

Contenido

<u>1. Orígenes del derecho procedimental.....</u>	<u>1</u>
<u>2. Antecedentes y ubicación de la materia.....</u>	<u>3</u>
<u>3. La transición de la teoría discursiva a la argumentativa.....</u>	<u>4</u>
<u>4. Adecuaciones del derecho procedimental marítimo a las teorías discursivas y sus desarrollos argumentativos en el campo de la creación de normas y de su aplicación por jueces.....</u>	<u>9</u>
<u>5. Las adecuaciones del derecho procedimental marítimo a las teorías discursivas y sus desarrollos argumentativos en el campo de la aplicación por operadores jurídicos en el derecho marítimo administrativo.....</u>	<u>18</u>

1. Orígenes del derecho procedimental

La propuesta de un nuevo derecho procedimental, y de un nuevo derecho procesal para el sector marítimo debe tomar en cuenta el nacimiento de esta rama del derecho y la evolución de los antecedentes y razones que puedan originar su implantación.

Como precisión terminológica previa debemos afirmar que la historia del derecho procedimental marítimo no puede estudiarse al margen de la evolución histórica del derecho procesal de donde provienen muchas de sus instituciones; tampoco puede dejar de considerar los factores políticos, sociales, económicos y culturales que generaron su aparición, ni la influencia de otros sistemas, especialmente del anglosajón, que marcó su impronta desde sus inicios y que permanece vigente en el devenir de su desarrollo.

El **derecho procedimental** como conjunto de actividades, pasos, etapas, actos, tareas, condiciones, requisitos y similares que las personas deben cumplir para obtener respuesta a sus pretensiones de validez, es una disciplina que merece toda nuestra atención por lo diversificado de su presencia en el quehacer cotidiano.

Mientras que el **derecho procesal** se circunscribe exclusivamente al proceso y al trámite jurisdiccional realizado por el Órgano Judicial y las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales, el derecho procedimental se refiere a las normas que, además de los procedimientos realizados por ante los tribunales de justicia, también regulan los realizados en otras instituciones del Estado y otras actividades en las que los operadores jurídicos participan.

Antes de la creación de la jurisdicción marítima especial,¹ los conflictos concernientes a la competencia sobre actos de comercio marítimo eran manejados por la jurisdicción civil y se aplicaba el Código de Procedimiento Civil. De allí que el origen de la jurisdicción marítima se encuentra a su vez vinculado al de la jurisdicción civil que predomina en su evolución.

¹ La jurisdicción marítima fue creada por medio de la Ley Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (LOEA), publicada en la Gaceta Oficial No. 37.330 de fecha 22 de Noviembre de 2001.

Una excelente reseña sobre la evolución del derecho procesal civil, cuyas instituciones se manifiestan en el Código de Procedimiento Marítimo, nos la presenta Juan Montero Aroca² exponiendo que su antecedente se encuentra en la práctica forense situando su punto de partida en la formación que los juristas americanos y europeos recibían en las universidades de los siglos XVI a XVIII como conocedores del derecho romano pero ignorantes del derecho aplicable en cada país, todo ello fundamentado en el prestigio del que gozaba el derecho romano como materia académica, por oposición a la ausencia de la enseñanza del derecho específico de cada país.

Según el autor, además del derecho oficial de las universidades, la *praxis* en los procesos ante los tribunales y sus actuaciones también era objeto de atención de los autores, los cuales no eran profesores universitarios sino abogados practicantes, jueces y escribanos quienes profesionalmente transmitían sus experiencias a otros profesionales, especialmente aquellos que recibían en la universidad solamente los conocimientos del derecho romano olvidando la aplicación del derecho al mundo de la vida, es decir a las realidades cotidianas.

En este sentido, mientras los grandes juristas tenían el Derecho Romano como el referente cultural común de toda Europa, los prácticos actuaban en un espacio más restringido al centrarse en los procedimientos de los tribunales de su país, siendo su fuente principal, no la ley sino las opiniones de otros prácticos que concebían el *ordo iudiciarius* como la manifestación de las actuaciones tribunalicias; dedicaron sus esfuerzos al modo de proceder, al procedimiento, a la forma, a la manera de preparar escritos, a los plazos, al *Style de la Cour*, el cual pasó a formar parte de los programas de estudio de las universidades de fines del Siglo XVIII e inicios del XIX perdiendo el Derecho Romano su hegemonía como disciplina académica para dar comienzo a la “cientificación” de la práctica forense.

A fines del Siglo XVIII, las ordenanzas de Luis XIV de Francia se arrogaron las decisiones sobre la manera de realizar los procesos, pero con el advenimiento de la Revolución Francesa y la expedición del *Code de Procédure Civile* de 14 de abril de 1806 y otros, la Ley se convirtió en el medio autorizado y reconocido para dar vigencia a los procedimientos judiciales como formas solemnes con que se proponen y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales naciendo el sistema de la exégesis.³

Montero Aroca identifica como etapa intermedia aquella en que el derecho procesal se empieza a estudiar en las universidades alemanas, pasándose del análisis de casos prácticos al de las normas reguladoras del proceso mediante el examen previo de los problemas teóricos y de fondo, desde sus inicios, sin el trauma que representó para el resto de Europa occidental el tratamiento secundario y a *posteriori* de la materia mediante el estudio de sus códigos ya promulgados.

Primero se da una nueva orientación al Derecho procesal estudiando el problema de las excepciones y presupuestos procesales abogando por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquellas, a las que califica de «pomposo ornato del más caprichoso latín canónico».

² MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal Civil en el Siglo XX*, Revista de Derecho Procesal, Universidad de Panamá, Panamá, 2001, p. 3-32.

³ *Ibid.*, p. 5-6.

A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del Derecho procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa.

Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda.

La función del juez, afirma, es más legislativa que interpretativa siendo el campo de acción del juez tan creador como el del legislador y produciéndose en el proceso Derecho objetivo. Luego el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material concebido como un derecho público frente al Estado, a obtener tutela jurídica.

Los conceptos tradicionales sobre la acción son los de la acción *derecho* y acción *medio*. El origen de la acción como medio lo encontramos en las Institutas que a su vez lo tomaron de una definición de Celso “*jus persecuendi quod sibi debetur*”.⁴

Los funcionarios jurisdiccionales no tienen la facultad, salvo algunas excepciones,⁵ de iniciar la resolución de un conflicto si alguien interesado, como parte de una relación jurídica, no lo solicita. A este derecho a pedir el impulso o instancia del órgano jurisdiccional se denomina derecho de acción. Ella significa el rechazo de la justicia privada, de la autodefensa.

Mientras el derecho procesal regula:

1. La Organización de los tribunales.
2. Su competencia, y
3. Sus reglas de procedimiento.

El derecho procedimental regula todo procedimiento, jurisdiccional o extrajudicial.

El Derecho de Almirantazgo como conjunto de normas que regulan los asuntos jurídicos especializados y relacionados a la navegación en el derecho anglosajón, consiste en reglas y principios derivados de la costumbre, decisiones judiciales, normas jurídico convencionales y legales, nacionales e internacionales.

En el derecho de corte romano-canónico, el Derecho Procesal Marítimo, ha creado, en algunos países,⁶ tribunales que aplican normas relativas a los contratos, abordajes, salvamentos y responsabilidad civil en que ciertos sujetos, como los miembros de la tripulación de una nave, los propietarios de buques, de la carga, fletadores, aseguradores y otros, se ven involucrados como protagonistas de los conflictos para los que a estos tribunales se concede competencia.

2. Antecedentes y ubicación de la materia

La materia objeto de nuestro análisis se encuentra ubicada dentro de la disciplina jurídico procedimental y procesal. Como rama especializada y autónoma del derecho ésta ha sido objeto de normatividad en Venezuela por la Ley Ley Orgánica de los

⁴ Justiniano, Instituta, Libro I, Título 6, <http://latin.dechile.net/Juridico>.

⁵ Casos de orden público.

⁶ Africa del Sur, Canadá, Escocia, Escandinavia, Estados Unidos, Inglaterra, Japón, Panamá, y más recientemente China y Venezuela.

Espacios Acuáticos (LOEA) y por el Decreto N° 1.551 12 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

La mayoría de las instituciones del derecho procesal civil son aplicables a la jurisdicción marítima⁷ y administrativa marítima, existiendo otras que la identifican y le conceden cierto grado de individualidad como la oralidad, la brevedad, la concentración, la inmediatez, la gratuidad y la publicidad del Libro Cuarto, Título XI del Código de Procedimiento Civil se hacen presente en el procedimiento marítimo venezolano. Se incorporan instituciones propias del procedimiento anglosajón como son la exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo el control de la demandada y se permite el acceso a buques, muelles, diques secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias para su inspección y la de mercancías o documentos permitiendo medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.

3. La transición de la teoría discursiva a la argumentativa

El concepto que se encuentra en la raíz de esta teoría descansa en la idea fundamental de la voluntariedad, del reconocimiento del otro, y de la probabilidad, no solo posibilidad, de un entendimiento entre los participantes de cualquier acción o conducta susceptible de socialización.

En este sentido conviene acotar también que esta ideas son tan buenas para el dogmático como el práctico que se entrega a la visita de los tribunales o de las cárceles; para quien elabora anteproyectos de leyes (en el seno de la colectividad a la que entrega su tiempo y esfuerzos), o proyectos en el despacho de diputado; para quien participa como líder de comunidades o grupos de presión frente a las instituciones públicas y privadas y para quienes en éstas detentan poder; para quien desde los estrados de primera instancia resuelven diferencias o para el magistrado de las más elevadas esferas de la Corte Suprema de Justicia; y en fin para todo aquel que piensa el derecho siendo lego, y aun para la vida ordinaria en la que desde que amanece estamos relacionándonos y sociándonos.

Habermas considera tres aspectos del habla argumentativa: como proceso de la situación ideal en que la estructura de la comunicación excluya toda coacción (interna o externa) que no sea del mejor argumento con lo cual se propende a la búsqueda cooperativa de la verdad definiéndola como “continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento.”⁸

La argumentación, sigue diciendo Habermas, también puede abordarse como procedimiento sometido a una regulación especial y división cooperativa de trabajo entre proponentes y oponentes en que se tematizan las pretensiones de validez problemáticas, se exoneran de presión de la acción y la experiencia con actitudes hipotéticas o de ejemplo, y se determina si la pretensión del proponente puede ser

⁷ **Artículo 3º.** En los procesos que conozcan, sustancien y decidan los Tribunales Marítimos se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

⁸ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa I*, op. cit. p. 46.

reconocida pero solamente mediante su examen con razones lo cual es enfatizado por el autor.⁹

El tercer ángulo desde el cual se puede abordar es la presentación de argumentos pertinentes que sean también convincentes por vía de sus características intrínsecas. Todo lo anterior, termina diciendo, es capaz de transformar la opinión en saber.¹⁰ También considera que los mencionados aspectos pueden contribuir a dar soporte teórico a las relaciones con la Retórica, la Dialéctica y la Lógica.

En su explicación Habermas aprovecha lo que califica de “contradicciones instructivas” de Klein, en la que éste afirma que un argumento es tan importante como cualquier otro, con tal que nos lleve “a la aceptación inmediata de una fundamentación.” En esta frase la sustitución del vocablo “aceptación” por el de “validez” corre el riesgo de desconocer la importancia de “la verdad” y “la realidad”, hallazgo que parece demostrarse con las palabras del propio Klein.¹¹

Habermas sostiene, estudiando las ideas de Klein, que las paradojas de ese estudio (como por ejemplo que los argumentos puedan influir en sus destinatarios con independencia de su validez, siempre que se los desarrolle en condiciones externas que aseguren su aceptación), requieren analizar desde un principio los procesos de formación de consensos como obtención de acuerdos racionalmente motivados y desempeños discursivos de pretensiones de validez, y no desde la perspectiva del desarrollo de los procesos de comunicación.¹²

Atienza afirma que la teoría de la argumentación jurídica debe cumplir con una función *teórica* que permita, en conjunto con otras disciplinas cuyos estudios son rescatables (filosofía, lógica, lingüística, psicología, etc.) una comprensión más profunda del derecho y la práctica de argumentar; coincide con Alexy en el sentido que el derecho debe verse como sistema de normas (a lo que denomina teoría “standard” de la argumentación jurídica) pero también de procedimientos (a lo que llama teoría de la argumentación jurídica) ambas integrando lo que califica como *la teoría de la sociedad*.

Considera que también debe cumplir con una función *práctica, técnica o de carácter instrumental* (dirigida tanto a litigantes como a dogmáticos) contando con un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y los criterios para juzgar sobre su corrección mediante i) un sistema jurídico de expertos y ii) educación en el pensar y razonar como juristas; y también afirma que debe cumplir una función *política y moral* en la que, coincidiendo con Dworkin, existe al menos *una* sola respuesta correcta cuando el operador jurídico tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de dicha decisión, aunque al mismo tiempo sepa que no es la solución a que lleva el derecho positivo. Este autor termina acuñando el término *casos trágicos*, para diferenciarlos de la tradicional distinción casos fáciles-difíciles: para los fáciles sostiene que el ordenamiento provee una respuesta correcta; para los difíciles caben más de una respuesta correcta; y para sus casos trágicos

“no cabe encontrar una solución que sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (cfr. Atienza, 1989a).”¹³

⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ HABERMAS, *Ibid.* p. 51.

¹² *Ibid.*, p. 53.

¹³ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Primera Edición, 2006, p. 216-219.

Con la influencia de las escuelas hermenéuticas y procedimentales el derecho dejó de ser esencialmente normas para convertirse en argumentación desde la cual se le analiza y estudia, a través de sus principios y valores y el papel que juegan, lo cual se debió al resurgimiento en la tónica y la retórica en el derecho.

Ya la seguridad jurídica no proviene del silogismo sino del ejercicio argumentativo que puede cuestionar al legitimidad democrática de los juzgadores, respondiendo, las nuevas formas de argumentar, a un nueva cultura jurídica

“—en buena medida hermenéutica que obliga a que los juristas respiremos aires diferentes a los basados en el positivismo tradicional.”¹⁴

La argumentación jurídica, a pesar de ser utilizada en la práctica del derecho de manera extensa y fundamental, muy pocos la conocen ni han estudiado mucho sobre ella y más bien se ignora que exista “algo así como una teoría de la argumentación jurídica.”¹⁵

Dice Habermas que en un orden jurídico se garantiza que todas las personas reconozcan sus derechos a las otras personas; pero además ese reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno tiene que descansar en leyes que serán legítimas en la medida que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que «la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás».¹⁶

Existen así tres ámbitos dentro de los cuales se utilizan las argumentaciones.¹⁷

El primero es el de la *producción* o creación de normas jurídicas que incluyen las prelegislativas que suponen la aparición de un problema social cuya solución se piensa puede estar en la aprobación de la ley por el órgano legislativo.

“El proceso de producción de normas constituye en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social. De ahí que a los implicados en el proceso de producción normativa se les exija que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida en la que un acuerdo acerca de los principios normativos de la regulación de la vida en común, o bien venga ya asegurado por tradición, o bien pueda alcanzarse mediante un proceso de entendimiento atenido a reglas normativamente reconocidas. Esa característica unión de coerción fáctica y Validez dimanante de la legitimidad que ya hemos aclarado suficiente.”¹⁸

El rol ciudadano implica la más amplia participación en la creación y creatividad jurídico-normativa. El derecho subjetivo concede la facultad de ejercer presión (o exigir que se ejerza) para favorecer intereses propios; sin embargo, la actuación y orientación en pos del propio éxito no constituye una opción para Habermas. El deriva la efectividad de los participantes en una práctica de entendimiento intersubjetivo orientada al entendimiento.¹⁹

Un segundo campo es el de la *aplicación* de la norma jurídica a la resolución de casos que no solamente pertenece y supone la participación exclusiva de jueces sino a órganos

¹⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, primera edición 2005, segunda reimpresión, Universidad Autónoma de México, D.F. 2007, p. 7-8.

¹⁵ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Nota preliminar, p. XIII.

¹⁶ HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y Validez*, op. cit. p. 94.

¹⁷ ATIENZA, El derecho como argumentación, op. cit. p. XIII.

¹⁸ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 94.

¹⁹ *Ibidem*.

administrativos e incluso a los particulares, y aunque el autor incluye dentro de este campo la labor interpretativa, podríamos pensar en ella como otro área dentro de la cual se escenifican y provocan argumentaciones.

Por otra parte, mientras Atienza centra la labor de la teoría de la argumentación dominante en los órganos superiores de la administración de justicia y para los casos difíciles, consideramos que tanto la interpretación como dicha teoría son susceptibles de ser utilizadas y apropiadas por todos los interesados.

Un tercer campo en el que se utiliza la teoría de la argumentación es en el de la dogmática jurídica en el que si bien se distinguen tres funciones, a saber el ofrecimiento de criterios para i) la producción del derecho, ii) la aplicación del derecho, y iii) el ordenamiento y sistematización de un sector del ordenamiento jurídico, es en la segunda de dichas funciones, en la aplicación, que se ocupan las teorías usuales de la argumentación jurídica.

Robert Alexy y Neil McCormick influyen notablemente en la explicación de la Teoría de la Argumentación Jurídica que centra su atención en la justificación material de los argumentos o la elaboración de “argumentos aceptables o razonables” en la fundamentación de las sentencias judiciales.

Alexy propone un concepto triádico de validez del derecho. Un concepto *sociológico* que define que una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que se aplica una sanción gradual. Un concepto *ético* que define que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección, es decir, en su justificación moral. Finalmente, un concepto *jurídico* que incluye las anteriores pero supone también que la norma sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto.²⁰

La teoría argumentativa de MacCormick recurre a un método autodenominado de “reconstrucción racional”, por el cual se examina la naturaleza de la argumentación legal manifiesta en procesos judiciales concretos y la adjudicación sobre las disputas del Derecho.²¹

En este sentido MacCormick distingue dentro del razonamiento legal los argumentos deductivos y los no deductivos, siendo que normalmente los casos fáciles son resueltos única y exclusivamente mediante los deductivos que se aplican cuando:

- a) No existe duda en cuanto a la interpretación de una regla o la clasificación de los hechos que pudieran surgir,
- b) No existe ningún pensamiento erigido o punto de disputa con la cual exista una verdad debatible y;
- c) Un argumento ha sido descartado como artificial por los jueces.²²

²⁰ ALEXY, Robert, *La norma fundamental en El Concepto y la Validez del Derecho*, Ed, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 95-130, cit. por . MEJÍA QUINTANA, Oscar, *La norma básica como problema iusfilosofico, Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*, USMA, Ponencia.

²¹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, New York, Oxford University Press, 1994, p.7.

²² *Ibid.*, p. 199.

En los demás supuestos se trataría de casos difíciles que implican el empleo concurrente de argumentos deductivos y no deductivos. Dentro de esta perspectiva los casos difíciles pueden revestir cuatro clases de problemas: de interpretación, relevancia, calificación y prueba.

MAcCormick define los problemas de prueba como aquellos en los que existe dificultad en el establecimiento de la premisa fáctica²³ o en términos más sencillos “si ocurrió o no la simulación”. Estos problemas de prueba implican el cumplimiento de determinados presupuestos que dentro de la teoría macCormickana son la justificación de primer orden materializada en el requisito de universalidad y la justificación de segundo orden representada por los requisitos de consistencia y coherencia normativa y narrativa.²⁴

El ser humano ha intentado siempre justificar que el orden social merece ser adornado de legitimidad. Originalmente fue producto de un derecho divino posteriormente proyectado por vía del realismo. Enseguida intentó el positivismo jurídico implicando la producción jurídica mediante instrumentos procedimental y formalmente establecidos como normas legales, razón por la que se considera independiente de la moral.

La legitimación y/o corrección de las normas jurídicas se logra luego mediante su aceptación por todos los que potencialmente resulten por ellas afectados mediante actos del habla como emanación de la voluntad divina, la naturaleza o la razón pura. La pretensión de validez se fundamenta, más recientemente, en la argumentación como criterio base de un entendimiento.

En la tercera parte nos proponemos sentar las bases para que las prácticas en las labores de creación de las normas de procedimiento marítimo y su aplicación por los operadores jurídicos puedan adecuarse a los más significativos avances de la disciplinas jurídicas con el apoyo de la sociología, y también de la

La sociedad exige que los operadores de justicia validen la seguridad jurídica que pregonan los principios mediante la proyección de los avances en la disciplina jurídica en los diversos procedimientos.

Con ello se lograría que los asuntos, casos y causas sometidas a consideración de las autoridades fuesen escuchados y resueltos con un máximo de efectividad satisfaciendo el más equilibrado, justo y delicado rejuego de intereses, o que sus consideraciones jurídicas sirvan de orientación para situaciones en las que el derecho sea predecible.

A lo largo de la discusión teórica del capítulo anterior sostuvimos que las teorías discursivas y sus desarrollos argumentativos eran aplicables a todos los operadores jurídicos, desde el campo de la producción de normas, pasando por el de su aplicación a la resolución de casos por jueces, autoridades administrativas o incluso particulares cuyos problemas pueden concernir a hechos o al derecho.

Las más recientes reformas al derecho procedimental marítimo en Panamá se refieren al procedimiento judicial y al procedimiento administrativo y se inscriben dentro de la teoría normativa.

²³ *Ibid.*, p. 88.

²⁴ ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 141.

Nos proponemos en este capítulo perfilar los fundamentos necesarios para adecuar el derecho procedimental marítimo de tal manera que tanto los operadores jurídicos en el campo de la creación de normas como en el de su aplicación por jueces (1) así como por las autoridades administrativas con competencia en el sector marítimo y otros interesados (2) permita que los usuarios del sistema tengan más confianza en sus instituciones jurídicas logrando una mayor satisfacción en relación a aquellas pretensiones de validez sometidas a su escrutinio y consideración.

4. Adecuaciones del derecho procedimental marítimo a las teorías discursivas y sus desarrollos argumentativos en el campo de la creación de normas y de su aplicación por jueces.

La legitimidad y por tanto la observancia de las leyes se logra mediante el cumplimiento del procedimiento durante el proceso de producción. Este proceso se supone democrático y libre, pero sobre todo ético discursivo y participativo así como racional, de y para los ciudadanos.

Pero cuando nos aproximamos al laboratorio normativo la realidad es otra: la distancia entre la burocracia y el *imperium* por un lado, y el destinatario de su obra por el otro, es enorme. Aunque existe un procedimiento establecido, e incluso una oficina de participación ciudadana en la Asamblea Nacional, las oportunidades para el usuario final del producto legislativo son casi nulas.

Una gran omisión en la cortesía propia de la puntualidad y la planificación impregna de frustración al interesado. Las agendas políticas mal entendidas chocan con la técnica más depurada en la preparación de proyectos. El orden y la disciplina llevados al extremo pero dependientes del carácter subjetivo de los operadores jurídicos de turno empañan los más nobles propósitos de la norma constitucional. El desconocimiento de dichas agendas, antes y durante los debates, por la ciudadanía, hace nugatoria su voluntad de colaborar, limitadamente en el seno de las comisiones y aun más en el pleno.

El acceso a la documentación tiene iguales connotaciones de limitada intervención del ciudadano extraño al sistema. Y si de aportes se trata, las propuestas ciudadanas que se desechan no constan en acta alguna por lo menos para los anales de la historia. Los actos de habla son extraordinariamente formalistas y limitados.

Los procedimientos no entrañan una política de comunicación horizontalizada ni de doble vía en la que sea el *establishment* que llame al ciudadano interesado y no viceversa. Más adelante veremos cómo la situación se repite en los otros estamentos de la burocracia estatal de otros órganos del Estado.

“La positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas. En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos.”²⁵

²⁵ HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y Validez*, op. cit. p. 95.

Los afectos y sentimientos, fenómenos psíquicos, constituyen de ordinario, una barrera a la comunicación complementada con un reverente temor a la autoridad que se enseñorea en sus posiciones y se encumbra en sus curules.

Aunque las presentes expresiones son producto de nuestra experiencia en Panamá. de manera general son aplicables a cualquier procedimiento de producción legislativa en cualquier otro país latinoamericano, incluyendo Venezuela:

“Características del órgano judicial en América Latina: Ineficiente, cuando no corrupto. Dependiente de la voluntad del Ejecutivo, es un poder que no asegura ni la igualdad ante la ley ni facilita el funcionamiento de los mercados. En definitiva, el Poder Judicial en América Latina goza de una imagen deteriorada que ya no encuentra la explicación de sus problemas en su compromiso con las necesidades de los poderosos. Hoy, hasta los poderosos demandan su reforma y modernización.”²⁶

Las críticas son constantes. La falta de justicia pero sobre todo la falta de decisión oportuna que también constituye una forma de ausencia de justicia son cada vez más lacerantes de nuestras democracias de Latinoamérica:

“En estos años, sacudiendo una línea de pensamiento que desde el horizonte procesal se había aferrado, disvaliosamente, a ideas que preferenciaban el garantismo exclusivamente formal, nuevos aires reaniman la teoría del proceso y ven al Derecho Procesal como *necesario y útil* en su empeño por facilitar y concretar, con justicia y efectividad, los fines del Derecho sustancial. ...En efecto, tanto en lo epistemológico como en lo metodológico se ha ido perdiendo la desmesurada inclinación a un excesivo amor a las formas por las formas mismas, a un esquema procedimental gustoso de incidencias, trámites de nunca acabar que *hacia adentro y sobre sí mismo*, ahogaban las manifestaciones palpitantes y dinámicas de la realidad conflictiva (sociológica), desatendiendo de manera disfuncional al sentimiento de justicia y a los fines del servicio...que no puede olvidar ni posponer su carácter fundamentalmente *instrumental*, de servicio. Que obliga en la interpretación a dar prioridad a la *realización* de los derechos sustanciales. La tutela plena que permita, en el tiempo razonablemente más corto, arribar a un resultado de consecuencias comprensibles para el titular del interés litigioso. Y que, lejos de preferenciar los ritos, descubra, en las *consecuencias* de los desarrollos, una definición concreta que, al mismo tiempo que sea justa, contribuya a la paz social.”²⁷

Aunque para Luhmann los sistemas son autopoieticos y se manejan solos para Habermas hay un sistema lógico de funcionamiento del sistema que regula el desarrollo social mediante tres sistemas. Cada crisis de los sistemas tiene su forma de crisis más frecuente. El sistema luhmanniano está determinado estructuralmente: Sólo puede especificar sus propias operaciones mediante sus propias estructuras, y éstas sólo mediante sus propias operaciones.

También está capacitado para reaccionar a estímulos, irritaciones y perturbaciones que atribuye a su entorno, en cuanto que tales reacciones sean compatibles con el continuar su propia autopoiesis. Un sistema autopoietico es el que puede transformar azar en estructura, innovación y cambio conceptual. Es lo mismo que se formula en lenguaje cotidiano: aprovechar la ocasión. No obstante, nuestra realidad nos reclama constantemente y bulle en nuestras conciencias la necesidad de hacer algo.

²⁶ ACUÑA, Carlos H. . *La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina*, VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de octubre de 2002, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043310.pdf>

²⁷ MORELLO, Augusto M., *Avances Procesales, Entre lo esperado y la realidad*, Rubinzal.Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 45-46.

Estas exigencias permiten vislumbrar un cada vez más exigente currículum que es una clara muestra de la *transdisciplinariedad* que permite apuntar al objeto jurídico desde varias ópticas como podría ser la sociología, la filosofía y la historia y coincide con Habermas en que la filosofía del derecho ya no es cosa exclusiva de filósofos sino que ha emigrado a las facultades de derecho y fue restringida durante un tiempo al campo del derecho penal. El estudio de Habermas no es un estudio netamente jurídico lo cual también demuestra su inclinación hacia la *multidisciplinariedad* entendida como la posibilidad que los operadores de justicia además dominen varias materias del saber científico.

Por otra parte, cuando a este connotado autor se le preguntó ¿Por qué volver sobre la idea de democracia si era una noción suficientemente clara y bien establecida, aludiendo a su obra Derecho y Democracia contestó que la vida política común debía organizarse de tal manera que los destinatarios del derecho pudieran considerarse ellos mismos como sus autores, noción sobre la que se funda el Estado constitucional moderno que

“se define a sus propios ojos como una asociación voluntaria de ciudadanos libres e iguales que quieren regular su vida en común de manera legítima y que recurren para hacerlo al derecho positivo. La idea democrática debe, evidentemente, permanecer en contacto con la realidad si quiere continuar inspirando la práctica de los ciudadanos y de los políticos, la de los jueces o de los funcionarios. Si esa idea ya no tuviese ninguna vinculación con la realidad, como muchos piensan hoy, existirían sólo individuos privados, o socios, pero, propiamente hablando, ya no habría ciudadanos. En tal caso ya no habría en la vida común, sino opciones individuales y no libertades de ciudadanos sometidos a una práctica común. Veríamos reconstruirse, bajo una nueva forma, el fatalismo que reinaba antaño en las viejas monarquías, con la diferencia de que ya no serían los dioses quienes regirían el destino. Serían los mercados quienes indicarían las posibilidades entre las que deberíamos decidirnos, cada cual por su lado, plegándose a la lógica empresarial de la economía y a sus exigencias de adaptabilidad.”²⁸

Y es que la sociología constituye según un autor brasileño, uno de los pilares científicos de cualquier otra disciplina como el derecho procesal por lo que al momento de efectuar reformas sus estudios permiten acercarnos a la realidad empírica del *ethos* lo cual se cumpliría con encuestas y estadísticas que identifica las características sociales, económicas y educacionales del problema permitiendo mejores decisiones y conclusiones. Dice este autor que

“en los lugares donde sí han cuajado los estudios sociológicos a favor del proceso, surge el miedo de los procesalistas de no querer contactar las dos ciencias. Es un temor mal fundado, ya que la sociología como auxiliar, no viene a atentar contra la pureza de nuestra ciencia jurídica, sino al contrario: viene a enriquecerla. Contribuye en la elaboración de la norma, en el entendimiento de su espíritu y el logro del fin social que persigue el Derecho. En la realidad, cuando encontramos un vacío en la interpretación de una norma procesal y hemos de aplicar imprevistamente la analogía, observamos la falta de concordancia entre el cuerpo legal y las características generales de la vida en sociedad. De la ausencia de la herramienta sociológica, nos daremos cuenta también, al momento de reformar la ley procesal.”²⁹

Ya no se habla del Estado de Derecho. Ahora es el Estado constitucional que no es simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución. Una definición de Estado constitucional nos la da Manuel Atienza diciendo que es el Estado en el que

“la Constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del

²⁸ <http://www.alcoberro.info/V1/habermas4.htm>

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Dimensiones sociales del proceso civil*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, **Edición N° 6 (1987)**.

poder entre los diversos órganos estatales (Aguiló 2002), b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal —legislativo— de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos. Además —junto al del constitucionalismo—, hay otro rasgo de los sistemas jurídicos contemporáneos que apunta en el mismo sentido: me refiero al pluralismo jurídico o, si se quiere, a la tendencia a borrar los límites entre el derecho oficial o formal y otros procedimientos-jurídicos o parajurídicos – de resolver los conflictos.³⁰

Ya no es suficiente la garantía formal de la igualdad, utopía que exige su replanteamiento material, para encontrar oportunidades y principalmente reconocimiento.

Se intentan mecanismos para compensar desigualdades en el acceso a la justicia; sin embargo muchas dificultades (sociales y culturales) no siempre son superadas pues tenemos que luchar contra la inidoneidad, la falta de diligencia y todas las lacras compañeras de nuestras bajas pasiones.

La actitud colaborativa nuevamente se impone por ejemplo dando al litigante más débil, información y apoyo para nivelar disparidades. Abogamos por proveer al juez de facultades de instrucción amplias como por ejemplo llamar la atención de las partes para un mejor cumplimiento de sus cargas procesales, pero también para estimularlas a expresarse sobre los hechos relevantes o cualquier aspecto que incida sobre la buena marcha de un proceso más social.³¹

Acerca de la voluntariedad de los asociados para mejor cumplimiento, observamos que para hacer valer los derechos provenientes del derecho privado, es decir de los particulares, y los del Estado dentro de la esfera del derecho administrativo, se debe cumplir con un procedimiento, es decir con una serie de pasos y requisitos que ordenan las leyes.

Lo anterior ha sido tradicionalmente visto como una relación con el Estado que pone los medios necesarios para obtener la condena o la declaración solicitada en la pretensión (de validez), y la posterior ejecución del derecho así expresado, declarado o reconocido; en consecuencia, a quien tenga la competencia se le concede un nivel de preeminencia que por virtud del *jus imperii* le permite ubicarse en una posición de poder y autoridad para imponer, por la fuerza si fuese necesario, las decisiones adoptadas.

Esto tiene su explicación cuando el derecho perdió su origen divino buscando que las reglas jurídicas tomaran como referencia el mundo de la vida e intentando que

³⁰ ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 10-11.

³¹ CARREYO, Nelson, *La práctica de pruebas de oficio en el proceso civil*, Ed. ABADAS, Panamá, 2004.

marcharan a la velocidad de los hechos, que entendemos el derecho procedimental debe garantizar.

El procedimiento incluye la elaboración y reforma de un reglamento³² que norme el aspecto administrativo y disciplinario del despacho que muchos saben debe existir (deber ser) pero que pocos sabemos que siquiera exista (ser). Aquí hay una labor para la difusión que premie al funcionario responsable y que hace lo que sabe tiene que hacer y le exija a quien no actúa de conformidad con los cánones de la rectitud judicial esperada, una respuesta a corto plazo.

Examinemos algunos ejemplos del procedimiento marítimo que nos permitirán cimbrar fundamentos teóricos que pudiesen representar un cambio de rumbo en el sistema jurídico que atañe al sector marítimo.

Empecemos por la escogencia de funcionarios. Antes de la creación de la jurisdicción marítima los conflictos sobre los actos relacionados al comercio marítimo eran manejados por la jurisdicción civil lo cual implicaba que funcionarios sin conocimiento en los asuntos especializados del sector estuvieran al frente de los cargos que más autoridad representaban.

Al adoptarse el Código de Procedimiento Marítimo (CPM) se exigió la debida especialidad con lo que se aceptó que la idoneidad para las posiciones de más importancia era un asunto de cuidado.

Y precisamente en relación a la idoneidad moral de los funcionarios subrayamos que entre los requisitos que tradicionalmente se han exigido en los procedimientos judicial y administrativo han estado las exigencias académicas y de trayectoria no delictiva.

A la norma se le hizo un cambio para que no se nombrara a quien hubiera sido condenado por delitos pero calificándolos como dolosos; nuestra sugerencia había sido que no se calificara el vocablo delito para que ninguna persona condenada por delito alguno (culposo o doloso), pudiera ocupar un cargo jurisdiccional marítimo.

Pero es que la propia Constitución dice que para ser diputado el requisito es no haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada, proferida por un tribunal de justicia³³ cuando a todo funcionario se le debe exigir un estándar de probidad y diligencia mayor que al ciudadano común. Encontramos una asignatura pendiente.

La norma quedó diciendo: “No haber sido condenado por delito doloso alguno o por falta contra la ética profesional o judicial de probidad, perjurio o violación de la ética profesional.” Independientemente de su mala redacción, se permite que personas condenadas por delitos culposos ocupen cargos en la judicatura cuando lo que se reclama de nuestros jueces son las más elevadas cualidades morales y humanas entre las cuales destacan diligencia, pericia, responsabilidad y buena conducta (antítesis de los delitos culposos) para que el acceso a los codiciados puestos judiciales de la jurisdicción

³² El Artículo 10 ahora ordena a los secretarios tanto del Tribunal de Apelaciones Marítimas como de los Tribunales Marítimos la elaboración del reglamento interno del despacho, el cual será sometido a la aprobación del correspondiente Tribunal o Juez Marítimo y no a la Sala Cuarta como antes se hacía por mandato del Código Judicial. .

³³ Art. 153.

marítima con elevados salarios sea para los mejores. La modificación resultó un retroceso.

Refrámonos ahora a uno de los íconos representativo del procedimiento jurisdiccional marítimo inspirado en el derecho anglosajón a saber el procedimiento *in rem*, es decir, en aquél que la pretensión es ejercitada contra la cosa (naves, carga o flete).

La competencia *in rem* es la competencia contra la cosa y entre sus notas características resalta la *internacionalidad* al posibilitar que a pesar que la causa *petendi* haya ocurrido en otra parte del mundo pueda evaluarse judicialmente en Panamá con la única condición que la nave objeto del crédito se encuentre en Panamá y sea d secuestrada.

La hermenéutica como antipositividad en la que el derecho es especialmente práctica social y precomprensión, contextualización, es decir, la interpretación “es una actividad circular entre el texto normativo, el caso, el ordenamiento y el contexto.”³⁴ La teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho abandona los cauces convencionales de la filosofía del derecho concediendo a los actores principales, es decir a quienes se ven afectados por la aplicación del Derecho, relaciones simétricas de reconocimiento recíproco y que sólo al reconocerse mutuamente sus derechos es que pueden calificárseles de libres e iguales.³⁵

Propusimos que los tribunales marítimos conocieran, no solo de las causas por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo sino de cualquier otra de origen extracontractual, por lo que, reemplazando los términos “accidente de trabajo” por “hecho ilícito” permitiría que un tripulante como los que se encontraban sin agua ni comida a bordo y cualquier acto similar no contemplado en la relación contractual podría constituir un hecho ilícito generador de daño físico y moral susceptible de ser reclamado el cual actualmente la norma no incluye.

Una interpretación que involucre una “decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley”³⁶ haciendo inmediatamente surgir la cuestión de si la jurisdicción constitucional puede “crear derecho” como parte de su inspiración política lo cual se supone reservado para el legislador democrático.³⁷ En este aspecto Habermas sostiene que

“La cuestión de qué debo hacer en una situación dada se plantea y se responde de forma distinta en ambos casos. A la luz de normas puede decirse qué es obligatorio hacer, a la luz de valores puede decidirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos la selección de la acción correcta. Pero «correcta» es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena para *todos* por igual; en cambio, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de «correcto» es aquel comportamiento que en conjunto y a largo es bueno para *nosotros*. En el caso de principios jurídicos o bienes jurídicos esta diferencia se pasa a menudo por alto porque siempre el derecho positivado vale solamente para un determinado ámbito y para un círculo de destinatarios correspondientemente definido. Pero sin perjuicio de esta delimitación fáctica del ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto sea que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables.”

³⁴ ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, pp. 105-107, citado por ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 9.

³⁵ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 324.

³⁶ SUNSTEIN, C.R. , *After the Rights Revolution*, p. 157, citado por HABERMAS, J. en *Facticidad y Validez*, op. cit. p. 326.

³⁷ HABERMAS, J., *Ibidem*.

Dentro del ámbito de esta discusión, a los destinatarios de la norma nunca se les citó para conocer las implicaciones y alcance que el operador jurídico legislativo quería darle. Pero una vez se aprueba, a esos potencialmente afectados, y luego directamente perturbados tampoco se les hizo partícipes del procedimiento para escuchar sus posturas y defender sus intereses.

Este ejemplo nos ilustra cómo el sistema está diseñado para alejarse de sus implicados y cómo puede y deben encontrarse instrumentos que logren obtener su consentimiento, al que Rawls denomina “entrecruzado” sosteniendo que sus dos principios de justicia serían aceptados por unanimidad en una situación hipotética que él llama “posición original” y que define por rasgos de los sujetos - racionales, auto-interesados, conocedores de los hechos generales, pero que están cubiertos por el “velo de la ignorancia” respecto de los hechos particulares suyos y de su sociedad.³⁸ Es poco más que lógico que la discusión entre muchos tenga efectos beneficiosos ya que afecta nuestra parcialidad, amplía nuestra perspectiva y conocimientos y permite detectar errores de razonamiento.

El Estado de Derecho exige que los ciudadanos puedan, en ejercicio del derecho de acción, acudir a los tribunales para luego de un proceso, en el que se debatan todas las argumentos resolver las controversias aun cuando las demandas puedan parecer infundadas, o enderezadas contra quien no resulte responsable.

El deber del juzgador es admitirla si cumple con los requisitos formales y de idoneidad procedimental sin entrar en disquisiciones sobre responsabilidad, etapa que solamente se cumple al momento de expedir la sentencia. El tiempo y la legislación nos concedieron razón y probablemente nuestras críticas y argumentos estimulara la recientemente aprobada Ley 12 de 23 de enero de 2009 cuyo artículo 532 permite la promoción simultánea de pretensiones *in personam* e *in rem* en que se persigan los mismos bienes y la causa de pedir sea diferente.

Al mismo tiempo, el artículo 117 dice que pueden acumularse dos o más procesos *In rem* e *in personam*, cuando tengan en común dos de los siguientes elementos: las partes, la causa de pedir y la cosa o bien pedido, o cuando se sigan dos o más juicios en los cuales se persiguen unos mismos bienes, pero en estos casos no se requerirá la identidad de partes siempre que se acredite la identidad de las causas de pedir y que se fundamenten básicamente en los mismos hechos.”

Con estas disposiciones esperamos no haya más reparos en admitir las pretensiones mixtas que tanta tinta hizo correr y decisiones injustas fueron adoptadas cuando hubiese sido tan fácil admitirlas por vía jurisprudencial en la que se impuso el argumento carente de lógica y la contradicción.

Sin embargo, si en los dos ejemplos jurisprudenciales precedentes de primera y segunda instancia respectivamente, las partes hubieran tenido la oportunidad, o el derecho procedimental les hubiera permitido, hacerse oír desplegando la fuerza de su motivación racional en esa dialéctica competitiva de argumentos del proceso, al juzgador se le hubiera facilitado la evaluación de la pretensión de validez y hubiera identificado mejor las propiedades semánticas de cada razonamiento discursivo para entonces pronunciarse

³⁸ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, citado por Carlos Nino, en *Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas*, Doxa, 5 (1988), p. 88.

sobre el potencial de racionalidad de las posturas en la búsqueda cooperativa de la verdad.

“Las cuestiones relativas a la aplicación de normas afectan a la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, de modo distinto que los discursos de fundamentación. En los discursos de aplicación las normas, cuya validez se da por supuesta, siguen refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados; pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Y en su lugar pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión que de sí y del mundo tienen los autores de la acción de que se trate y los afectados por ella. De estas distintas interpretaciones de la situación tiene que surgir una descripción del estado de cosas, ya normativamente impregnada, que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes. De nuevo se trata de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, no mediatizado.”³⁹

Por ejemplo, la Audiencia Preliminar tiene gran incidencia en la dinámica probatoria. Es una de las instituciones procedimentales del derecho procedimental jurisdiccional que más efectividad representa para dirimir conflictos. Permite fijar y concentrar el objeto del proceso así como familiarizarse con las tesis o teorías jurídicas planteadas por las partes así como una planificación del resto del proceso evitando la improvisación.

Las audiencias, bien llevadas, son la expresión más pura del carácter discursivo y argumentativo del proceso y del derecho. En ese escenario se pueden poner de acuerdo en diversos aspectos propios del debate judicial de tal manera que la resolución se haga más dúctil, sin mayores limitaciones que la imaginación fértil de los litigantes y un juzgador sabio.

Allí se puede decidir por ejemplo sobre la renuencia de una de las partes a colaborar y promover entendimientos sobre diversos aspectos, especialmente probatorios, pero no circunscritos a ellos. Por ejemplo una probable transacción sobre alguno o todos los aspectos conflictivos. Se ordena bajo parámetros definidos. Su éxito dependerá de la cooperación de los abogados. La flexibilidad y la liberalidad en el procedimiento marítimo constituyen factores que han contribuido enormemente a la facilitación de la administración de justicia.

Si los procuradores judiciales evaden las respuestas, el nivel cooperativo disminuye y con él la efectividad del proceso como medio pacífico de solución de conflictos. Igual filosofía cooperativista concierne a los jueces sobre cuyos hombros recae la obligación de resolver oportunamente el conflicto para lo cual también es imprescindible poner igual empeño en cualesquiera objeción interlocutoria ya que de omitirse o retardarse en esa etapa, se desequilibra el necesario balance que la imparcialidad exige y la delicada confianza depositada en los operadores jurídicos de responsabilidad.

Estas omisiones en la imprescindible cooperación se deben resolver conciliando y promoviendo decisiones interlocutorias, siempre colaborativas, más enérgicas en ocasiones sucesivas de orden secuencial y proporcional.

La audiencia preliminar (y en términos generales todo el proceso) también es útil para algo aun más trascendente. El objeto del proceso es la solución del conflicto para encontrar la paz; y la del procedimiento es la ordenación de los pasos para evitar el conflicto o promover la buena marcha del proceso. Hemos sido educados en un sistema

³⁹ HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 300.

adversarial en el que no necesariamente todo debe girar en torno al conflicto como algo negativo.

Al igual que respecto a la preliminar, en la audiencia ordinaria corresponde a los sujetos procesales programar mediante un cronograma previo, la fecha y hora de la participación de cada testigo con el tiempo aproximado que se estima se deberá dedicar.

Si concibo viable la presentación electrónica al tribunal de un proyecto de sentencia por las partes, con las ventajas que supone al tribunal su construcción y estructuración previas, también puedo justificada y racionalmente concebir que antes del acto mismo de juzgar y decidir se hagan todos los esfuerzos comunicativos, discursivos y argumentativos necesarios para lograr un verdadero debate, distinto de los fríos, medidos y a veces leídos alegatos de instancia que los procedimientos mandan y que los operadores jurídicos utilizamos o permitimos constantemente.

Sabemos, podemos y debemos modificar el sistema para que con el desarrollo de las ciencias sociales se confiera a la dinámica judicial una orientación comunicativa que englobe y supere incluso la constructivista. Es un asunto de mero sentimiento y lógica que las imposiciones no generan el ánimo cooperador, esperado y probable, en el camino del consenso, la concertación y aun cuando haya disenso, de la paz social.

La superación de las desigualdades se basa en las características del aprendizaje dialógico como la acción conjunta de los participantes en el debate. La discusión pública es la única posibilidad de superar los conflictos sociales gracias a la búsqueda de consensos que permitan el acuerdo y la cooperación a pesar de los disensos. Se requiere de espacios de convergencia en la divergencia. ¿Pueden estos espacios públicos ser los estrados de los tribunales?

Consideramos que cualquier ámbito de nuestra vida social en que se pueda construir algo de opinión pública es útil. En cada conversación que se realice el comportamiento público cuenta. Cuando los actores del drama judicial se reúnen y conciertan, libremente, sin presiones, y con la garantía de poder manifestar y expresar libremente sus ideas e intereses mediante actitudes de transferencia e influencia, los resultados son predecibles.

En ese espacio público se van a generar interpretaciones orientadas a los intereses sociales de los participantes (en este caso los litigantes) que tomarán en cuenta sus experiencias y sus problemas. Las formas emancipadas de vida no pueden continuar produciéndose a través de intervenciones, o por lo menos no antes de intentar la fórmula conciliadora genuina y decidida, comprometida con la sagrada función de una justicia diferente. De ello dependerá la mayor o menor legitimación de las decisiones.

Hay un cierto poder que surge de la interacción comunicativa que es posibilitado por la cooperación; el ejercicio de ese poder se puede desplegar mediante instrumentos de procedimiento administrativo, aun en el ámbito judicial, que incidan en los procesos de toma de decisión tanto particular como colectiva. De allí que sea importante destacar la utilidad del poder comunicativo el cual se asocia con la posibilidad de producir discursivamente motivaciones y convicciones compartidas que se concreten en una voluntad común.

Piénsese por un momento lo útil que sería, desde otro ángulo, que los procedimientos consagraran una mayor dosis de acción comunicativa. Una de las razones por las que la

teoría procedimental se impone sobre la positivista reside en que muchas veces se hace imposible que la *Tatbestand* prevista en abstracto por el legislador contenga situaciones de facticidad de imposible aplicación por las dificultades en imprimirlas y trasladarlas a la mente del aplicador de la norma sencillamente por la ausencia de prueba, fenómeno que se reproduce con cierta frecuencia.⁴⁰

La violación de la regla de la colaboración con que los auxiliares de la justicia deben actuar identifica un problema cultural y ético digno de resaltarse ya que afectan el tiempo de respuesta que tanto exigimos de los operadores de justicia.

5. Las adecuaciones del derecho procedimental marítimo a las teorías discursivas y sus desarrollos argumentativos en el campo de la aplicación por operadores jurídicos en el derecho marítimo administrativo.

Los procedimientos marítimos administrativos se llevan ante el INEA. Políticas administrativas, científicas y tecnológicas para hacer más rentable y competitivo el sector y desarrollar el recurso humano, para lo cual debe coordinar con otras instituciones. Si bien esta labor de coordinación no es criticable, dicha dinámica participativa excluye la presencia y consulta de quienes tienen el mayor interés de ser escuchados, a saber, los destinatarios de las normas de procedimiento dentro de cuyo conglomerado están los dueños de naves, sus abogados, pero también la gente de mar que labora a bordo y en tierra, los funcionarios administrativos que día a día escuchan y tienen contacto directo con los usuarios de los servicios que presta.

La ausencia de un cierto grado de oralidad en los procedimientos administrativos marítimos constituye una gran deficiencia. Es imposible que dentro del sistema se produzca habla argumentativa cuando los procedimientos son totalmente escritos.

El procedimiento para la designación de importantes cargos excluye la participación directa de usuarios y destinatarios de las decisiones que dichos funcionarios adopten, ocurriendo en cierta medida lo que describimos al reflexionar sobre el procedimiento seguido para la adopción de las normas jurídico-legales.

La doctrina del Estado Rector de Puerto permite inspección de buques extranjeros en puertos nacionales para garantizar el cumplimiento de los Convenios Internacionales y proteger la vida humana en el mar y el medio marino. Estos dos aspectos son lo suficientemente importantes para generar el suficiente interés por participar en el diseño y estructuración de una política de inspecciones de naves.

En esta decisión la presencia de la sociología es nuevamente útil para conocer estadísticas de casos en los que se haya puesto en peligro la vida de seres humanos por incumplimiento de normas por ejemplo del Convenio Internacional sobre la seguridad de la vida en el mar. Cuántas voces no se oírían si propiciamos el adecuado escenario

⁴⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica Probatoria*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 17.

para una discusión genuina en la que todos puedan exteriorizar con la fuerza del discurso las energías propias de la experiencia vivida.

La Dirección de Gente de Mar para velar por el cumplimiento de las normas laborales y relativas a la educación, formación, titulación y guardia de la gente de mar especialmente las contenidas en el Convenio STCW único que otorga a una organización internacional el control de la uniformidad en este aspecto, constituye otro eslabón en la cadena de zonas propicias para el establecimiento de los imprescindibles lazos entre el trabajador del mar y la empresa, con la Administración como facilitadora.

Si de conformidad con procedimientos administrativos regulados por normas jurídicas la racionalidad política promoviera el entendimiento mutuo entre operadores de naves y los sindicatos de marinos, estamos convencidos que la práctica de la autodeterminación lograría lo que la imposición no ha alcanzado, y en lugar que las autoridades competentes velen por el fiel cumplimiento de las normas imperativas, velarían por el cumplimiento de las normas que modelen un procedimiento cooperativo en que “la validez de las normas que el hombre particular acepta, viene generada por él mismo a través de su libre asentimiento.”⁴¹

Ya hemos discutido que en el procedimiento para la aprobación de las leyes procesales por los parlamentos y el procedimiento para la adopción de decisiones en el ámbito de la jurisdicción marítima debe predominar la concepción meta-jurídica por cuanto se relaciona con los derechos humanos y no puede concebirse sino con fundamento en principios ontológicos. No existe razón alguna para omitir esta orientación en cuanto a los operadores jurídicos en el ámbito administrativo.

Según el Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos humanos expedida por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948,

“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

La idea de un procedimiento en que se respete la dignidad al lado de garantías procesales básicas como la del derecho a ser oído goza hoy de reconocimiento internacional como lo confirman los artículos 5 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 3 y 6 de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica. Aunque estas normas se refieran al procedimiento jurisdiccional, los principios rectores que las sustentan son susceptibles de ser útiles en el procedimiento administrativo que termina cuando se expide una decisión producto de una pretensión de validez intentada por un ciudadano que acude ante la correspondiente autoridad con fundamento en el derecho constitucional de petición que le asiste.

La sensibilidad de lo justo y equitativo propia de la ética discursiva no debe limitar los derechos previstos en la Constitución excluyendo otros, sino ampliar el referente jurídico de su esfera de actuación e influencia.⁴² Tampoco pueden los actos interpretarse teórica y abstractamente en atención a los intereses que pretenden proteger,

⁴¹ BECKER, W., *La libertad que queremos*, México, 1990, p. 38, citado por HABERMAS, Jurgen, en *Facticidad y Validez*, op. cit. p. 367.

⁴² RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Amparo Constitucional*, Editorial Arte, Caracas, 1988, p. 66.

sino con una proyección social propia de los derechos públicos subjetivos que debe encontrar respuesta en la legitimación requerida para su ejercicio.⁴³

Un derecho vulnerado no puede analizarse de manera aislada ya que los derechos se relacionan entre sí de tal forma que al violarse o excluirse alguno, se desajusta y afecta la congruencia y armonía del todo. Entendemos así al derecho como una disciplina encuadrada en un sistema en el que lo que afecta una parte afecta al todo.

De allí que la epistemología⁴⁴ a construir para fijar las actuaciones del derecho deberá orientar a **todos** los operadores jurídicos y más que una justicia *a priori* concebida mediante el derecho dado, es una de derecho construido, *a posteriori*, que permita un vasto margen de maniobra al mencionado operador,⁴⁵ y que incluya al operador jurídico en el campo de la administración, que más influencias y afectaciones políticas sufre, la mejor fórmula para que nuestro sistema democrático se perfeccione.

En la construcción de un Estado ético, lo moral debe estar también inscrito en sus propias estructuras jurídico-administrativas procedimentales, donde igualmente es imprescindible contar con formas discursivas así complementadas. También en este escenario se constituyen los hechos. Así como la autocomprensión positivista no se hace expresamente cargo de la conexión de operaciones de medición y controles de resultados, así también olvida esa precomprensión adherida a la situación inicial del intérprete a través de la cual el saber hermenéutico debe estar transmitido.

El mundo del sentido se abre al intérprete sólo en la medida en que se aclara a la vez su propio mundo. El que comprende mantiene una comunicación entre los dos mundos; capta el contenido objetivo de lo transmitido por la tradición, y a la vez aplica la tradición a sí mismo y a su situación.

Pero cuando las reglas metodológicas unen de este modo la interpretación con la aplicación, se sugiere la siguiente interpretación: que la investigación hermenéutica abre la realidad guiada por el interés de conservar y ampliar la intersubjetividad de una posible comprensión orientadora de la acción. La comprensión de sentido dirige su estructura hacia el posible consenso de los actuantes en el marco de una autocomprensión transmitida. A esto lo llamamos, a diferencia del técnico, el interés práctico del conocimiento.⁴⁶

Se ha propuesto que el enfoque argumentativo tome en cuenta los principios, además de las reglas, no tanto desde su estructura lógica sino de su razonamiento práctico. El derecho es una realidad dinámica no solo en normas sino también en práctica social que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.

La interpretación se ve como resultado de un proceso racional entendiendo la validez en términos sustantivos más que formales, interpretando las leyes a la luz de los principios constitucionales. La moral está conectada con el derecho no solo en contenido sino conceptualmente, así como con la práctica a través de la política.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ La ciencia (ἐπιστήμη) es un juicio verdadero acompañado de razón (λόγος) según Platón, en *Teeteto*, 202, b-c.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e Interés*, Ciencia y técnica como ideología, Ed. Tecnos, Madrid.

La razón jurídica no es solo instrumental sino razón práctica (recae sobre fines). Y en esta situación quedamos involucrados todos, incluso los practicantes del derecho, quienes no debemos orientar nuestra actividad profesional exclusivamente por un afán de lucro, como se percibe leyendo las normas que regulan los procedimientos de la administración marítima,⁴⁷ sino por la idea de corrección y pretensión de justicia en que otros campos del conocimiento participan. Cuando no exista una sola respuesta correcta como propone Dworkin, que existan criterios objetivos (como el principio de universalidad, coherencia o integridad) que orienten la práctica racional de justificar decisiones.

Los operadores jurídicos en general, y los operadores jurídico-marítimos en particular, no escapan a las voces de protesta de los usuarios del sistema que exigen un cambio de rumbo para que quienes se encargan de aplicar las normas jurídicas permitan que las decisiones no queden distantes del justiciable. Esto no va a ocurrir solo.

Para ello el derecho ha evolucionado mediante la construcción de una teoría de la argumentación jurídica que cumple funciones teóricas, prácticas y pedagógicas vinculándolas a los procesos argumentativos y al comportamiento de los operadores jurídicos, en asocio con las relaciones moral-derecho, conectando todos los anteriores elementos de manera coordinada y coherente. Todo esto nos pone en capacidad de ofrecer una propuesta concreta que pronto decantaremos en una potencial y necesitada unificación de las reglas procedimentales que según nuestra tesis conforman el derecho procedimental marítimo.

Catia La Mar, 29 de julio de 2010.

⁴⁷ Se refieren a tarifas, impuestos, tasas y sanciones.