sido durante la historia. A pesar de que están estrechamente relacionadas, existe una serie de diferencias entre ambas disciplinas, las cuales conviene dejar establecidas. Estas se refieren a las clases de los actos, los cuales, refieren a múltiples características, tanto de tipo conceptual como epistemológico.

La moral se define como el conjunto de normas que rigen el comportamiento de las personas que forman parte de una sociedad determinada, de modo que puedan contribuir al mantenimiento de la armonía y la paz social.

Se suele relacionar el concepto de moral con la conformidad con las leyes implícitas y explícitas de un grupo social, que se transmiten a los individuos dentro del proceso de socialización al que se someten a lo largo de su desarrollo, es decir que la moral tiene mucho que ver con la forma en que nos criaron nuestros ancestros. Por lo que la relación entre moral y ética es clara, es la relación que se establece entre una ciencia con su objeto de estudio. La Ética necesita de la moral para sacar sus conclusiones, para poder explicar y presentar sus hipótesis. La ética es una ciencia y la moral el objeto de esa ciencia.

El objeto de la ética es la moral. La moral se encarga de determinar qué conductas son adecuadas y cuáles no, en un contexto determinado, mientras que la ética se refiere a los principios generales que definen qué comportamientos son beneficiosos para todas las personas.

La ética es una disciplina normativa y la moral es descriptiva; así, la ética se diferencia de la moral en que pretende definir los comportamientos correctos, más que los que son aceptados por una sociedad.

Dicho de otro modo, si la ética es un elemento más bien estático que sirve como referencia para comprender el tipo de comportamiento que regula el funcionamiento

de la sociedad en un contexto determinado, la moral es de carácter aplicado, teniendo en cuenta todo lo que interviene en la decisión de actuar de una u otra forma.

La ética se fundamenta en el valor intelectual y racional que los individuos otorgan a sus actitudes y creencias, a diferencia de la moral, que viene determinada por la cultura y por consiguiente es de tipo más bien irracional e intuitivo. No se podrá elegir la moral, tan sólo aceptarla o rechazarla; por tanto, tiene que ver con la conformidad con las normas de nuestro grupo social.

Se puede afirmar que la ética tiene un origen individual, mientras que la moral se deriva de las normas de nuestro grupo social, determinadas a su vez por un sistema ético previo. La moral es la generalización de esa clase de descripciones sobre lo que es bueno y lo que es malo, su manera de conformar una abstracción sobre lo que debe hacerse y lo que debe ser evitado.

La ética tiene la pretensión de ser universal, es decir, de poder ser aplicada en cualquier contexto, ya que idealmente parte del uso guiado del pensamiento, no de la obediencia ciega a normas rígidas. Por el contrario, la moral varía en función de la sociedad, conductas que pueden estar aceptadas en algunos grupos sociales, como la violencia de género o la explotación infantil, serían consideradas inmorales por personas de otras sociedades, así como desde un punto de vista ético.

#### **1.4 Bioética y Bioderecho**

Partiendo de la concepción de que el Derecho deberá establecer los límites de lo permitido, resulta la estrecha relación entre Bioética y Derecho, entendiendo este último como norma de conducta que emana de la voluntad del pueblo.

Es de sumo interés unir las nociones de Bioética y Derecho, no con el fin de juridificar a la primera, sino para que los valores constitucionales y los principios generales de las naciones civilizadas se tengan como acuerdo mínimo, a la luz de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte del derecho interno del país.

Los adelantos científicos y tecnológicos, traen aparejados indiscutiblemente controversias de índole ética, ya que esos adelantos científicos deben examinarse a la luz del respeto de la dignidad humana y con esta, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Con cada avance científico humano y ecológico surgen controversias acerca de la cuestión moral que pueda estar envuelta en la aplicación de esos avances científicos.

Por tradición las personas en general son renuentes a los cambios, sobre todo a aquellos que se refieren a asuntos científicos que modifiquen los paradigmas establecidos durante cientos de años, es hasta cierto punto natural, no obstante, los cambios son necesarios y normales en la humanidad, nada permanece estático, por esos avances se han creado fórmulas que han permitido desaparecer enfermedades que causaron muchas muertes durante mucho tiempo.

A final del siglo pasado e iniciando el presente, las investigaciones científicas han tenido un avance extraordinario, el descubrimiento del genoma humano, los experimentos biológicos, los trasplantes de órganos en los seres humanos, la fertilización in vitro, la clonación, los grandes experimentos realizados en la agricultura, en fin, que son otros tiempos y esto obliga a que se acepten los cambios, sin que por ello haya que renunciar a los derechos humanos y a la libertad del individuo.

Luego de la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos producida en el año 2005, aprobada por aclamación por la UNESCO<sup>11</sup>, es obvio que ya esos cambios descritos precedentemente cuentan con el aval suficiente para su aceptación general.

Desde esos casos mencionados anteriormente, cada vez que se realizan investigaciones biomédicas, cuando aumentan los avances científicos, las leyes que se refieren a la investigación científica, a la asistencia sanitaria, al principio o al final de la vida o aquellas que se refieren a nuevas formas de reproducción humana

---

11 Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos. UNESCO. 2005. Pág.

o de manipulación genética han ido encontrando su lugar en el conjunto de las normas jurídicas y es lógico que el discurso que se refiera a lo bioético se va a relacionar inevitablemente con lo jurídico, y es lo lógico puesto que cada vez que se realiza un experimento biomédico o técnico médico, están envueltos los derechos humanos de las personas, en ese hilo conductor, lo prudente es que vayan a la par ambas situaciones.

La naturaleza de la bioética y el lugar que ocupa en el ámbito del saber, y la relación de la época de su nacimiento y algunos cambios sociales, los cuales pueden ser la consecuencia del nacimiento de los avances científicos y el interés que los mismos despiertan en la sociedad, dada la importancia del avance de que se trate, aunado esto último y el contenido específico del espacio denominado bioética y derecho.

Es importante que la sociedad entienda el fundamento de la doctrina relativa al consentimiento informado, esto atañe directamente a la salud de los individuos y a la vida misma, por lo que deben quedar claramente establecidas las condiciones de esa información que acompaña el consentimiento, así, habrá menos desencuentros entre los pacientes y los médicos. En ese tenor, la bioética y el derecho juegan un papel sumamente importante.

Es importante asimismo, entender los cambios que se han operado después de la mitad del siglo pasado respecto de la muerte y cómo ésta está unida estrechamente a la regulación jurídica de la eutanasia, teniendo como premisa conocer que en pocos países existe la eutanasia regulada legalmente.

Es importante, que también se conozcan las características de las legislaciones que establecen la reproducción asistida, los exámenes y diagnósticos previos a los implantes de los óvulos, lo prenatal, la clonación, en fin todos los procedimientos que la biomedicina en su avance está en capacidad de realizar.

Asimismo, es de rigor conocer lo que se ha discutido a la fecha acerca de la naturaleza médico legal del embrión, la clonación terapéutica y la reproductiva y por supuesto los

aspectos morales de los mismos. Conocer la ingeniería genética y los organismos que han sido modificados genéticamente.

Es de sumo interés aclarar que aún no existe un concepto claro de lo que es bioética, tampoco su naturaleza y alcance. Expresamos que ese término se utilizó en Estados Unidos de América en los años setenta, por el americano Van Rensselaer Potter<sup>12</sup>, este señor escribió en el año 1971 un libro denominado Bioética. Un puente hacia el futuro.<sup>13</sup>

En el mismo año se constituye en la Universidad de Georgetown el Instituto Rose y George Kennedy, para el estudio de la Reproducción humana y la bioética.<sup>14</sup> En la Enciclopedia de Bioética perteneciente al mencionado instituto se define la Bioética:

*“Estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud en tanto que dicha conducta se examina a la luz de los valores y principios morales”.*<sup>15</sup>

Es importante resaltar que las definiciones de Potter y de la Enciclopedia no son excluyentes. Se conocen otras definiciones de Bioética, dentro de las cuales se cita la de Gilbert Hottor, el cual expresa: “La Bioética es el conjunto de investigaciones, discursos y prácticas, generalmente pluridisciplinaria, que tienen por objeto, clarificar o resolver cuestiones con dimensión ética suscitados en el avance y la aplicación de las ciencias médicas.”<sup>16</sup>

En estas definiciones citadas, se hace referencia a la dimensión ética o moral de la experiencia humana de una parte, y a las ciencias biológicas y médicas, de la otra parte.

Se ha expresado que la bioética tiene su origen en Estados Unidos de América y dado que la jurisprudencia de este país tiene como característica el precedente, se

---

12 Víctor Méndez y Héctor Silveira. Bioética y Derecho. Editorial UOC. Pág. 16

13 Méndez y Silveira, Pág. 16.

14 Ibidem. Pág. 17

15 Ídem. Pág. 17

16 Ibidem. Pág. 18

dice que Estados Unidos ama los juicios y casos célebres, por lo que su derecho ha proporcionado casos relativos a los avances de la biomedicina, tanto en lo que se refiere al consentimiento informado, al fin de la vida; al aborto; reproducción asistida; o avances de la nueva genética.

Indiscutiblemente que los avances biomédicos que poseen una dimensión ética poseen también una dimensión jurídica.

La parte de la bioética denominada bioética y derecho, es la que se ocupa de entrelazar los aspectos éticos y jurídicos que tengan lugar en las actividades biomédicas. Como expresamos anteriormente, son muchos los asuntos de la bioética en los cuales interviene el derecho.

# Capítulo 2

## Teoría Éticas

Se considera de gran interés puntualizar el objeto de la ética, respecto a este ha habido controversias, especialmente en lo que se refiere a la noción del bien, en ese tenor es pertinente analizar una serie de posiciones o teorías, para que se pueda determinar con claridad el objeto de la ética.

### 2.1 Subjetivismo

Conforme a esta posición, se pretende que cada individuo tenga la libertad de buscar el bien y por ende la felicidad en donde lo estime conveniente, o es decir, que dado lo anterior, cualquier noción que se considere válida, se dará por legítima, por ser como se expresa una posición individual.

Es decir que cada individuo se encargará de definir lo que es el bien. Se entiende que el bien es aquella situación elegida por cada uno, independientemente que haya otros que encuentren errada tal elección, el bien, será lo que cada uno entienda como la mejor opción de vida. Cuando se analiza la práctica de estas tesis, se llega a la conclusión que la vida en sociedad se verá entorpecida gravemente, ya que llevada al extremo, entrará en el terreno del individualismo egoísta.<sup>17</sup>

En tanto que las definiciones morales se dejen al arbitrio de la voluntad o incluso de lo irracional, se negará la razón práctica, siendo así las cosas, si los debates éticos quedan sustraídos de la razón, quedará en las manos de quienes tengan más poder, astucia o fuerza. En ese hilo conductor los derechos humanos serán considerados palabras vanas

que podrán ser utilizadas a su antojo por cualquiera que sostenga un buen discurso, lo cual en ocasiones lo podemos ver en la vida diaria.

## 2.2 Intersubjetivismo

En estos planteamientos intersubjetivos, es preciso diferenciar dos tesis, las dogmáticas y las procedimentales.

Las dogmáticas, asimilan el hecho moral a un acontecimiento social y no es sometido a ningún tipo de crítica, entienden que la moral social es la única que rige, independientemente de lo razonable o no que pueda ser, esto no se discute.

Las tesis procedimentales, admiten que la razón pueda definir la ética, pero en tanto cuanto solo sea desde el punto de vista procedimental o formal. Se entiende en esta teoría que la ética correcta se construye mediante el diálogo o el contrato.<sup>18</sup>

Estas tesis o propuestas, finalmente deberán legitimar la moral social o lo que decida la mayoría., es decir, que los derechos estarán sujetos a la importancia, o contenido que cada sociedad le confiera, o a ser solamente contenidos obtenidos a través de las teorías procedimentales, es decir, mediante contratos o diálogos.

## 2.3 Consecuencialismo ético

Conforme a esta teoría, no se puede emitir un juicio ético previo respecto del actuar humano, entendiendo que eso sería posible solamente luego de la comprobación de las consecuencias de esos actos, es decir, que los actos no serían ni buenos ni malos, sino que lo importante es comprobar sus efectos, recurriendo al criterio de que es lo que produce la mayor felicidad en la mayoría de los seres humanos. Es decir, que en un momento determinado una conducta puede ser mala dependiendo de los resultados producidos en la mayoría, esa misma conducta puede luego ser considerada buena, porque sus resultados han sido satisfactorios para la mayoría de otro núcleo social.

---

18 Ibidem, pág. 14



Definitivamente para comprobar si el actuar humano es o no bueno, se considera pertinente esperar los efectos o resultados.

## **2.4 Juridicismo**

Esta visión de la ética reviste cierta importancia, es aquella que encomienda a un organismo competente la labor de fijar las respuestas éticas a través de una norma jurídica, podría ser el Poder Legislativo o un órgano creado dentro de un poder para deliberar lo que debe hacerse en un momento determinado dictando a esos efectos una norma.

Se pretende que muchas de las problemáticas éticas se resuelvan con el imperio de una ley determinada o con los efectos de una sentencia, lo cual significa que los integrantes de los órganos instituidos para sancionar inconductas no cuentan con más respaldo que las normas que se han dictado, dejando claro que las posiciones adoptadas pueden seguir generando controversias. Quiere decir, que los derechos humanos son respetados porque así lo consagran las leyes y tratados, por consiguiente, si estos cambian sus contenidos, los derechos humanos tendrán otro valor.

## **2.5 Teologismo**

Entienden los que preconizan esta teoría, que solo a través de la creencia en Dios se encuentra la verdad y el bien, por lo que descalifican a la razón para procurar acceder a ellos. Santo Tomás de Aquino no estuvo de acuerdo con esta tesis, entendía que Dios no podía convertir el error en verdad, porque es manifestación de que no es racional, dice Tomás de Aquino que la fe no se opone a la razón, sino que son dos caminos distintos para llegar a la verdad. Lutero defiende la imposibilidad de la razón humana de alcanzar la verdad enarbolando el pecado original y entiende que solo le queda al hombre creer en la palabra revelada para conocer el bien. <sup>19</sup>Siendo así las cosas, los derechos humanos valdrían y existirían por la voluntad divina.

---

19 Ibidem. 16

# Capítulo 3

## Ética Judicial

### 3.1 Ética Judicial. Concepto

Entendiendo que la ética es la parte de la filosofía que estudia la vida del hombre en su aspecto moral, sus hábitos y costumbres, en consecuencia, la ética judicial estudia la vida de hombres y mujeres que han sido seleccionados para desempeñar la difícil y honrosa misión de resolver las controversias que se suscitan en la vida en sociedad.

Se ha estudiado de diferentes formas, con distintos grupos, el sentir de la población respecto de la administración de justicia, una cosa es lo que los impartidores de justicia piensan de la percepción de la población respecto de su trabajo y otra la que la ciudadanía refleja.

Se tiene conciencia de que existe una gran desconfianza de los usuarios respecto del Poder Judicial, a la llamada discrecionalidad judicial se les suma una fuerte crisis de legitimidad de las autoridades, en este marco el derecho se muestra incapaz de ser por sí mismo ese control que sea suficiente para el correcto ejercicio de la discrecionalidad.

Se percibe una gran desinformación y educación deficiente respecto de lo que es el Poder Judicial, sus componentes principales y auxiliares judiciales, se confunden frecuentemente en el seno de la población, los roles de los jueces y juezas, con los que desempeñan el ministerio público y la policía nacional, inclusive esta confusión se produce en la misma clase profesional, esto trae como consecuencia lógica que se le atribuya a los jueces todo lo que se produce en el seno de la justicia y que causa perjuicio

a la población, la cual de una manera u otra se siente impotente en ocasiones e indecisa acerca de qué debe hacer y dónde debe acudir.

Frente a estas situaciones que se presentan a diario, es fácil entender que la vuelta a la ética judicial, es con la finalidad coadyuvar a generar conciencia ética integral en los impartidores de justicia, a fin de que se esfuercen para que retorne la confianza de la ciudadanía en ellos y ejerzan su poder en plena y diáfana responsabilidad.

La ética no solo debe ser implementada dentro del Poder Judicial, debe existir la certeza de que ella debe desbordar ese ámbito, para que la justicia pueda ser efectivamente aplicada. El Poder Judicial con los trabajos hechos, códigos, sistemas de integridad, la promoción de la capacitación teórica y práctica entre los miembros del Poder Judicial harán su labor, en la medida en que los demás componentes que componen el sector justicia sean igualmente preparados, cuando se habla de los demás componentes de sector justicia, se refiere al ministerio público, a la policía técnica judicial, abogados y auxiliares judiciales.

El ministerio público cuenta desde hace un tiempo con una Escuela, lo que es algo auspicioso, pues en la medida en que ellos se capacitan cada vez más, en esa medida mejorará la administración de justicia, pues ella no depende para ser eficiente y eficaz, solamente de la capacidad ética de los jueces y juezas, sobre todo en lo concerniente a la materia penal.

Es vital, conocer la situación general de la ética, es decisivo para admitir o rechazar una ética judicial, también comprender el sentido de la función judicial y su responsabilidad.

Es de suma importancia abordar el tema relativo a que el objeto material de la ética judicial es el juez, es decir esa persona a quien la sociedad por tener condiciones especiales de idoneidad le confiere el poder, para que a la luz del derecho vigente, encuentre la solución más justa a los casos puestos bajo su competencia.

La ética exige que esa labor o servicio del juez se brinde de manera excelente, entendiendo que asume un compromiso y que su legitimidad la obtendrá con las

decisiones que dicte, puesto que los jueces nos son elegidos por el pueblo directamente, sino que son nombrados.

Es importante que se entienda que no se es juez solamente cuando está allí en su tribunal, sino que ser juez es una forma de su vida luego de haberse juramentado, que no se trata de un trabajo, pura y simplemente.

El juez debe parecer honesto y serio, no solamente serlo, que a la luz de la ciudadanía que observa tanto su quehacer como su vida privada, esa persona refleje confianza absoluta.

El juez debe proyectar paz, seguridad, transparencia e integridad, pero, la sociedad es la que debe recibir esa paz con las actuaciones de los jueces, para eso ha sido designado, que cualquier acto público que pueda realizar, no lleve confusión a los observadores razonables que los vieran actuar.

A continuación se examinarán los motivos por los cuales se considera que la ética es necesaria, a saber:

- a) Nuestra Carta Magna establece la existencia de tres poderes del Estado, dentro de los cuales está el Poder Judicial, ella es principialista, y a través de esos principios resplandece como faro de luz la dignidad humana, desde el preámbulo mismo, toda ella está llena de principios y valores éticos, lo cual examinaremos pormenorizadamente más adelante.
- b) Es necesaria, por las reformas judiciales que se realizan continuamente. En cada reforma aparece la ética como parte fundamental de ella. Prueba de ello es el aumento de códigos de ética en los países del mundo, estatutos, comisiones de ética, como la creada por las cumbres judiciales de presidentes de cortes que han sido celebradas en diferentes países.
- c) Por la discrecionalidad judicial. Las antiguas escuelas positivistas, decimonónicas, indicaban que los jueces pura y simplemente debían atenerse a la letra de la ley, sin pretender realizar más nada, en ese tenor, la ética no hubiese jugado

ningún papel, ya que se presuponía que la aplicación de la ley era suficiente para mantener la paz social.

Sin embargo las épocas cambian favoreciendo otra forma de aplicación de justicia, más acorde con los tiempos, por lo que los jueces deben tener en cuenta muy especialmente la justicia y los valores, por lo que apostar a la ética es prioritario. Los jueces a la hora de decidir no deben olvidar que si bien es cierto que tienen la facultad privilegiada de hacerlo como consideren pertinente, no menos cierto es que no deben olvidar que no pueden hacerlo de forma tal que afecten el honor, la licitud y el patrimonio de las personas, por supuesto, esto conlleva una gran responsabilidad.

- d) Por el bien de la democracia. Democracia es el gobierno del pueblo y para el pueblo, el país tiene una constitución social, democrática y de derecho, por lo que en ese tenor los jueces emitirán sus fallos acorde con los deseos de su mandante.
- e) Es importante también por la íntima relación de la ética con el ser humano. La ética judicial está ligada a la actividad del juez de manera inexorable, un juez que revele parcialidad, podrá ser enjuiciado por faltar a la ética, y aunque no lo sea, esto le hará perder la confiabilidad con los ciudadanos. Es importante resaltar, que cuando ocurren faltas a la ética, concurren en su generalidad otros profesionales, si el juez está comprometido con la ética, tendrá autoridad para reclamar un comportamiento adecuado de esos profesionales.

Al estudiar la ética en la práctica, se evidencia que tiene sus detractores, personas que no desean que se les cuestiona éticamente, pues entienden esto como una injerencia en su vida privada, imponiéndose un modelo de vida.

Realmente la ética se proyecta sobre la conducta profesional, o sea los actos realizados en ocasión de las funciones de las personas, existe una reserva privada que no puede ser tocada, no obstante, no olvidar que existe la vida privada con trascendencia pública, esta debe ser cuidada también.

Es importante recalcar que los cargos judiciales son aceptados voluntariamente, por lo que los jueces deben estar conscientes de ello y adherirse a las exigencias que las normas y reglamentos de todo género que existen a lo interno de los poderes judiciales establecen.

### **3.2 El Profesional del Derecho**

En las sociedades a medida que avanzan los tiempos se necesitan personas con capacitaciones especiales para poder acceder a los trabajos que ofrecen los mercados, en esa tesitura, las personas se ven en la imperiosa necesidad de estar capacitados adecuadamente para ello. Los profesionales gozan de un cierto poder social en tanto cuanto se han capacitado y en consecuencia están en mejores condiciones de aptitud para acceder a posiciones de importancia o a desempeñar labores que requieren la habilitación del Estado para ello, tales como médicos, bioanalistas, ingenieros, educadores, abogados, artistas plásticos.

Por supuesto que dentro de esa amplia gama de profesionales, los hay que aunque graduados y con los permisos otorgados por el Estado y los Colegios de cada uno de ellos, les falta el elemento fundamental, que es la moral, esa sujeción de sus actividades a lo bueno, lo correcto, lo que no perjudique.

Dentro de esos profesionales, se procederá a referirse al profesional del derecho. Es aquella persona habilitada por la sociedad para que en base a unas condiciones de idoneidad y preparación pueda resolver asuntos jurídicos en general, para eso, se entiende que ese profesional debe estar dotado de una serie de condiciones, tales como conocer cabalmente el derecho; para decirlo de manera prudente y diligente.

En la actualidad el profesional del derecho debe tener una formación ética, ya que se involucrará con asuntos íntimos de los clientes, su patrimonio, su vida personal. El profesional del derecho tiene que estar investido con los mejores principios y valores éticos, ya que estará asesorando personas, físicas o jurídicas, abogando por el derecho de ellas.

Es una gran responsabilidad que tienen a su cargo, pues estarán a toda hora encargados de los casos de sus clientes, no importa del asunto de que se traten los mismos. De ellos dependerá en gran medida, que los casos sean conocidos ágilmente en el Poder Judicial, estar atentos con los plazos procesales, presentarse a las audiencias y prepararse para ello, para evitar dejar a sus representados en estado de indefensión.

### **3.3 El Juez. Condiciones de aptitud**

El juez desempeña una función propia del profesional del Derecho, claro, ya dedicado y habilitado para la sagrada misión de impartir justicia, misión que a través de la historia ha constituido un privilegio muy especial, pues estará designado para resolver las controversias o desencuentros que puedan suscitarse entre los miembros de la sociedad de la cual forma parte.

Es importante resaltar los cambios operados en la justicia dominicana, existe una gran diferencia entre los jueces que impartían justicia en la época del estado legal del derecho y aquella que se imparte en el estado constitucional del derecho. Es de conocimiento de todos, que en aquel paradigma que surge con la revolución francesa, en el cual el juez se limitaba a aplicar pura y simplemente la ley, se les exigía que simplemente fueran puros aplicadores de la ley, “la boca de la ley”, sino se le consideraba que habían cometido prevaricación.

A partir de la última guerra mundial aparece el estado de derecho constitucional, dejando atrás aquellos paradigmas, entendiendo que los estados deberían tener sus constituciones y estas dejar de ser “un poema”, como diría un conocido jurista dominicano, y ser una verdadera fuente del derecho. Las constituciones, por ejemplo la de la República Dominicana, están llenas de principios y valores, basados en la dignidad humana. El juez de estos tiempos tiene la última palabra en nombre de su mandante, el poder constituyente.

También surgen los tribunales supranacionales, tales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los cuales

controlan y protegen los derechos humanos e incluso establecen responsabilidad jurídica para aquellos que violan esos derechos y a los cuales se puede acudir por los canales correspondientes.

Para desempeñar tan delicadas e importantes funciones, además los jueces deberán tener las siguientes condiciones o aptitudes:

### **Intelectuales**

Para su desempeño los jueces deberán estar capacitados intelectualmente, no bastan los títulos académicos que los habilitan para ejercer la carrera de Derecho, sino que existen otras formaciones que deberán tener para que su labor sea óptima. En nuestro país, existen requisitos indispensables para el ingreso a la Carrera Judicial, la persona interesada deberá participar en un concurso, en ese concurso tendrá que demostrar que tiene conocimientos amplios no solo del derecho, sino de otras disciplinas.

Luego de terminar con esta etapa si es aprobado el concurso podrá acceder a la Escuela Nacional de la Judicatura, creada constitucionalmente, en donde por un espacio de tiempo de dos años estudiará el programa preparado para los aspirantes a jueces. Se dedicarán totalmente a estos estudios y no podrán desempeñar trabajo alguno hasta haber concluido.<sup>20</sup>

Es importante resaltar que luego de ingresar a la Carrera Judicial, su capacitación continuará en la Escuela la que mantendrá unos programas continuos, en donde habrá una gama de áreas tanto jurídicas como de otras disciplinas.

Esta capacitación continua no está limitada a las ofertas académicas que se ofrecen en la Escuela, ya que los jueces pueden realizar estudios de postgrado en otras instituciones académicas nacionales e internacionales.

---

20 Constitución Dominicana. Artículo 150. Pág. 70



## **Física**

Es de rigor que los jueces estén en buena condición física, que les permita desempeñar sus trabajos sin dificultad, ya que requerirá de energía, buen ánimo y fuerzas para trabajar, en ocasiones largas jornadas, tanto en las audiencias, como en su trabajo de gabinete, recordar que de acuerdo a la materia de que se trate, se verá involucrado en la celebración de largas medidas de instrucción, tales como informativos y comparecencia de partes, e incluso descensos a los lugares de los hechos e inspecciones de lugares y fijaciones de sellos.

## **Sicológica**

La salud mental es imprescindible para que el impartidor de justicia esté apto para desempeñar sus funciones, debe ser una persona con una gran estabilidad emocional, templanza, equilibrado, con un buen manejo de sus emociones, su inteligencia emocional bien desarrollada, mucha empatía, pensando que estará casi siempre sometido a presiones de todo tipo independientemente del área del derecho que sea la de su competencia.

Para realizar estas delicadas funciones, su estabilidad emocional y mental son imprescindibles, ya que precisamente él será el ente moderador en los procesos a su cargo, la persona que en el manejo de sus audiencias mantenga el deseado equilibrio en ellas.

Es preciso acotar, que no hablamos de enfermedades mentales incapacitantes, sino de ciertas inconductas que no son adecuadas para desempeñar las labores de los jueces y que se producen precisamente por no gozar de una adecuada salud mental.

## **Prudencial**

Es muy importante la prudencia, de la cual hablaremos más ampliamente en otra parte de este manual, se ha dicho, con sobrada razón, que la prudencia es la regla de oro. Prudencia que debe estar presente en todo el trabajo del juez, tanto en el manejo

procesal en las audiencias, en el respeto debido a las partes y sus abogados, en la toma de decisiones *in voce*, las cuales en ocasiones son necesarias, pero que eso no indica que deben ser precipitadas, para eso, los jueces cuentan con la facultad de realizar un receso para deliberar tranquilamente o reservarse el fallo para otra fecha si el caso lo amerita, pero nunca actuar de manera imprudente, sin pensar con mesura lo que es más adecuado y pertinente en la especie que examina.

### **Administrativa**

Dentro de las múltiples facetas de los jueces y juezas está la capacidad de administrar como un buen padre de familia los bienes que les han sido puesto a su cargo, entendiendo que son bienes del Estado y por ende, los usuarios con el pago de sus impuestos contribuyen con la adquisición de los mismos. Deberá administrarlos adecuadamente conforme a las necesidades del tribunal e indicarles a los empleados el uso adecuado de los mismos. Ese uso adecuado incluye, no desperdiciarlos innecesariamente, ni mucho menos utilizarlos para realizar trabajos personales, ni ajenos al tribunal, pues ello cae ya en un calificativo deshonroso para los jueces.

En la forma en que administre esos bienes, se revelará su conciencia institucional, lealtad en sus funciones y su honestidad.

## Capítulo 4

### Principios, valores y virtudes del buen juez

El buen juez es el guardián de la Constitución y tiene como fin la Justicia. Es el ser humano a quien la sociedad confía la misión de velar para que ella descansa tranquila en la seguridad del orden jurídico. Acaso esta misma sociedad no se haya dado cuenta de que esa misión, sublime en su esencia –como función casi divina– es la más necesaria que puede darse en las formas civilizadas de vida humana; y que requiere, para su eficacia y para su perfecta realización, condiciones de la más alta calidad espiritual, en ocasiones heroicas, en los hombres y mujeres que la encarnan.

El magistrado francés Pablo Magnaud, nacido Bergerac ahora hace un siglo, alcanzó gran popularidad en toda Europa y fue llamado “el Buen Juez” por sus sentencias un poco revolucionarias, como aquella –muy conocida de los estudiosos del Derecho penal– en la que absolvió a Elisa Ménard procesada por robo de un pan para dar de comer a su madre anciana enferma.<sup>21</sup>

A continuación se procederá a realizar unas consideraciones acerca de los valores, principios y virtudes que deben tener los jueces, los cuales siempre han sido considerados vitales en la vida pública y privada de ellos, de manera tal que han sido incluidos en los códigos de ética, los cánones de ética y en nuestro Sistema de Integridad institucional del Poder Judicial.

---

21 Serrano Suárez, Ramón. El Buen Juez. Pág. 1 Editora ABC, año 1951

## 4.1 Independencia

La Independencia Judicial es uno de los atributos que deben gozar los jueces y juezas en el ejercicio de su función jurisdiccional. Es un derecho de los justiciables que sus casos sean ventilados por jueces totalmente independientes, por lo que no es una facultad de los jueces.

### **El artículo 151 de nuestra carta magna consagra:**

“Las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales e inamovibles y están sometidos a la Constitución y a las leyes. No podrán ser removidos, suspendidos, separados, trasladados y jubilados sino por algunas de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley.”<sup>22</sup>

### **La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 expresa:**

”toda persona tiene derecho en condiciones de igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.<sup>23</sup>

### **El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagra:**

”El derecho de toda persona a ser oída públicamente y con los derechos y garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.<sup>24</sup>

### **La Convención Americana de los Derechos Humanos expresa:**

” Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la Ley.”<sup>25</sup>

---

22 Constitución Comentada. Edición Finjus 2011. Pag.288

23 Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

24 Pacto de Los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

25 Convención Americana de los Derechos Humanos de

## **El Código Iberoamericano de Ética Judicial en su capítulo primero dedica ocho artículos a la independencia del juez y expresa en su artículo 2:**

“El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo.”<sup>26</sup>

La Independencia podemos conceptualizar diciendo que es la garantía de que una persona que ha sido investida del poder para solucionar casos individuales, al actuar, solo estará sujeta a la Constitución y a las Leyes, debe ejercer su función apartada de cualquier influencia externa o interna.

Esta independencia deberá ser manifestada por los jueces y juezas en todas sus actuaciones, pues es un derecho de los justiciables que sus casos sean conocidos por jueces independientes.

El juez debe sentir que su independencia está ligada a su forma de ser como persona, estas situaciones son inseparables, por lo que se cree que es muy importante, es una condición *sine qua non* para la independencia del juez, su condición personal, su integridad, el conocimiento y distinción de lo que son los valores y su escala.

### **4.1.1 La independencia puede ser interna y externa**

La **interna** es la que permite que los impartidores de justicia actúen sin que ninguno de sus pares interfieran en sus decisiones, sean estos de igual categoría, de rangos inferiores o superiores.

Es más difícil de lograr esta clase de independencia, ya que teniendo como tenemos un sistema judicial vertical, no obstante las reformas operadas en nuestro ordenamiento jurídico, los superiores, pueden ejercer cierta influencia sobre algunos jueces, siendo como son aquellos quienes los nombran, los evalúan, los promueven y los sancionan cuando ha lugar a ello.

---

26 Código Iberoamericano de Ética Judicial. Año 2006. Pág. 15

Los jueces, deben mantener sus principios y valores para evitar sentirse influenciados por sus superiores jerárquicos, a la hora de decidir sus asuntos solo deben estar apegados a la justicia, la constitución y las leyes.

Cuando son nombrados, como seres humanos que son, pueden sentir cierto agradecimiento hacia los que han intervenido en su designación, igual cuando son ascendidos, sin embargo, no obstante este sentimiento, al momento de impartir justicia deben olvidar esos agradecimientos y pensar que si han sido nombrados o ascendidos lo ha sido únicamente por sus méritos, por lo que se demuestra el agradecimiento pura y simplemente con una actuación prístina ajustada a derecho.

La independencia **externa** es aquella que le permite a los impartidores de justicia, actuar libremente, ajenos a la influencia de los otros poderes del Estado y de los poderes fácticos, tal como Los Medios de Comunicación.

En los últimos años y con la reforma constitucional de 1994,<sup>27</sup> el Poder Judicial ha obtenido una mayor independencia, pues en primer lugar ya el nombramiento de los jueces no está a cargo del Senado, como ocurría antes de esta reforma, sino que por el contrario sus integrantes son nombrados por el Consejo del Poder Judicial, es decir los Jueces de Corte de Apelación y equivalentes, hasta los jueces de Paz; los jueces de la Suprema Corte de Justicia serán elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, al respecto, ya hemos tenido tres experiencias de este tipo durante los años 1997, 2001 y 2011.

Por otra parte en cuanto al presupuesto que debe tener este Poder para funcionar, se ha fijado en un por ciento del presupuesto nacional, el cual será entregado cada año a esos fines por el Poder Ejecutivo.

Como se colige de lo expuesto anteriormente, en el primer asunto, es decir el nombramiento de los jueces, se ha logrado evitar que otro poder sea el que

---

27 Constitución de 1994. Arts. 63 y siguientes. Págs.108 y 109

realice los nombramientos y en lo que respecta al presupuesto, se ha obtenido un porcentaje del presupuesto nacional, el cual deberá ser entregado en la forma en que fue concebido.

Sin embargo, no obstante lo anterior, no se ha logrado una total independencia externa, debido a que en lo que concierne al nombramiento, es claro que la elección de los jueces de la Suprema Corte dependerá del consenso político, pues los componentes del Consejo Nacional de la Magistratura son entes políticos partidarios, a excepción del Presidente de la Suprema Corte de Justicia y el Secretario del Consejo, quien será otro juez de la alta corte y el Procurador General de la República-no obstante que es nombrado por el Poder Ejecutivo-, los demás, son todos miembros de los partidos políticos, en ocasiones del partido en el poder, lo cual, es obvio, impedirá que la elección esté desprovista de influencia política.

Luego vendrá la designación de los demás jueces del Poder Judicial, que como expresamos será realizada por el Consejo del Poder Judicial, la cual deberá estar apegada a la Ley de Carrera Judicial<sup>28</sup> y por supuesto al régimen de escalafón establecido<sup>29</sup>.

En lo que respecta a la asignación presupuestaria y la importancia de que exista la independencia económica, no es la ideal, pues aún cuando en la misma se utilicen métodos transparentes, el por ciento no se ajusta a las necesidades, y sería deseable, que en la misma Constitución se insertará el por ciento que deberá estar destinado para este importantísimo Poder, el cual en nuestra Constitución Política ostenta la misma jerarquía que los otros dos poderes.

La administración de justicia, en los últimos tiempos ha sido objeto de numerosas críticas negativas por parte de diferentes sectores de la sociedad, el nivel de confiabilidad de la población en ella se ha deteriorado bastante, a esto se aúna el papel de los

---

28 Ley no. 327 sobre Carrera Judicial. 1998

29 Resolución no. 1960-08 de 19 de junio de 2008, sobre Sistema de Escalafón Judicial y el Sistema de Provisión de Cargos Judiciales

medios de comunicación, los cuales en ocasiones realizan actividades que pudieran ser consideradas lesivas para la independencia externa de los jueces, ya que se ha puesto de moda en los últimos tiempos comentar las controversias que se suscitan entre las personas, incluso antes de que lleguen a los tribunales, se podría decir que se celebran los juicios en los medios de comunicación, en ocasiones con la participación de abogados de algunas de las partes. Estas actividades del ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, excede los límites de dicho ejercicio, produciéndose una colisión de derechos entre los derechos fundamentales de las partes involucradas en los procesos y el derecho a la libertad de expresión del pensamiento. En materia constitucional cuando se produce una colisión entre los derechos fundamentales, dado que todos tienen la misma jerarquía, lo que se hace es que uno de los derechos ceda, dependiendo de la causa de la colisión.

## **4.2 Imparcialidad**

Para la solución de los conflictos que surjan entre los ciudadanos de una sociedad, se precisa de la existencia de una gran confianza entre los órganos encargados de dirimir esos conflictos y la sociedad, es una necesidad, para ello se precisa que la justicia esté en manos de personas confiables e idóneas, que no estén comprometidas con ningún sector de la ciudadanía, ni político, ni económico, así podrán dirimir los conflictos sin prejuicios.

El juez o jueza imparcial es aquella persona que puede ejercer su ministerio, haciendo una justa y ponderada valoración de las pruebas, sin que prime en su ánimo ni prejuicio ni condicionamiento, solamente debe estar en la intimidad del juzgador, lo que sea presentado allí en el proceso, ningún elemento extraño debe permear su decisión.

El juez o la jueza debe ser un tercero en el juicio. No quiere esto decir que se trata de una persona fría, aséptica, sino por el contrario, de un ser humano sujeto a las condiciones sociales en donde se desenvuelve, con conocimiento de la idiosincrasia de la sociedad que le rodea, con una profunda sensibilidad social, con el convencimiento del compromiso que ha asumido.



Esa persona que es juez o jueza debe tener una buena formación profesional, pero no basta con ella, sino que su educación y formación deben estar cimentadas en valores éticos, a propósito de esto Oscar Diego Bautista, citado en la Ponencia El Arquetipo del juez en nuestra época”, la cual forma parte de los libros del Consejo del Poder Judicial de España expresa: “cuando se carece de principios éticos es fácil caer en la práctica de contravalores”.<sup>30</sup>

Nuestra Constitución en su artículo 39 consagra el derecho a la igualdad, por lo que en su numeral primero expresa: ” La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos y dominicanas, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes”<sup>31</sup>.

De la anterior disposición constitucional se deduce que cualquier decisión judicial o cualquier procedimiento que se lleve a cabo contraviniendo la misma serán nulos.

Ser imparcial, es ser un tercero en una controversia que le ha sido sometida para su solución. Los jueces y juezas, deben actuar de manera transparente en su papel, de forma tal que cualquiera que sea el resultado, no quede la menor duda de su imparcialidad, dándole a cada uno lo que le corresponde, que en su interior haya sopesado de manera equilibrada y prudente la decisión a tomar, que no actúe influido por nada o por nadie, que la balanza de la justicia en sus manos no se incline por factores ajenos a su quehacer jurisdiccional, que siempre esté fuerte, decidido, con carácter en su funciones, sin permitir que ni siquiera sus emociones lo puedan permear, que en el hipotético caso que sienta que el asunto que conoce le perturbe o contraríen su capacidad de ser imparcial, tenga la integridad suficiente para presentar su inhibición para conocer del caso, es preferible a una perniciosa inclinación hacia una de las partes , por motivos que no sean propios de la decisión.

---

30 Diego Bautista, Oscar. “La Ética en el Marco de las Administraciones Públicas. Medidas para fomentar la Ética en los Servidores públicos”. Revista Iberoamericana de Administración Pública no. 10, enero-junio 2003. Pág. 76.

31 Constitución de la República Dominicana de enero de 2010. Gaceta Oficial no. 10561. Pág. 45

Evidentemente que se han experimentado profundos cambios en la administración de justicia en la República Dominicana, producto de varios factores, tales como, la existencia de estatutos que rigen la Carrera Judicial, el valioso aporte de la Escuela Nacional de la Judicatura, la cual con su capacitación, ha coadyuvado de manera puntual a hacer de los componentes del Poder Judicial, personas preparadas no solamente en el ámbito jurídico, sino también en la enseñanza de otras disciplinas del saber humano que son necesarias en la formación de jueces y juezas, tal como la Ética Judicial, la cual por su importancia y amplitud permite que esos funcionarios tengan siempre pendiente en su vida laboral que el humanismo-esencial en jueces y juezas- aflore constantemente y les dé a entender que no trabajan como jueces y juezas, sino que lo son, y que por consiguiente, su vida toda está influenciada por esa condición, tanto la pública como la privada.

### **4.3 Prudencia**

El término prudencia proviene del latín *prudencia*, que es una cualidad que consiste en actuar o hablar con cuidado, de forma justa y adecuada, con cautela, con moderación, con previsión y reflexión, con sensatez y con precaución.

La administración de justicia es una de las labores más delicadas y difíciles que se le puede encomendar a un ser humano, por eso ese ser humano debe tener una serie de condiciones que le permita realizar a cabalidad esa labor. Una de las condiciones más preciadas en un juez es precisamente la prudencia, pues esta virtud en su generalidad es propia de jueces independientes e imparciales y sabios.

Es probable que el juez o la jueza prudentes lo sean desde muy jóvenes, sin embargo, el tiempo, la experiencia de vida, de trabajo, los van tornando cada vez más sabios y prudentes, más conocedores de los seres humanos, con más sensibilidad social y conciencia de la importancia de la responsabilidad que se ha puesto en sus hombros.

Es importante para desarrollar una labor judicial óptima, que los jueces y juezas conozcan el entorno social en el cual desenvuelven su trabajo, por eso no pueden vivir aislados.

Estarán en sociedad como los demás entes que la conforman, sin embargo, se privará de realizar actividades que pueden deslucir su condición de jueces y juezas, para esto, deberán manejarse con sabiduría. Prudencia en el hablar, vestir, relacionarse, convivencia familiar y social, en fin, debe la prudencia normar tanto la vida pública como la privada de los impartidores de justicia, pues lo contrario sería una doble vida.

La prudencia requiere sentido común desarrollado, un buen juicio, templanza, cordura, sabiduría, discernimiento, aplomo y ser precavido. La prudencia es una virtud muy valorada.

En el caso de los jueces y juezas es una virtud muy apreciada, pues del uso de la prudencia depende en ocasiones una justa decisión, pues la precipitación y la prisa, no son buenas consejeras. En el ánimo de los impartidores de justicia debe siempre imperar una actitud paciente para escuchar y ponderar los planteamientos de las partes en un proceso, sobre todo, estar mentalmente abiertos para valorar lo que se les somete, con la finalidad de poder, si es el caso, confirmar lo que ha sido su criterio o rectificarlo.

Deben los jueces estar en la disposición de ser moderados y prudentes en el ejercicio del poder que se les ha otorgado, que este no les obnubila su capacidad de discernir, que impere siempre la humildad en su corazón.

La prudencia les ayudará a tomar las decisiones con la cabeza fría y los pies en la tierra, sin que se descontrolen y se apodere de ellos la ira, la prepotencia y la escasez de valoración de lo que las partes se someten para su decisión.

Esa virtud, permitirá que a la hora de ponderar los daños que haya recibido una parte impetrante, por ejemplo, pueda tomar la decisión correcta, sin que las emociones llevadas allí a los estrados por las partes, influyan para la toma de sus decisiones. Esa prudencia les indicará cuándo fallar los contenciosos sometidos a su decisión de inmediato en los estrados y cuándo decretar un receso para hacerlo, esta prudencia evitará sin lugar a dudas decisiones equivocadas que puedan perjudicar a las partes.

Les ayudará a elegir, entre las diferentes formas existentes para zanjar una controversia, la más adecuada y justa, sin que para ello tenga que transcurrir un tiempo excesivo, sino, el tiempo justo de la reflexión y ponderación.

Es importante resaltar, que los jueces y juezas pueden tener muchos conocimientos jurídicos y ser grandes intelectuales, pero si carecen de ciertas virtudes, principios y valores, de nada les valdrá lo estudiado, por ejemplo, no tener sentido de la justicia desarrollado, le impedirá desempeñar cabalmente sus funciones.

#### **4.4 Transparencia**

La transparencia en las actuaciones de los jueces es necesaria, para que se pueda impartir una justicia efectiva y eficaz. Un juez que actúa conforme a derecho, en busca de lo justo en sus decisiones, recibirá el respaldo de la sociedad y esta tendrá plena confianza en que sus decisiones son el producto de una sana reflexión basada en la constitución y las leyes, siempre protegiendo la dignidad humana.

Este principio está establecido en el Código Iberoamericano de Ética Judicial y en el Estatuto del Juez Iberoamericano, el artículo 37 del indicado Estatuto expresa: ” En el contexto de una estado constitucional y democrático de derecho y en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio.”<sup>32</sup>

El Estado Dominicano está en la obligación de garantizar a los ciudadanos una aplicación de justicia apegada a los cánones constitucionales y legales, así como a los diferentes estatutos internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales de las personas.

---

32 Estatuto del Juez Iberoamericano. Canarias 2001. Edición Consejo General del Poder Judicial de España

Para que la transparencia se haga realidad, las decisiones de los impartidores de justicia deben hacerse públicas, tal y como establecen las leyes, es decir, que debe evitarse en todo lo que sea posible la decisión secreta, salvo algunos procesos, que por su naturaleza, sea necesario.

Asimismo, esas decisiones deberán estar redactadas en un lenguaje lo suficientemente claro para que los usuarios puedan entender la decisión, ya que las sentencias están dirigidas al pueblo, por lo que un lenguaje estrictamente técnico y ampuloso, impide la transparencia de la decisión, será como ha sido llamado, un lenguaje judicial, es decir, claro, preciso, coherente, respetuoso, pero asequible a los usuarios, destinatarios de las sentencias.

En otro orden las audiencias deberán celebrarse a puertas abiertas, a menos que la naturaleza del asunto lo impida.

La transparencia es vital, ella genera una gran confianza en la ciudadanía, se eviten las especulaciones mediáticas, los usuarios podrán ver y oír las audiencias y podrán sentir que sus derechos fundamentales están debidamente garantizados por quienes tienen en sus manos la gran misión de impartir justicia.

Es importante también que las decisiones judiciales estén debidamente motivadas y con una argumentación jurídica adecuada y suficiente, lo cual permitirá a los usuarios entender la decisión a cabalidad, una sentencia sin motivación suficiente y adecuada no garantiza una saludable administración de justicia.

La transparencia no se limita a la labor jurisdiccional del juez, sino que trasciende esos límites y se sitúa también en lo que es su vida privada con trascendencia pública, el comportamiento público del juez, debe ser de tal forma que no haya la menor duda de su conducta como persona y juez, ya que la función acompaña a la persona del juez casi en todos los aspectos de su vida. No se concibe una doble vida, es imprescindible que sea el mismo ser humano dentro y fuera de su función, por lo que deberá actuar y vivir de manera totalmente transparente, sin que dé lugar a suspicacias.

#### **4.5 Conciencia institucional**

La dignidad del cargo radica en la importancia de la función que los jueces desarrollan y en la confianza que la ciudadanía ha depositado en ellos para juzgar sus controversias con una justicia eficiente y eficaz. Los errores del juez no solo dañan su imagen personal, sino la de la institución, hay errores comunes a cualquier ser humano, nadie es perfecto, pero, cuando esos errores son maliciosos, son cometidos por negligencia o desidia en el cumplimiento del deber, no debe admitirse.

Es un tanto delicado, contraer obligaciones con personas, sean físicas o morales, con las cuales tengan litigios pendientes en sus tribunales.

Los impartidores de justicia no deben prevalerse de su cargo para obtener ventajas, beneficios o facilidades en instituciones privadas o públicas, ello contraviene, las leyes de organización judicial y de carrera, así como los códigos de ética.

La dignidad de la función judicial debe llevarles a desempeñarla con espíritu de servicio y nunca para aprovecharse o servirse de ella, pretendiendo obtener privilegios o favores.

En otro orden el juez o jueza no debe desempeñar funciones incompatibles con su cargo, tal y como lo establece la ley de carrera judicial, salvo la docencia, y ésta la desempeñará en la medida en que no colidan con las horas de sus labores, no puede dedicar más tiempo a la docencia que a las labores jurisdiccionales.

Además, hay algo sumamente importante y delicado que los impartidores de justicia no deben soslayar, el secreto profesional, esto es riguroso, porque en la indiscreción están en juego intereses privados de las partes en litis. No pueden bajo ninguna circunstancia revelar detalles o contenidos de los procesos que se encuentren en sus manos, ni siquiera entre pares, salvaguardando con esto los derechos de las partes y sus allegados, frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones.

Deben guardar reserva de los pormenores contenidos en los documentos o en las declaraciones vertidas por las partes en el curso de medidas de instrucción.

Si bien es cierto que las sentencias son públicas e incluso deben ser leídas en audiencia pública, no menos cierto es, que en el caso de los tribunales colegiados, especialmente, los resultados de las deliberaciones que se realizan entre los jueces respecto de los expedientes puestos a su cargo, deben ser reservados, de manera tal que no salgan al público antes de que se haya tomado una decisión final y que la misma haya sido leída en audiencia.

#### **4.6 Sensibilidad social**

Los jueces además de impartir justicia deben hacerlo con conocimiento del entorno en que lo harán, conociendo el contexto en que se producen los acontecimientos que han dado origen a las controversias, podrán entender mejor los asuntos que le son sometidos para su solución. A ese conocimiento debe aunarse una gran sensibilidad social, que no se debe confundir con debilidad, debe ponderar adecuadamente los hechos y hacer una justa y adecuada aplicación del derecho, sin excesos.

Los impartidores de justicia deben ser personas adornadas con un profundo humanismo, jamás aplicar las leyes de forma fría y automática. Todos los casos no son iguales, existen demandas que tienen el mismo objeto, es cierto, sin embargo, por ello no pueden los jueces practicar una justicia con una especie de modelo para todos los asuntos, ello va contra lo que es una verdadera aplicación de la justicia y de la dignidad humana.

En ocasiones se conocen jueces muy estudiosos y capacitados, pero a quienes les falta algo primordial, la sensibilidad social, esa virtud que les permitirá distinguir las sutiles diferencias que pueden existir en los casos que conoce. No debe confundirse esto con parcialidad, por sentir pena por una de las partes en un litigio, sino, que aun siendo un tercero imparcial, no ser un ente rígido, imperturbable ante el dolor ajeno y la forma en que las personas viven, las carencias que pueden tener, los sufrimientos que padecen en su diario vivir, la marginación de su vida, en fin, que cada caso debe ser juzgado de forma diferente, dependiendo el entorno social o el contexto en que ocurren los hechos.

Esa falta de sensibilidad social impedirá que se desarrolle en ese juez o jueza el sentido de la justicia, algo fundamental en un verdadero y buen juez.

#### **4.7 Laboriosidad**

Una de virtudes máspreciadas en un ser humano es la laboriosidad, en relación a los jueces y juezas, es imprescindible para el buen desempeño de sus labores, de esa actitud dependerá la eficacia de una aplicación de justicia.

Los jueces y juezas deberán procurar que los casos puestos a su cargo sean resueltos en un plazo razonable, pues una justicia tardía es similar a una denegación de justicia. Esa agilización de las labores depende en gran medida de la iniciativa de ellos, de su ejemplo y supervisión, deben estar pendientes de que los trabajos que están a cargo del personal de apoyo fluyan a la brevedad posible. Asimismo para obtener esa justicia rápida y eficaz, deben dedicar el tiempo que se les exige a su labor jurisdiccional y administrativa, sin distracciones, sin ocuparse de otros asuntos que no sean esos.

Si bien es cierto que a los jueces se les exige capacitación y se les permite ejercer únicamente la docencia, no menos cierto es que su capacitación deberá ser realizada en un horario que no colide con su labor principal, igual para su trabajo como docente, está permitido, pero deberá ser realizado luego de sus trabajos en los tribunales. También deben ser prudentes al aceptar una carga académica que los agote y les reste fuerzas y capacidad intelectual para su trabajo en la justicia. Esto iría en contra de varios principios y virtudes éticas. Descuidar su labor jurisdiccional tendrá como consecuencia una mora judicial, la cual irá en detrimento de los usuarios y la imagen del Poder Judicial se deteriorara.

#### **4.8 Capacidad**

Las personas seleccionadas para desempeñar funciones judiciales deberán ser idóneas, con una formación profesional óptima, no solamente en el área del derecho, sino en otras áreas del saber humano, incluyendo y muy especialmente en la ética judicial.



La capacidad no solamente incluye estudios profesionales relativos al cargo, sino que la capacidad va más allá y se les requieran otras capacidades, tales como: disciplina, actitud, manejo de sus emociones, dedicación, discreción, esmero, pulcritud en su actuar, apto para trabajar bajo presión.

Es importante reflexionar acerca de esta capacitación, puesto que los usuarios del sistema tienen el derecho a que sus casos sean conocidos por jueces capacitados. Esa capacitación deberá ser permanente, por lo que constantemente deberá estar en constante actualización.

Esa capacidad de los jueces se refleja en su labor y la sociedad lo percibirá, lo que redundará en mayor confiabilidad en el sistema judicial, por lo que todos deberán afanarse en ello y colaborar para que los demás componentes del poder judicial sean capacitados.

#### **4.9 Integridad**

El juez debe ser íntegro en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, así como en su vida social. Lo importante no solamente es ser serio, sino también parecerlo, deberá asegurarse de que su conducta esté por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable.<sup>33</sup>

Cuando los jueces imparten justicia deben hacerlo de manera clara y transparente, así no solo se sabrá que es íntegro, sino que también se verá.

En su vida privada también el juez o jueza deberá observar una conducta respetuosa de las leyes, pagar sus impuestos a tiempo, si es el caso, pagar sus multas de tránsito cuando haya lugar a ello, sin pretender evadirlas utilizando su condición.

En la vida familiar debe dar ejemplo de integridad también, no hay motivos para que así no sea, debe llevar una vida igual, sin dualidad, debe evitar actitudes violentas en el entorno familiar, así como ser muy moderado en el uso del alcohol.

---

33 Código Bangalore.3.1

#### **4.10 Cortesía**

Los jueces en sus labores se conducirán con cortesía<sup>34</sup>, es decir, tanto en su trato con los usuarios como con sus pares y personal de los tribunales. La cortesía es una virtud de carácter ético que forma parte del perfil del juez. La cortesía tiene muchas variables, debe existir en su trato con las personas, pero también, en la paciencia con que se conducirá. Se reflejará sobre todo en las audiencias, al dirigirlas lo hará con calma, educación y paciencia, con prudencia y buen manejo de sus emociones. Se dirigirá a los abogados o abogadas con delicadeza y corrección, con amabilidad y con firmeza, pero sin que se torne arbitrario, rígido y discriminatorio.

Es importante que los usuarios al estar en las audiencias se sientan confiados y relajados, que sientan que esta institución protegerá sus bienes y libertades.

La cortesía está fundada en la moral, es la forma de exteriorizar el respeto y la consideración que los jueces deben a sus colegas, empleados, personal, abogados, justiciables y a todas las personas que acuden a su tribunal.

#### **4.11 Motivación y Argumentación**

La motivación y la argumentación de las decisiones judiciales son de suma importancia, es lo que legitima los jueces, entendiendo que en el país ellos no son funcionarios electos.

Es una garantía frente al prejuicio y la arbitrariedad, facilita el control jurisdiccional a través de los recursos, lo que evidentemente, fortalece la seguridad jurídica.

Los jueces deben exponer de forma clara, concisa y precisa, los motivos de su decisión, al hacerlo ofrecen a los ciudadanos las razones por las cuales han tomado sus decisiones, que sea suficiente para conocer la *ratio decidendi* del caso y evitar, como expresamos, la arbitrariedad.

---

34 Código Iberoamericano de Ética Judicial. 2006. Art. 48

La motivación no puede limitarse a enunciar textos legales o doctrinales, la motivación es el análisis de los hechos de la causa y de las pruebas, realizando un contraste entre ellas, debe explicar con un lenguaje diáfano y sencillo, por que otorgó más valor a unas determinadas pruebas en lugar de otras.

Esa motivación debe contener una sustanciosa argumentación jurídica que le de fuerza y soporte a sus decisiones.

# Capítulo 5

## El juez

### 5.1 El juez en su labor jurisdiccional

Si existe algo importante en la vida del juez es su labor, tanto la jurisdiccional como la de pura administración, la forma en que la desarrolla, el tiempo que le dedica, tanto en cantidad como en calidad.

Los jueces en el desarrollo de sus funciones, pueden tener varias funciones, entre ellas tenemos las jurisdiccionales y los actos de pura administración judicial. Los actos jurisdiccionales son los actos que dicta el juez en funciones de resolutor de controversias regidos por el derecho, sea civil, penal, laboral, etc. y los llamados actos de pura administración judicial, los cuales son dictados por el juez ya sea en funciones auxiliares o accesorias a su labor principal en el juicio o en virtud de una función específica atribuida por la ley.

**Actos jurisdiccionales:** Son aquellos mediante los cuales el juez decide una contestación surgida entre dos o más partes quienes esgrimiendo argumentos divergentes basados en la ley, pretenden la reivindicación de derechos a su favor que afectan en cierto modo derechos reivindicados por otra parte. Los actos que dirimen este tipo de conflictos son a menudo denominados sentencias, pero pueden tener otros nombres como “resoluciones” u “ordenanzas”.

**Actos de pura administración judicial:** Estos son los rendidos por el juez en cumplimiento de sus atribuciones legales, pero distintas a las cuestiones

jurisdiccionales. Estas decisiones pueden tener un carácter relacionado a lo contencioso, coadyuvando la preparación de la causa, como sería una fijación de audiencia, o también pueden tener un carácter autónomo, es decir, que persigan un fin en sí mismas, sin necesidad de referirse a un proceso jurisdiccional, como sería ejercer la presidencia de un Consejo de Familia. Estas decisiones, si bien pueden tener nombres diversos, comúnmente se les denomina “autos”, “resoluciones” u “homologaciones”.

Para diferenciarlas una de otra, es bueno tomar en cuenta los siguientes criterios: **Carácter contencioso o gracioso:** Las decisiones jurisdiccionales se imponen siempre sobre una parte la cual debe al menos ser citada a una audiencia para conocer de la petición que desembocará en la posible decisión. Por su carácter de impositivas, ordenan una prestación en contra de la voluntad del condenado, y en consecuencia, reducen y limitan derechos en el caso de acoger alguna petición.

Las decisiones administrativas por su parte, generalmente se aplican a quien las solicitó y en los casos en que puede decidir en detrimento de los derechos de una persona, suelen hacerlo *sin audita altera parte*, como sería por ejemplo, una autorización para trabar embargo retentivo, una aprobación de gastos y honorarios profesionales. Es por esta razón que se dice que las decisiones administrativas son rendidas en sede graciosa o voluntaria.

**Carácter de cosa juzgada o provisionalidad:** Las decisiones jurisdiccionales son rendidas usualmente por un tribunal y luego que se pronuncian se desapodera del asunto, resolviendo la cuestión planteada de una manera vinculante para las partes involucradas y esta decisión podrá ser atacada mediante un recurso.

Las decisiones administrativas se caracterizan por ser rendidas sin un carácter definitivo, es decir, no desapodera al juez, aunque sí decidan sobre derecho, pudiendo el mismo juez retractar su decisión o decidir de nuevo sobre el mismo asunto, pero de una forma diferente.

Las decisiones jurisdiccionales son, por su naturaleza, recurribles ante un tribunal jerárquicamente superior al cual las dictó, en virtud del principio del doble grado de jurisdicción que rige en nuestro derecho. Esto así por la fuerza vinculante de estas decisiones y su carácter definitivo. En cambio, las decisiones administrativas, como pueden ser revocadas o variadas por el mismo juez que las dictó no suelen gozar de la característica de la cosa juzgada, aunque sí pueden ser atacadas por una acción principal en nulidad.

Las adjudicaciones en las ventas judiciales en razón de un embargo inmobiliario, siempre que no haya habido incidentes al momento de ellas, serán consideradas actos de pura administración; rectificación de actas del estado civil; envió en posesión de ciertos herederos, nombramiento de representantes para una persona declarada ausente, autos de incautación, fijaciones de sellos en bienes litigiosos.

## 5.2 La impronta del juez

La impronta se puede definir diciendo que es el estilo, o carácter peculiar que tienen las personas para expresarse en cualquier actividad que realicen, sea de forma oral o escrita, sea a través de una obra artística, científica o literaria. Se puede decir también que es la huella o marca que se imprime en el orden moral.<sup>35</sup>

En lo que respecta a los jueces y juezas, aplicando lo expresado anteriormente, ellos imprimen a su vez su sello personal, su marca, su huella a los trabajos que realizan, muy especialmente en la redacción de las decisiones, sean estas jurisdiccionales o puramente administrativas. Naturalmente, que en donde se evidencia más su impronta es en las decisiones jurisdiccionales.

Al redactar sus decisiones, cada juez o jueza deja impregnada en ellas, su huella, especialmente cuando se trata de jueces que dedican el tiempo suficiente a la redacción de sus sentencias, dejando plasmada su originalidad, de manera tal,

---

35 Diccionario Real Academia de la Lengua Española. T. II. Edición XXII. 2001. Pág. 1256

que los juristas que se mantienen en contacto con el ejercicio profesional, pueden distinguir, sobre todo en un tribunal colegiado, cuál de los magistrados ha preparado la sentencia.

Se puede afirmar que las sentencias en ocasiones, por la calidad de su redacción, su creatividad, la pureza del lenguaje, tanto del gramatical como del jurídico, la correcta estructuración de la decisión, el uso de la lógica y sobre todo que la misma esté impregnada de una buena justicia, son verdaderas obras.

Para realizar este tipo de decisión no es preciso el uso de un lenguaje ampuloso y rebuscado, pero sí lo suficientemente apropiado y puro, que evidencie de manera palmaria la capacidad del ponente y su especial sello o creatividad.

Se puede afirmar que en ocasiones las decisiones judiciales son verdaderas obras, pues reúne los requisitos que el Derecho de Autor requiere para que así sea. Por supuesto, que es así, pues esas decisiones, salvo el caso de errores materiales, no podrán ser modificadas en el mismo tribunal, ni siquiera por el mismo juez que las dictó, pues con su decisión, queda desapoderado, solo podrán ser recurridas o demandada su nulidad en los casos en que así lo requiera una de las partes.

Es importante tratar en este momento, el manejo del juez en las audiencias, en lo relativo a las formas adoptadas por él o ella para dirigir las mismas, desde el punto de vista ético, qué es lo que nos ocupa, el juez en audiencia imprime su impronta también en la forma en que desde el inicio de las audiencias se dirige al público, voz firme y amable, sus movimientos tranquilos y relajados, la prudencia con que acomete su labor, el trato cortés con los pares, si es el caso, con los abogados postulantes, con el público y el personal del tribunal, el tono de voz y las palabras que utiliza para dirigir la audiencia, es el reflejo claro de su imparcialidad, el respeto por la dignidad humana, en fin, ese conjunto de peculiaridades de un impartidor de justicia, lo distingue de otros, es su sello, su carta de presentación, es la mejor cara de la institución.

### **5.3 El juez y la comunidad**

En este caso, se trata de trabajar las relaciones de los impartidores de justicia con la comunidad en donde viven, relaciones que deben estar enmarcadas por la afabilidad, armonía, calidez y respeto, todo ello en aplicación de las virtudes que les adornan conforme a las normativas éticas existentes.

Recordar que los jueces y juezas salen del seno mismo de la sociedad en donde viven, que se espera de ellos que responden al ideal que se han formado los miembros de su comunidad, que han jurado antes de iniciar sus labores luego de sus designaciones, respetar y hacer respetar la Constitución y Las Leyes.

Dependiendo de su actitud pública así será la receptividad de los usuarios hacia su persona y por supuesto sus actuaciones serán consideradas como el reflejo de la generalidad de los componentes de la Institución.

Un juez o jueza debe dar el mejor ejemplo, tanto en su vida pública como en la privada, la sociedad le da un poder en su designación o elección (en el caso de aquellos que son elegidos), en el primer caso, se legitimará con sus decisiones.

La comunidad espera mucho de esa persona juez o jueza, no solo su buena formación intelectual, sino muy especialmente una sólida vocación humanística, es decir como expresa Ramón Serrano en su ensayo El Buen Juez, “saber sobre las cosas del hombre”.<sup>36</sup> “Será también resuelto y sereno, no excluirá pasión por los supremos valores cuya guarda se le entrega, pasión por la Justicia, sin la cual sus sentencias serían letra fría”<sup>37</sup>, agrega.

### **5.4 El Juez y la Vida Privada**

Los jueces y juezas como todas las personas tienen una vida privada, tienen su familia, sus hijos, sus amigos y amigas, sus actividades deportivas, sus entretenimientos, algunos

---

36 Serrano Suñer, Ramón. El Buen Juez. 1951. Pag.2

37 Ibidem. Pag.2



cantan, nadan, bailan, pintan, en fin que desarrollan una vida privada con todo el derecho que les asiste. Ahora bien, no hay que olvidar que la vida de los jueces y juezas tiene sus limitaciones, pueden realizar sus actividades normales, pero sin olvidar su condición, no se trabaja como juez o jueza, sino que se es juez o jueza, es algo sutil, pero marca la diferencia de manera clara, significa que son jueces y juezas las 24 horas de los siete días de la semana.

Hay que diferenciar el ámbito público del privado, en público debe abstenerse de realizar actividades reñidas con sus funciones, salvo aquellas que la ley expresamente les permite, como la docencia por ejemplo, y se entiende que hasta esto puede tener sus límites, en tanto cuanto la dedicación a la misma no exceda el tiempo razonable, porque no podemos restarle tiempo a la actividad principal.

En cuanto a la vida privada, existe una que es estrictamente íntima, en donde nadie tiene acceso, le pertenece por completo a los jueces y juezas, sin embargo, aquella vida privada con trascendencia pública debe ser cuidadosamente vivida.

El juez y jueza, repetimos lo son siempre, porque no pueden tener una vida dual, leímos con sumo interés el artículo de Jorge Malem “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”<sup>38</sup> y obtuvimos del mismo respuestas a esta situación, tomando en cuenta que en ocasiones no se trata de comportamientos ilícitos, sin embargo si son comportamientos impropios.

### **5.5 El juez y los medios de comunicación**

La Prensa, llamada el Cuarto Poder, es de suma importancia en un Estado Democrático y de Derecho, no se concibe su existencia sin una Prensa libre que informe a la Sociedad acerca de lo que acontece, tanto en su comunidad como en el resto del mundo, sabemos que ella ha jugado un papel predominante para el respeto de los Derechos Humanos en las diferentes épocas que vive una sociedad.

---

38 Malem Jorge. Pueden las Malas Personas ser buenos Jueces?, 2001

La prensa ejerce una gran influencia en la vida de las personas y en la sociedad en general. El aumento gradual del poder de los medios de comunicación, caracteriza nuestra época. En sus inicios la prensa tenía una naturaleza más bien de vigilancia del actuar social, ahora tiene mucho más poder, no solamente informa, sino que con su información puede guiar, enriquecer, o manipular, según sea el caso, la opinión pública.

En lo que respecta al tema de que se trata, es decir el juez y la prensa, es preciso expresar que la justicia penal es la más vulnerable, dado su carácter más público, se dirimen los conflictos más sociales, los que tocan los aspectos más sensibles de la ciudadanía, debido a esto, los jueces están obligados a dictar decisiones claras, justas, prontas, bien fundamentadas y argumentadas, no dejando la más mínima duda.

Lo jueces y juezas dominicanos, como los de la mayoría de los países de Iberoamérica se caracterizan por ser independientes e imparciales, además de impartir una justicia eficiente, eficaz e inmediata, sin dilaciones indebidas.

Por su naturaleza, los procesos penales son los que más concitan la atención pública, por lo tanto son los más debatidos en los medios informativos, desde la ocurrencia del hecho hasta el final del juicio los medios de comunicación permanecen pendientes del mismo y dependiendo de la tipología criminal y los actores involucrados en el juicio, así se llevará el asunto noticioso.

Ha sido una tónica que en muchos países algunos juicios se vayan llevando paralelamente en la prensa, particularmente en el caso de los juicios penales. Estos conflictos se han tornado en ocasiones, en un problema de difícil solución judicial. De ahí la importancia de marcar con claridad los límites entre la libertad de expresión, a informar y ser informado y el derecho a la intimidad y al honor de los individuos lo cual evitará que estos últimos sean conculcados, enarbolando para ello, la libertad de expresión.

Entre la Libertad de Expresión, y otros Derechos Fundamentales de las personas surgen desencuentros. *Se debate* lo que son las garantías que amparan los medios de comunicación, los límites de este ejercicio, y la protección de ciertos derechos

fundamentales del individuo, tales como el Derecho a la Intimidad, al Honor y la Reputación y la Presunción de Inocencia.

Ahora bien, en relación al tema que nos ocupa, se analiza la relación lógica y necesaria que debe existir entre la Prensa y el Poder Judicial, de ahí la importancia que ella tenga a su disposición personas capacitadas en el área judicial, esto con la finalidad de que las informaciones que se realicen acerca de los juicios u otros acontecimientos del Poder Judicial, sean lo más veraces y claras.

Asimismo el Poder Judicial debe relacionarse e interactuar con la Prensa apegado estrictamente a los preceptos éticos, siendo así las cosas, se realizará un buen aporte a la comunidad.

Lo ideal sería que la información saliera de la misma fuente del Poder Judicial, y algunos jueces y juezas podrían hacerlo adecuadamente, sin embargo, habrá dudas en relación a aquellos que sintiéndose buenos comunicadores sociales se acomoden en esa posición y se convierta en “Juez Estrella”.

Entendemos que debe existir un límite razonable, marcado por la prudencia y el decoro, pues aunque deben los jueces y juezas involucrarse en los asuntos sociales y conocerlos, eso no quiere decir de manera alguna que desborden los límites de los principios, valores y virtudes éticas.

Existe la libertad de expresión consagrada en las constituciones democráticas para todas las personas, y los jueces y juezas no son las excepciones, no obstante, sin coartar ese derecho, los magistrados y magistradas deben tener en cuenta sus funciones, la reserva de los casos que conocen, el secreto profesional, en fin, que su participación, como decíamos anteriormente debe estar enmarcada en lo que la prudencia y el decoro demanden.

A través de la información se forma opinión pública, de ahí la importancia de proteger este derecho, pero así mismo como se trata de formar opinión, debe evitarse que en este ejercicio se dañe la reputación o el honor de las personas o se viole la presunción de inocencia.

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ)<sup>39</sup>, en su última reunión celebrada precisamente en la República Dominicana los días 13 al 16 de marzo del cursante año, presentó un documento acerca de esta temática, del cual transcribimos la síntesis, por considerarlo de sumo interés, a saber:

### **Síntesis**

*“Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (Principios de Bangalore 4.6)*

- a) El juez tiene el derecho y el deber de relacionarse con los medios de comunicación en el ejercicio de sus funciones, en el marco jurídico que le corresponde en cuanto ciudadano, cumpliendo la función de juzgar y abstrayéndose de cualquier presión directa o indirecta de los medios de comunicación, en salvaguarda de su independencia.
- b) El juez no debe comunicar lo que está vedado por el secreto profesional y la obligación de reserva, observando fielmente el orden jurídico que regule la materia. Si utiliza redes sociales deberá asegurarse de que sean de libre acceso y atender las recomendaciones de esta Comisión sobre el particular.
- c) El juez, en cuanto tal, goza de una libertad de expresión limitada de modo que sólo puede ejercer una crítica moderada de las instituciones en cuestiones estrictamente profesionales. Sin embargo, esta restricción no opera cuando se encuentre en riesgo el Estado de Derecho y, por el contrario, tiene el deber de denunciarlo.
- d) El juez no debe aprovechar su cargo en el ejercicio de la libertad de expresión ni buscar notoriedad o reconocimiento exagerado o desmesurado, en beneficio propio.
- e) El juez debe cultivar la discreción y prudencia como virtudes especialmente acordes con la misión que le ha encomendado la sociedad de dirimir conflictos jurídicos.

---

39 Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Reunión anual. Santo Domingo, D. N. Marzo 2018.

- f) El juez debe propiciar la transparencia de sus propias actuaciones y del poder judicial, en particular de sus resoluciones, debiendo canalizar esta información por las vías pertinentes, a saber las oficinas de prensa cuando éstas existan.
- g) El juez debe propiciar la coherencia de la información, poniendo especial cuidado en no superponer sus manifestaciones con las de quienes estuvieren habilitados a ese fin por la ley o, que por razones de proximidad con el objeto de la información o dominio sobre él, estuvieren en mejores condiciones de difundirla. En el caso de información de los procesos sujetos a su intervención, es al juez a quien corresponde definir el contenido de la difusión.
- h) El juez debe prepararse para poder, cuando las circunstancias así lo aconsejen y su legislación nacional lo permita, entablar contactos directos con los medios.
- i) El juez podrá participar en escenarios de difusión de temas de interés jurídico o de interés público tales como conferencias, debates, programas o reportajes en los medios de comunicación, debiendo preservar su independencia e imparcialidad; y cuidará de no adelantar opiniones ni juicios que lo excluyan de intervenir en algún proceso.
- j) El juez participará en actividades de difusión del rol del sistema de justicia en el Estado de Derecho y específicamente de su propia función como garante de los derechos de las personas, tendiendo a hacer el servicio de justicia confiable para los ciudadanos.
- k) El juez debe expresar sus decisiones de manera concisa y en lenguaje claro, de fácil entendimiento para el público, teniendo en cuenta los principios de máxima divulgación, publicidad y buena fe.

## **5.6 Las redes sociales**

Dentro de los que son los medios de comunicación, no podemos olvidar las redes sociales, éstas en los últimos años han tenido una gran importancia en lo que a los aspectos noticiosos se refiere, pues dada su inmediatez, es posible conocer las cosas que suceden en la comunidad en el mismo instante de su ocurrencia.

Es bueno analizar el manejo que hacen los jueces y juezas de las redes sociales, por su condición, ellos deben conducirse en esos medios con la misma prudencia con que lo hacen en la vida diaria, en ocasiones, dependiendo de cuál de las redes utilice su prudencia debe estar más agudizada.

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ), creada en el marco de una de las cumbres de presidentes de Supremas Cortes de los países iberoamericanos, citada anteriormente, en los últimos años ha dictaminado en relación a los jueces y las redes sociales. Documento del cual colocaremos la parte final.

### **5.7 Conclusiones**

- a) Los Jueces tienen los derechos que asisten a todas las personas, pero esos derechos pueden ser restringidos en resguardo de la función jurisdiccional.
- b) Las redes sociales no están expresamente contempladas por el CE ni puede entenderse que están en sí mismas prohibidas. Sin embargo, al ser un instrumento de comunicación que permite transmitir contenidos, no deben éstos vulnerar los principios consagrados en el CE.
- c) El uso de las redes sociales de manera adecuada, se constituye en un elemento útil para la difusión de propósitos institucionales y personales legítimos; siempre que el juez se ajuste a los deberes previstos en el CE.
- d) El Juez que se incorpora a una red social no solamente debe evitar manifestaciones que importen incumplimiento de los deberes previstos en el CE sino que debe evaluar la posibilidad de que sus manifestaciones queden fuera de su capacidad de disposición y sean manipuladas fuera del plan de comunicación originalmente previsto.

### **5.8 Recomendaciones**

- a) El Juez, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la jerarquía, debe compenetrarse de las características y alcance de la red y de los términos del convenio con el proveedor que consiente al adherir a ella. Debe evaluar la significación del propósito que persigue al ingresar y su posibilidad de mantener las comunicaciones dentro de lo permitido por el CE.

- b) Es necesario que los Poderes Judiciales contemplen la posibilidad de brindar, por medio de escuelas judiciales y otros centros de capacitación, enseñanza adecuada para familiarizar a los servidores de la Justicia con las características y posibilidades de cada red social y sus implicancias éticas. Especial énfasis cabe poner en el alcance potencial de las redes y la escasa o nula posibilidad de quien participa de ellas de restringir la comunicación de los datos, opiniones o perfiles, que ingrese a la red.
- c) El Juez debe evaluar el significado que tiene admitir o no admitir a una persona a su universo de contactos en el marco de una red social, restringiendo de manera absoluta cualquier comunicación con aquellas personas que como partes o como abogados y otros profesionales de la justicia litiguen en un asunto del que en ese momento esté conociendo el juez.
- d) En caso de abrir perfiles en redes sociales, evaluar las potenciales consecuencias de identificarse como juez, y en el caso de que sucediera por causas ajenas a su voluntad, tener siempre presente la responsabilidad que impone el cargo de juez.
- e) Asegurarse que se conoce con quiénes se comparte la red, a menos que su uso no dé signos de familiaridad entre las personas conectadas.
- f) Tener presente que toda comunicación, especialmente la escueta o fuera de contexto, puede dar lugar a una desinteligencia impensada para el emisor.
- g) Evitar cualquier contenido que no pueda ser expuesto públicamente.
- h) Hacer uso de medidas de seguridad informática de alta seguridad (contraseñas, antivirus, antimalware, prevención contra la suplantación de la identidad -antiphishing-, entre otros).
- i) Tomar en cuenta que cualquier actuación, imagen o manifestación, puede ser documentada y hecha de conocimiento público por medio de las redes sociales.

# Capítulo 6

## Normativas nacionales e internacionales

### 6.1 La Constitución de la República: Aspectos éticos

La Carta Magna de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero de 2010, es una constitución que se caracteriza por ser principialista, está llena de principios y valores desde su preámbulo mismo, citamos:....

”Nosotros representantes del pueblo dominicano, libres y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora, invocando el nombre de Dios, guiados por el ideario de nuestros padres de la patria, Juan Pablo Duarte, Francisco Del Rosario Sánchez y Matías Ramón Mella y de los Próceres de la Restauración de establecer una República libre, independiente, soberana y democrática, inspirados en los ejemplos de lucha y sacrificios de nuestros héroes y heroínas inmortales, estimulados por el trabajo abnegado de nuestros hombres y mujeres; regidos por los valores supremos y principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social, declaramos nuestra voluntad de promover la unidad de la Nación Dominicana, por lo que en ejercicio de nuestra libre determinación adoptamos y proclamamos la siguiente:<sup>40</sup>

Se entiende que el preámbulo de una Constitución, es el resumen del contenido de ella, recoge la voluntad popular, en ese tenor, encontramos que ella como ley suprema establece los principios éticos que regirán la vida ciudadana, y también su contenido es ley, como el resto de la constitución.



Su contenido está basado en la dignidad humana de donde emanan los derechos fundamentales. Es el primer valor que consagra la constitución, de ella emanan los derechos fundamentales, el ser humano es el fin del contenido del texto constitucional, esa preponderancia que se le ha dado a la dignidad humana es fundamento de la constitución. A ese respecto expresa su artículo 38:

“El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.”<sup>41</sup>

Cuando los jueces en su labor diaria aplican la ley para resolver los desencuentros que se suscitan entre las personas, tendrán en cuenta en primer lugar la norma primera, y de ella tomarán los principios establecidos, en consecuencia, la ética estará presente en la aplicación de una efectiva justicia. Los jueces al impartir justicia, recordarán que son guardianes de la constitución, pues al amparo del control difuso deberán aplicar las leyes y cualquier otra norma, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a la Constitución.

Y al tenor de lo expresado anteriormente en el artículo 38, velar por el respeto de la dignidad de las personas, tanto de las que acuden a diario a buscar justicia, como a la de los abogados y personal que labora en los tribunales, aplicando una hermosa virtud ética: la cortesía. El trato sencillo y respetuoso de los jueces para con los usuarios, es parte de su obligación y responsabilidad como integrante de un poder del Estado.

Otro de los principios éticos establecidos en la constitución es la libertad, el cual le permite a los seres humanos actuar sin limitaciones, solo aquellas resultantes de los derechos de los demás, los jueces, al impartir justicia, lo harán libremente, de manera imparcial e independiente, solo conforme a la constitución y las leyes adjetivas.

---

41 Constitución Dominicana 2010. Pág. 14

Se encuentra un principio de libertad en el artículo 40.15 de la carta magna, el principio de razonabilidad, por el cual:

“A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda, ni impedírsele lo que la ley no prohíbe; la ley es igual para todos, solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica.”<sup>42</sup>

Los impartidores de justicia velarán asimismo porque los que acuden a los tribunales lo hagan haciendo uso de la libertad que la Carta Magna les acuerda, sin presiones, preservándoles siempre sus derechos.

Asimismo otro principio vital para el ser humano, es la igualdad, el cual debe ser preservado por los jueces y juezas, se trata de reconocerle a todas las personas las mismas posibilidades y derechos, sin distinción de razas, color, religión, género, edad, filiación política, nacionalidad, lengua, condición económica. En este tenor, a la hora de tomar sus decisiones lo único que debe primar es la justicia, haciendo una correcta administración de las pruebas, ponderación de los hechos y justa aplicación del derecho. Incluso los jueces a la hora de aplicar una verdadera justicia imparcial, no deben olvidar que todos los seres humanos son especiales y diferentes, pero iguales en derecho, a ese respecto el artículo 39 de la Constitución expresa:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación, por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.”<sup>43</sup>

Dentro de esa aplicación de una justicia igualitaria, está la igualdad en razón del género, la constitución es muy clara al respecto, por lo que al impartir justicia,

---

42 Ibidem. Pág. 17

43 Ibidem. Pág. 14

tener en cuenta que el deseo del constituyente es que no haya ninguna diferencia en razón del género, no debe existir discriminación, ni prejuicio a la hora de dirimir conflictos entre personas de diferentes géneros. No debe reflejarse bajo ningún concepto, un acto discriminatorio en el actuar de los jueces, ni en la forma de interrogar, ni para analizar los documentos de un expediente en donde haya partes de géneros distintos.

Las mujeres deben gozar de las mismas prerrogativas que gozan los hombres al momento de conocer las audiencias, no importan los roles que ellas desempeñen, sea como partes de un proceso o como abogadas postulantes, serán tratadas con el mismo respeto que a sus compañeros hombres; no dirigirse a ellas con palabras que reflejen desprecio, discriminación, burla o incredulidad y mucho menos con un dejo de lascivia, no desdeñar su capacidad intelectual en razón de su sexo.

Los artículos 68 al 73 de la Constitución<sup>44</sup>, contienen la protección de derechos fundamentales, aunque en estos casos algunos sean llamados derechos fundamentales procesales, no obstante, subyace en ellos la dignidad humana. Tanto garantizar un proceso libre y permitirle a la persona acceder a la justicia, como tutelar esos derechos para evitar su violación constituyen actos propios de los jueces y estos deben velar por que se cumplan los preceptos constitucionales mencionados, es un deber y un compromiso que se les exige en su condición de personas nombradas para la administración de justicia, pero no olvidar, que a la vez se trata de obligaciones que la ética les impone.

Esos derechos que deben ser tutelados por los impartidores de justicia, contenidos en el artículo 69 de la constitución, están íntimamente ligados también a la dignidad humana, por lo que ellos deberán velar por el cumplimiento íntegro de esos preceptos, es un deber inherente a su función judicial.

---

44 Ibidem. Págs. 35, 36,37.

## 6.2 El Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial

El Poder Judicial dominicano, en lo que respecta a la difusión de la Ética ha sido muy activo, ya que a través de la Escuela Nacional de la Judicatura ha implementado una serie de actividades, tales como seminarios presenciales, cursos para aspirantes a jueces de paz y coloquios con expertos internacionales tales como Rodolfo Vigo Armando Andruet. Recientemente se celebró un Congreso sobre Bioética.

Asimismo la institución, ha trabajado a lo interno con lo que se denomina Sistema de Integridad Institucional, que tiene como misión principal sensibilizar a todos los integrantes del Poder Judicial, sobre la importancia de un comportamiento ético y como este debe manifestarse en el servicio que ofrece la institución a la sociedad.

En el marco del Sistema de Integridad del Poder Judicial dominicano, es de suma importancia examinar a grandes rasgos los postulados de lo que es el Código de Comportamiento Ético.

Este código tiene como objetivos principales: Promover el cambio cultural de la forma de trabajo a través del fortalecimiento de la vocación de servicio.

Propiciar que los integrantes del Poder Judicial comprendan su rol en el cumplimiento de su misión institucional.

Motivar una mística de que son servidores públicos y que la labor particular contribuirá al resultado final de servir a la ciudadanía.

Este código a diferencia de otros códigos del área, rige para todos los integrantes del Poder Judicial, no solamente para los jueces, incluye auxiliares de la justicia, es decir: intérpretes judiciales, notarios públicos, alguaciles, vendederos públicos.

Dentro de este sistema funciona el Comité de Comportamiento Ético, el cual tiene como misión esencial dar seguimiento al cumplimiento del Código de Comportamiento Ético y la coordinación del Sistema de Integridad.

El señalado comité está conformado por las siguientes personas:

Un juez de la Suprema Corte de Justicia; un juez de Corte de Apelación o su equivalente; Director General de Carrera Judicial, quien es el secretario permanente; Director para Asuntos de la Carrera; Director de la Escuela Nacional de la Judicatura.

### **6.3 El Código Iberoamericano de Ética Judicial**

En la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas reunida en la República Dominicana en el 2006, se terminó de redactar lo que hoy es el Código Iberoamericano de Ética Judicial.

El Código consta de dos partes, en la primera aparecen las exigencias éticas judiciales y se les denominó principios, es decir, núcleos concentrados de la ética en donde no se precisan los supuestos fácticos que se pretenden regular, ni las consecuencias que acarrearían la generación de los mismos. Así consta en la presentación que hicieron los profesores Manuel Atienza y Rodolfo Luis Vigo,<sup>45</sup> expertos convocados por la Cumbre Judicial Iberoamericana para la redacción del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en la Declaración de Copán, Salvador en agosto de 2004.

Este código consta de 13 principios, esos principios son: Independencia, Imparcialidad, Motivación, Conocimiento y Capacitación, Justicia y Equidad, Responsabilidad Institucional, Cortesía, Integridad, Transparencia, Secreto Profesional, Prudencia, Diligencia, Honestidad Profesional.

La segunda parte del código habla sobre la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

Esta Comisión (CIEJ), estará integrada por nueve miembros, designados por la Asamblea General de la Cumbre Judicial, dentro de los candidatos propuestos por cada miembro de la Cumbre, también habrá un Secretario Ejecutivo, propuesto por la Secretaría permanente.

---

45 Atienza, Manuel, Vigo, Rodolfo Presentación del Código Iberoamericano de Ética Judicial. 2004

Esos cargos son honoríficos, las condiciones para desempeñar esos cargos son: estar ligados de una u otra forma al quehacer judicial, reconocido prestigio, larga trayectoria profesional, pueden formar del Poder Judicial, activos o jubilados, ser abogados o académicos.

Las funciones de la CIEJ son varias, básicamente asesorar a los Poderes Judiciales, a los Consejos de la Magistratura y a la Propia Cumbre Judicial, y muy especialmente fortalecer la conciencia ética de los impartidores de justicia iberoamericanos. La Comisión emite dictámenes sobre consulta realizadas por los poderes judiciales de los países miembros de la Cumbre o motu proprio cuando el asunto revele una importancia ética relevante.

Recientemente, fueron emitidos una serie de dictámenes en relación a asuntos sumamente importantes para los jueces de Iberoamérica, tales como:

El relativo al Uso de las Redes Sociales por parte de los Jueces; la participación de los Jueces como Árbitros; Los Jueces y los Medios de Comunicación. Este último fue emitido en la última reunión celebrada por la CIEJ, la cual fue celebrada en Santo Domingo en marzo pasado.

Esta reunión fue muy importante, tanto por ser celebrada en el país en donde fuera creada la CIEJ en el año 2006, como porque en ella se tomaron decisiones de sumo interés, cuyos resultados serán anexados al presente manual.

La República Dominicana ha tenido dos miembros en los dos últimos periodos, las magistradas en retiro Norma Bautista de Castillo y Xiomara Silva Santos.

Además de los dictámenes importantísimos que han sido evacuados recientemente, en los concursos de ensayos celebrados anualmente, dominicanos han obtenido premios de importancia.

Es importante destacar que en la Reunión celebrada en Santiago de Chile en 2015, se le otorgó el premio al mérito judicial iberoamericano a la magistrada de la Suprema Corte Miriam Germán Brito.

Es importante resaltar el papel de la señalada comisión, la cual dentro de lo que son los países que conforman la Cumbre Iberoamericana, está realizando a cabalidad su misión y en los últimos años ha tenido una labor muy activa y productiva.





Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



# Referencias Bibliográficas

## Libro 1: Teoría general del derecho

- Aarnio, Aulis; Ernesto Garzon y Jyrki Uusitalo. La normatividad del derecho. Editorial Gedisa, España, 1997.
- Aguiló Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. Editorial Ariel, España, 2012.
- Atienza, Manuel. Introducción al derecho. Editorial Fontamara; México, 2005.
- Atria, Fernando. La Forma del derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. 3ra. Edición. Editorial Temis, Bogotá. 2007.
- Bulygin, Eugenio; Carlos Alchourrón. Sistemas normativos. Editorial Astrea, Bogotá, 2da. Edición, 2013.
- Bulygin, Eugenio; Daniel Mendonca. Normas y Sistemas normativos. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Bulygin, Eugenio. Fernando Atria, José Juan Morso, Pablo E. Navarro, Jorge L. Rodríguez.
- Juan Ruiz Marrero. Lagunas en el derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

- Chiassoni, Pierluigi. Técnicas de interpretación jurídica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011. Comanducci, Paolo. Democracia, Derecho e Interpretación Jurídica. Ara Editores, Perú, 2010.
- De Otto, Ignacio de Otto. Derecho Constitucional. Editorial Ariel, España, 2010.

## **Libro 2: Derecho Constitucional**

- Hostos, Eugenio María, Lecciones de Derecho Constitucional, Primera Edición, Rep. Dom: Editora Corripio, C. por A. 1887
- Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Madrid: Editora Celia Villar. 2001.
- Jiménez Asensio, Rafael. El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons. 2003.
- Jorge García, Juan. Derecho Constitucional Dominicano. Santo Domingo: Editora Corripio, C. por A. 2000.
- Jorge Prats, Eduardo. Derecho constitucional. Vol. I. República Dominicana: Gaceta Judicial. 2005.
- Kägi, Werner. La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Madrid: Dykinson. 2005.
- Pellerano Gómez, Juan Ml. Constitución y Política. Santo Domingo: Ediciones Capeldom. 1990.
- Duverger, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Ediciones Ariel, S. A. 1970.
- Capitant, Henri, Vocabulario Jurídico Buenos Aire: Ediciones Depalma. 1995.
- Constitución de los Estados Unidos de 1787.
- Fundamentos filosóficos de la Constitución, Neoconstitucionalismo y Estado de Derechos, Pág. 124.
- Constitución Dominicana 2015.
- Ley No. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados. G. O. No. 10737 del 15 de diciembre de 2013.

- Prieto Sanchís, Luís. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta. 2003.
- García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Thomson/Civitas. 2006.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Trotta. 1998.
- Jiménez Asensio, Rafael. El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons. 2003
- Rawls, John. Liberalismo Político. México: Fondo de Cultura Económica. 2002.
- Hardt, Michael y Negri, Antonio. El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad. España: Libertarias/prodhufi. 1994.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Garantías. Madrid: Trotta. 1999.
- Greppi, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. En miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores) Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. 2005.
- Couture, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. Tomo III. Tercera Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1979.
- Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. En Congreso Mundial de la Asociación Internacional. 339-354. Alicante: Universidad de Alicante. 1998.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. 121-147. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Coords. Miguel Alejandro López Olvera y David Cienfuegos Salgado. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2005
- Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011.
- Gozaini, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional. Tomo I. Argentina: Editorial de Belgrado. 2006.
- Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. España: Trotta. 2004.

- Diccionario De La Real Academia De La Lengua Española (DRALE): Vigésima segunda edición. <http://buscon.rae.es/draeI/html/cabecera.htm>
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Vigésimo tercera edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1994.
- Enneccerus, Ludwig Enneccerus. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Barcelona: Casa Editorial Bosch. Traducido de la 39° edición alemana, 1953.
- Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Interpretación de la Norma Jurídica. <http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/interpretaciondelanormajuridica/default5.asp>.
- Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico” (Introducción al Derecho). Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 1984. Lima – Perú.
- Pablo Navarro. Acerca de la inevitabilidad de la interpretación. Disponible en Internet:<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1401880>
- Velasco Arroyo, Juan Carlos. El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. Disponible en Internet: [http://www.uv.es/~afd/XV\\_abstracts/velasco\\_abs.html](http://www.uv.es/~afd/XV_abstracts/velasco_abs.html). P. 53.
- Atienza, Manuel. Los Límites de la Interpretación Constitucional. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=510399>.
- Rodríguez Fernández Ricardo, Derechos Fundamentales y Garantías individuales en el Proceso Penal.
- Cajica Lozada, Gustavo. Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática. Comentarios a un texto de Ferrajoli. Disponible en Internet:[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). (Consulta: 24 de octubre 2008).
- López Guerra. Luís. Legitimidad Democrática del Juez.
- Elementos de derecho procesal civil dominicano, Froilán Tavárez Hijo.
- Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional, Vol. I. República Dominicana: Gaceta Judicial. 2005.

### Libro 3: Derechos Humanos

- Díaz Revorio, F. Lineamientos fundamentales de la Constitución dominicana: sus decisiones básicas. En D. P. al., Comentarios a la Constitución de la República Dominicana -Tomo I- (1ra. ed., Vol. I). Madrid. 2012
- Ferrer Mac-Gregor, E.y Pelayo Möller, C. Obligación de respetar los derechos. En C. Steiner y P.Uribe (coords.).Convención Americana sobre Derechos Humanos:comentada. (1ra ed.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.[Consultado en línea en fecha 1 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Gros Espiell, H. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1991.
- Hitter, J. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Buenos Aires. 1991.
- Jiménez de Aréchaga, E. Responsabilidad Internacional.En M. Sorensen. Manual de derecho internacional público. México: Fondo de Cultura Económica. 1994
- Medina Quiroga, C. La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. San José: Mundo Gráfico. 2003
- Miranda Bonilla, H. La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 119. 2009
- Molina, L. Campaña educativa sobre derechos humanos de las personas afrodescendientes. Elementos básicos de derechos humanos: Guía introductoria. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. [Consultado en línea el 2 de agosto de 2018]. Recuperado de: [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2083/campa%C3%B1a-educativa-elementos-basicos-guia-introductoria\\_marzo2009-2008.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2083/campa%C3%B1a-educativa-elementos-basicos-guia-introductoria_marzo2009-2008.pdf).
- Nash Rojas, C. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Vol.6, n.º 6. [Consultado en línea el 02 de agosto, 2018]. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142625/El-Sistema-Interamericano-de-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>.

- O'Donnell, D. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. (2da ed.). México: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2012
- Ledesma Faúndez, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004
- Rodríguez, Juan Aníbal, Guzmán Duque Gloria, Acosta Castillo, Manuel, Baró Gutiérrez, Jonathan. **El Delito de Trata de Personas**, Ministerio Público, Escuela Nacional de la Judicatura, Primera edición, Santo Domingo. 2012.
- Luciani, Diego Sebastián, “**Criminalidad Organizada y Trata de Personas**”, primera edición, editorial Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Dayenoff, D. **Derecho Penal Parte General**. Editorial García Alonso, Buenos Aires. 2005.
- Fundación Esperanza. Tráfico de Personas, Naufragio de Sueños. Febrero de 2003.
- Martínez-Cifuentes, A. Evolución de los Derechos Civiles y Políticos en el Ámbito Internacional y su Impacto en la Democracia y la Participación Política en los Estados. Iter Ad Veritatem, 14. 2016.
- Blanco, C.; Salmón, E. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1ra. Ed.). Perú. Gráfica Delvi S.R.L. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP); Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú. 2012.
- De Lázzari, Eduardo. “¿Qué características debe tener un sistema procesal civil?, en Debido Proceso”. obra colectiva. ARAZI, Roland (coordinador), Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 2003.
- Abramovich, V. y Courtis, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta. 2004.

- Alexy, R., Bastida, F., et. al. Derechos sociales y ponderación. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2007
- Ansuátegui Roig, F. Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación. En Bernuz Beneitez, M. y Calvo García, M. (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 23-42. 2014.
- Añón, M. .Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada. En *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*.(vol. 3).Madrid: Dykinson. pp. 21-46. 2008
- Arango, R.. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis. 2012.
- Böckenförde, E. .Escritos sobre derechos fundamentales. trad. de J. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos. 1993
- Carbonell, M. . Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, Año 6, n.º 2. 2008
- Contreras Peláez, F. Derechos sociales: Teoría e ideología. Madrid: Tecnos. 1994.
- Corcuera Cabezut, S. . Derechos sociales exigibles. En Calva, J. (coord.). *Derechos y políticas sociales*. México, D. F.: La H. Cámara de Diputados, LX Legislatura- Universidad Nacional Autónoma de México-Miguel Ángel Porrúa. 2007
- De Castro Cid, B.. Los derechos sociales: análisis sistemático. En AA. VV. *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*. Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 1981.
- De Castro Cid, B. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos. Universidad de León: Secretariado de Publicaciones. 1993.
- Ferrajoli, L.. Prólogo. En Abramovich, V. y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta. 2004
- Jorge Prats, E. Derecho constitucional. (Vol. I). Santo Domingo: IUS NOVUM. 2010



- Mazziotti, M. Diritti sociali. En AA. VV. *Enciclopedia del diritto*, (vol. XII). Milano: Giuffrè. 1964
- Micheline, I. *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*. Londres: University of California Press, Ltd. 2004
- Monereo Atienza, C. *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*. Granada: Comares. 2007
- Peces-Barba, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Dykinson. 1999
- Prieto Sanchís, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate. 1990.
- Añón Roig, M. *Derechos humanos y obligaciones positivas*. En Bernuz Beneitez, M. y Calvo García, M. (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2014.
- Cook, R. y Cusack, S. *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*, trad. de Andrea Parra. Profamilia. 2010.
- Sagüés, M. *Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico*. En Ferrer, E., Morales, M. y Flores, R. (coords.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2018.
- Salmón, E. *Inclusión y gestión de la diversidad: Hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH*. En Ferrer, E., Morales, M. y Flores, R. (coords.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2018
- Rodríguez Pinzón, D.; Martín, C. y Ojea Quintana, T. *La dimensión internacional de los derechos humanos: Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*. Washington, D.C.; Banco Interamericano de Desarrollo. 1999
- Rojas Báez, J. *El establecimiento de la responsabilidad internacional por violación a las normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Washington, D.C. 2009

- Organización de las Naciones Unidas. Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Humanos. Un manual para la sociedad civil. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.[Consultado en línea el 20 de julio de 2018].Recuperado de: [http://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/Intro\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/Intro_sp.pdf). 2008.
- Abramovich, V. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo.*Revista de la CEPAL*, n.º 88, abril. pp. 35-50. 2006
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos.*Aspectos básicos de derechos humanos* (3ra ed.). México: Corporativo Pográfico. 2017 [Consultado en línea el 02 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/07-Aspectos-basicos.pdf>.
- Del Toro Huerta, M. La Responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [Consultado en línea en fecha 1 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf>.
- SENA. Regional Antioquia. .Aspectos fundamentales de los derechos humanos. 2003. [Consultado en línea el 2 de agosto de 2018]. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/126762768/Aspectos-Fundamentales-de-Los-Derechos-Humanos>.
- Serrano, S.y Vásquez, D. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos. México:FLACSO. [Consultado en línea el 30 de julio de 2018]. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizacio%C2%B4n%20de%20esta%C2%B4ndares%20internacionales.pdf>.
- Viteri Custodio, D. . “La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán”. *Revista Estudios de Derecho*, vol. LXIX, n.º 153. 2012.
- Organización de las Naciones Unidas. El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas Folleto informativo n.º 30/Rev.1. Nueva

York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2012

- Organización de las Naciones Unidas. Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Folleto informativo n.º 7/Rev.2. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2013
- Organización de las Naciones Unidas. Guía práctica para la sociedad civil. Examen Periódico Universal. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. [Consultado en línea el 20 de julio de 2018]. Recuperado de: [http://www.ohchr.org/documents/aboutus/civilsociety/universal\\_periodic\\_review\\_spa.pdf](http://www.ohchr.org/documents/aboutus/civilsociety/universal_periodic_review_spa.pdf).
- Valcárcel Torres, J.; González Serrano, A. Derechos Civiles y Políticos en el Período Revolucionario. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, n.º 22, julio-diciembre, pp. 75-84. 2008
- García Ramírez, S. El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol. 39 no. 117. México. 2006
- Hopenhayn, M.. Desigualdades sociales y derechos humanos: Hacia un pacto de protección social. Santiago de Chile: CELADE-CEPAL-ONU. 2006. [Consultado en línea el 10 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/27116/hopenhaynm.pdf>.
- Monereo, C. Una teoría de los derechos sociales es posible. Universidad de Málaga. [Consultado en línea el 8 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://observatoridesc.org/files/cap1.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. España violó los derechos de una mujer cuya vivienda hipotecada podría ser subastada – Comité de la ONU. Ginebra, 18 de septiembre de 2015. [Consultado en línea el 8 de agosto de 2018]. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16457&LangID=S#sthash.E6ySqBcS.dpuf>.

- Parra, O., Villanueva, M., y Martín, A. .Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2008.
- Ventura, M. . Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, n.º 40, julio-diciembre. 2004.
- Courtis, C.. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, julio. 2010.
- De Asís, R.. Concepto y fundamento de los derechos humanos. En J. J. Tamayo, *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Verbo Divino. 2013.
- Ventura, M.. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, n.º 40, julio-diciembre. 2004.

### **Instrumentos Internacionales**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Castillo Petruzzi y otros contra Perú (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garrido y Baigorria contra Argentina (Reparaciones y costas). Sentencia del 27 de agosto de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Godínez Cruz contra Honduras (Fondo). Sentencia del 20 de enero de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Huilca Tecse contra Perú (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 03 de marzo de 2005.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Cantuta Vs Perú (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros Vs Chile) (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 05 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84, sobre Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Sentencia del 11 de enero de 1984.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, sobre La expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 9 de mayo de 1986.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-7/86, sobre Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Sentencia del 29 de agosto de 1986.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 23 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Suárez Rosero contra Ecuador, (Reparaciones y costas). Sentencia del 20 de enero de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia del 29 de enero de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez contra Honduras (Reparaciones y Costas). Sentencia del 21 de julio de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y otros contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.
- Resolución sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Aprobada por la Asamblea General, mediante Resolución del 28 de enero de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Adoptado en la Asamblea General, mediante Resolución n.º 447, octubre de 1979.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adoptado en la Asamblea General, mediante Resolución n.º 448, octubre de 1979.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, modificado el 2 de septiembre de 2011 y del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado del 16 al 28 de noviembre de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. (04 de febrero del 2003) Sentencia C-067/03, caso D-4111.
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de mayo de 1995) Sentencia C-225. Expediente n.º L.A.T-040.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otros contra Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 26 de septiembre del 2006.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Boyce y otros contra Barbados (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 20 de noviembre del 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabrera García y Montiel Flores contra México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 26 de noviembre del 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 24 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 20 de Octubre de 2016.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 9 de marzo de 2018.
- Informe Global sobre Tráfico de Personas presentado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012).
- Informe de la Procuraduría Especializada contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas (PECTIMTP). Período 2013-2017.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (2000).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.
- Centro de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en materia de Integridad Personal y Privación de Libertad. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argüelles y otros contra Argentina (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 20 de noviembre del 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bámaca Velásquez contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 25 de noviembre del 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bayarri contra Argentina (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 30 de octubre del 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cantoral Benavides contra Perú (Fondo). Sentencia del 18 de agosto del 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Castillo Páez contra Perú (Fondo). Sentencia del 03 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de noviembre del 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 8: Libertad Personal. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fleury y otros contra Haití (Fondo y reparaciones). Sentencia del 23 de noviembre del 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gangaram Panday contra Surinam (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de enero de 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. García y familiares contra Guatemala (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de noviembre del 2012.



- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Herrera Espinoza y otros contra Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 01 de septiembre de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. I.V. contra Bolivia (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 30 de noviembre del 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. J. contra Perú (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 27 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Cantuta contra Perú (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Loayza Tamayo contra Perú (Fondo). Sentencia del 17 de septiembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. López Álvarez contra Honduras (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 01 de febrero del 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Norín Catrimán y otros contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de mayo de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, sobre La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 09 de mayo de 1986.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87, sobre El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 30 de enero de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 06 de octubre de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palamara Iribarne contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 22 de noviembre del 2005.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Servellón García y otros contra Honduras (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 21 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Suárez Rosero contra Ecuador (Fondo). Sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Usón Ramírez contra Venezuela (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 20 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y Otros contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Yvon Neptune contra Haití. Sentencia del 06 de mayo 2008.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Aprobada por la Asamblea General, mediante resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Baena Ricardo y otros contra Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Barbani Duarte y otros contra Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Barreto Leiva contra Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Blake contra Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides contra Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cantos contra Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chocrón Chocrón contra Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes y otros contra Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º12: Debido Proceso. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Furlan y familiares contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Herrera Ulloa contra Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ivcher Bronstein contra Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las Palmeras contra Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mémoli contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87, sobre El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 30 de enero de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 06 de octubre de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90, sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 10 de agosto de 1990.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palamara Iribarne contra Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 22 de noviembre del 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pollo Rivera y otros contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Radilla Pacheco contra México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reverón Trujillo contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros contra El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tribunal Constitucional contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Valle Jaramillo y otros contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y Otros contra Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en abril de 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Aprobada por la Asamblea General, mediante resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo contra Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros contra Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 8 de marzo de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (Fondo). Sentencia del 29 de julio de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03. Sentencia del 17 de septiembre de 2003.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 25 de junio de 1993.
- Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptadas en Maastricht, del 22 al 26 de enero de 1997.
- Observación General n.º 12, Artículo 11: El derecho a una alimentación adecuada. 12 de mayo de 1999.
- Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación. 8 de diciembre de 1999.
- Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. 11 de agosto de 2000.

- Observación General n.º 15, Artículos 11 y 12: El derecho al agua. 20 de enero de 2003.
- Observación General n.º 18, Artículo 6: El derecho al trabajo. 6 de febrero de 2006.
- Observación General n.º 19, Artículo 9: El derecho a la seguridad social. 4 de febrero de 2008.
- Observación General n.º 4, Artículo 11: El derecho a una vivienda adecuada. 13 de diciembre de 1991.
- Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Miguel Ángel López Rodríguez contra España, Comunicación n.º 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016.
- Organización de las Naciones Unidas. (2009). Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, Folleto Informativo n.º33.Suiza: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, I.D.G. contra España. Comunicación n.º 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015.
- Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptados en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2017). Panorama social de América Latina, 2016. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. Washington, D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptada en la Asamblea General. 5 de junio de 2013.
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém Do Pará”. Adoptada en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. 9 de junio de 1994.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas. 18 de diciembre de 1979.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- Observación General n.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 2 de julio de 2009.
- Pelletier Quiñones, P. (2014). La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, vol. 60.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe. Progreso multidimensional: Bienestar más allá del ingreso. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de Septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC/17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de Agosto de 2002.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Aprobada por la Asamblea General, mediante Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

## Leyes

- Constitución de la República Dominicana. (10 de julio de 2015). Gaceta Oficial n.º 10805.
- República Dominicana. Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero del año 2010. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010. Disponible en <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf> (Consultada en 22/09/ 2018, a las 3: 21 pm).
- República Dominicana. Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. (Ley Núm. 136-03), Santo Domingo de Guzmán. Disponible en [http://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136\\_06.pdf](http://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136_06.pdf), (Consultada en 21/09/ 2018).
- Congreso de la República Dominicana. (10 de febrero de 2015). Ley n.º 10-15 que introduce modificaciones a la Ley n.º 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana.
- Congreso de la República Dominicana. (13 de junio de 2011). Ley n.º 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

## Páginas de internet consultadas

- <http://jonathanbaro.blogspot.com/2015/12/diferencias-entre-trata-de-personas-y.html> (consultado en fecha 23/09/2018, a las 2:30 pm).
- Reporte de Global Financial Integrity (2017), disponible en : [https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational\\_Crime-final.pdf](https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf) (Consultado en fecha 24/09/2018).
- El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110> (Consultada en fecha 25/09/18 a las 7:10 pm)
- República Dominicana. Ley No. 137-03, sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas. Gaceta Oficial No. 10233, Santo Domingo, República



Dominicana. Disponible en <http://jonathanbaro.blogspot.com/2007/10/trfico-ilcito-de-migrantes-y-trata-de.html> (Consultada el 20/09/2018, a las 3: 03 pm).

#### **Libro 4: Ética Judicial**

- Atienza, Manuel y Vigo, Rodolfo. Presentación del Código Iberoamericano de Ética Judicial.
- Amaro Guzmán, Raymundo. Constitución Dominicana de 1994.
- Andruet, Armando. La Ética Judicial como Generadora de Confianza Pública. Conferencia Santo Domingo. 2015
- Constitución y Justicia Constitucional. Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica. Edición 2008.
- Constitución Comentada. Finjus. 2011.
- Constitución de la República Dominicana. G. O. 10561, 26 de enero de 2010.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial. 2006
- Código Bangalore. Septiembre 2003.
- Convención Americana de los Derechos Civiles y Políticos de 1969
- Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948
- Diego Bautista, Oscar. La Ética en el Marco de las Administraciones Públicas. Medidas para fomentar la Ética en los Servidores Públicos. Revista Iberoamericana de Administración Pública no. 10, enero-junio 2003.
- Estatuto del Juez Iberoamericano. Canarias 2001. Consejo General del Poder Judicial. España.
- Escobar, Gustavo. Ética Introducción a su Problemática y su Historia. Interamericana Editores, S. A. 2008.
- Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Vol. II. Edición 2005.
- Ley 327-98 Sobre Carrera Judicial. Agosto de 1998.
- Ley 28-11 del 20 de enero de 2011, Orgánica del Consejo del Poder Judicial.
- Méndez, Víctor y Silveira Héctor. Bioética y Derecho. Editora VOC.
- Material de Trabajo para el Seminario de Ética Judicial. Escuela Nacional de la Judicatura. Año 2000.

- Maier, Julio. Conferencias Inéditas de Julio Maier. CONAEJ. Mayo 2008
- Singer, Peter. Compendio de Ética Alianza Diccionarios. 1995
- Silié Gatón. Ética Profesional. Editora Serrallés, S. A. 1998
- Serrano Suñer. El Buen Juez. Editorial ABC.. Año 1951
- Vigo, Rodolfo Luis. Ética y Responsabilidad Judicial. Edición. 2007
- Vigo, Rodolfo Luis. Ética Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla





Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  

---

REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

Versión gratuita  
Biblioteca Virtual Escuela Nacional de la Judicatura



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

